

תוכן עניינים

מס'	שם האסמכתא	עמ'
1	ת"א (מחוזי ת"א) 2486/02 קבוצת כרמלטון בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 4.5.2003)	3
2	פ"ק (מחוזי מ"ר) 54665-06-12 שגב, עו"ד נ' כונס נכסים רשמי תל אביב (פורסם בנבו, 31.7.2014)	10
3	Upjohn Co. v. United States, 449 US 383 - Supreme Court 1981	20
4	Akzo Nobel Chemicals Ltd. v. European Commission	28
5	רע"פ 8873/07 היינץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2011)	49
6	ב"ש (מחוזי ת"א) 91757/07 מדינת ישראל נ' כגנסקי, תק-מח (1)08 3552 (2008)	71
7	In re Grand Jury Proceedings (Corporation), 87 F.3d 377 (9th Circ. 1996)	78
8	החלטת ועדת אתיקה את-325-2010 Sun Pharmaceutical	83
9	בקשה בחדל"ת 43652-09-20 בעניין עו"ד אופיר נאור נאמן א.די.בי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק)	86
10	Commodity Futures Trading Comm'n v. Weintraub (1985)	105
11	בש"א 18215/02 (מחוזי ת"א) רואה-חשבון א' להב, המנהל המיוחד והנאמן לחברת משב תעשיות קרור בע"מ נ' הרשות לניירות ערך, פ"ד סב(1) 558 (2002)	112
12	Westinghouse Elec. Corp. v. Republic of Phil._ 951 F.2d	125
13	Diversified Indus. v. Meredith_ 572 F.2d 596	148
14	Teachers Ins. & Annuity Ass_n v. Shamrock Broadcasting	164
15	ת"צ (מחוזי ת"א) 21851-03-15 וינברגר נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, פס' 43-42 לפסק הדין של השופטת רונן (פורסם בנבו, 22.6.2016)	177
16	פ"ק (מחוזי חי') 48403-04-14 רודיצקי נ' ט.ב מתקדמים בכספים בע"מ (פורסם בנבו, 27.12.2015)	202
17	Weil Ceramics & Glass_ Inc. v. Work_ 110 F.R.D. 500	206
18	Duncan - [1968] 2 WLR 1479 (Eng PBAD)	227
19	Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co._ S.A._ 98 F.R.D	237

אסמכתא 1

ת"א (מחוזי ת"א) 2486/02 קבוצת
כרמלטון בע"מ נ' בנק דיסקונט
לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 4.5.2003)

עמ' 3

בתי המשפט

א 002486/02

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 04/05/03

בפני: כב' השופט דר' עודד מודריק

תובעת

בעניין: קבוצת כרמלטון בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ט. ארליך

נגד

נתבע

1. בנק דיסקונט לישראל בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ח. מלצר

2. מדינת ישראל - באמצעות רשות מנהרות הכרמל

ע"י פמת"א (אזרחי) עו"ד ר. דותן

להכרעת-הדין: [תא \(ת"א\) 2486/02](#) קבוצת כרמלטון נ' בנק דיסקונט, השופט ד"ר עודד מודרי

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\]](#), תשל"א-1971: סע' 48, 48 (א)

[פקודת מס הכנסה \[נוסח חדש\] - לא מרובד](#): סע' 235, 235, 235, 235, 235, 235, 235, 235

[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984; תקסד"א; תקסדא](#): סע' 178 (א)

[חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961](#): סע' 90

ק

מיני-רציו:

ראיות – חסיון עו"ד-לקוח – בירור חסיון לגבי כל מסמך על ידי שופט

ביהמ"ש ציין, כי בעוד אשר לעניין החסיונות היחסיים קבעה [פקודת הראיות](#) שיטה של בירור והכרעה באמצעות בית המשפט, הרי שלעניין החסיון המוחלט הנוגע ליעוץ משפטי לא נאמר בדין דבר (למעט הסדר ספציפי

בפקודת מס הכנסה). בהמשך לכך קבע ביהמ"ש, כי גם מסמכים שעשויים להקים חסיון עורך-דין לקוח יועברו לעיונו על מנת שיכריע אם אמנם יש מקום להטיל חסיון לגבי כל אחד ואחד מהם באופן נקודתי.

עוד הוסיף וקבע ביהמ"ש כי הפרוצדורה לעניין העיון במסמך שנטען לגביו חסיון תהא באופן, שעל הצד הטוען נגד החסיון, לאחר שיקבל הסבר כללי על כל מסמך, לנסות לשכנע את השופט שהעיון במסמכים, מצד השופט, באמת נחוץ.

החלטה

השתלשלות עניינים

ביום 20.4.03 ניתנה על ידי החלטה בטענת התנגדות של הנתבעת, בנק דיסקונט לישראל בע"מ (להלן: "הבנק"), לדרישת התובעת, קבוצת כרמלטון בע"מ (להלן: "כרמלטון"), להבאת מסמכים מסוימים, בידי עדה מטעם הבנק לשם הצגתם כראיה מטעם כרמלטון.

טענת ההתנגדות נשענה על שני נדבכים; האחד, שכרמלטון החמיצה את זכותה לתבוע גילוי מסמכים משלא נקטה בהליך המיועד לכך הקבוע ב**תקנות סדר הדין האזרחי** ולאחר שהבנק ציין בתצהיר גילוי מסמכים מצדו שיש קבוצת מסמכים שהוא מסרב לגלותם מטעמי חסיון. הנדבך השני הוא טענת חסיון; חסיון "דיונים ומסמכים פנימיים", חסיון "דברים ומסמכים שהוחלפו בין עו"ד ללקוח" וחסיון בנקאי.

החלטתי אמרה, בקליפת אגוז, כי החמצת הליכי גילוי מסמכים טרום המשפט אינה מונעת הצגת מסמכים שבעל הדין היריב לא גילה אותם על ידי הבאתם לבית המשפט לפי הוראת בית המשפט בהתאם **לתקנה 178(א) לתקנות סדר הדין האזרחי**. במקרה כזה הצגת המסמכים כראיה תתבצע בלי שלמבקש להגישם תהיה אפשרות לעיין בהם עיון מוקדם.

לעניין החסיונות קבעתי כי אינטרס בירור טענת התביעה הרלוונטית של כרמלטון מתגבר על חסיון הדיון הפנימי שהוא חסיון יחסי ואילו שני החסיונות האחרים עלולים לגבור על אינטרס הבירור האמור, בלבד שיוכח קיומם של החסיונות ביחס לכל מסמך ומסמך.

בירור שאלת קיומו של חסיון יעוץ משפטי – כך קבעתי – ייעשה על ידי שהמסמכים יוצגו לעיוני ואקבע את מעמדם.

לנוכח ההחלטה הגיש הבנק בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון ועמה גם בקשה לעיכוב ביצוע החלטתי עד למתן החלטה בידי בית המשפט העליון. בקשת עיכוב הביצוע נדונה בפני השופט ריבלין והוא דחה אותה.

על פי משמעות החלטת השופט ריבלין השלים הבנק עם הדרישה להציג מסמכים שקודם לכן טען לחסיונם כ"דיונים פנימיים". לעניין החסיון הבנקאי טרם הגענו ואילו כשהתבקש עד מטעם הבנק להציג מסמכים שמערך הייעוץ המשפטי הפנימי של הבנק נקשר בהם, סירב בא כוח הבנק בטענה של חסיון לפי **סעיף 48 לפקודת הראיות** ולפי **סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין** (להלן: "חסיון הייעוץ המשפטי"). כרמלטון ביקשה שיתקיים בירור בהתאם למתכונת שצוינה בהחלטתי הנ"ל (לאמור, שהמסמכים יוצגו לי לעיון כדי

לקבוע אם חל עליהם חיסיון) ואילו הבנק התנגד לכך בטענה שמאחר שחסיון הייעוץ המשפטי הוא חסיון מוחלט (ולא חסיון יחסי, כשאר החסיונות שהחלטתי הקודמת דנה בהם), אין מה לברר וגם לא מוכר הליך כגון זה המוצע על ידי. כל טענה שנשמעה מפי הבנק, היפוכה בטענות מפי כרמלטון. זו סבורה שהמסמכים שאותם היא מבקשת להגיש ושאותם הבנק מבקש להותיר חסויים, אינם כלולים בחסיון וכי יש לראותם כמסמכים משפטיים שהוכנו לפני שנצפה המשפט המתנהל עתה. מכל מקום בירור טיבם של המסמכים צריך להיעשות בדרך שהוצעה על ידי. כן טענה כרמלטון שעדי הבנק אינם "הנהנים" מן החסיון. הנהנים הם היועצים המשפטיים ואלה כלל לא הוזמנו להעיד.

הסוגיות להכרעה

הנה כי כן לפני שלוש סוגיות הטעונות הכרעה: א) האם ניתן עקרונית לקבוע שמסמכי הייעוץ המשפטי חסויים; ב) איזו פרוצדורה ניתן לנקוט כדי לברר את מעמדו של כל מסמך בנפרד; ג) מיהו הנהנה מחסיון הייעוץ המשפטי.

חסיון מסמכי הייעוץ המשפטי

זה לשון [סעיף 48\(א\) לפקודת הראיות](#)¹:

דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך-דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החסיון; והוא הדין בעובד של עורך-דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך הדין (ההדגשות שלי).

מלשון החוק נובע, באורח ברור למדי שהתייעצות של לקוח עם עורך דין ובכלל זה מסמכים שנמסרו מידי הלקוח לעורך הדין ומעורך הדין אל הלקוח – חסויים, בין שמדובר בהתייעצות לצורך הליך משפטי ובין שלא מדובר בהתייעצות לצורך הליך כזה; בין שצפוי הליך משפטי ובין שהליך כזה אינו צפוי. שני סייגים עשויים להיות לחסיון של מסמכים כאלה. הסייג האחד כרוך ב"החלפת" המסמכים והסייג השני כרוך בזיקת קשר ענייני לשירות המקצועי.

לעתים מתעוררת סוגיית קבילותם של מסמכים שהוכנו על ידי הלקוח או על ידי עורך הדין לקראת התייעצות וטרם הוחלפו; היינו, טרם הועברו מיד אחת למשניה. הפסיקה קבעה כי גם מסמכים כאלה חסויים ובתנאי שהוכנו לשם הליך משפטי קיים או לקראת הליך משפטי צפוי כשעניין ההליך המשפטי

¹ אין לי צורך להידרש להוראת [סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין](#) משום שניסוחו דומה ויתכן שתכליתו איננה דווקא יצירת חסיון אלא אכיפת החסיון על ידי איסור גילוי המקום עבירת משמעת.

משמש גורם דומיננטי בהכנת המסמך (רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד פ"ד מט(2) 516²; רע"א Alberici International 4999/95 שותפות זרה הרשומה בישראל ואח' נ' מ"י פ"ד נ(1) 39).

אני מניח שכל, או לפחות רוב, המסמכים שהבנק תובע את חסיונם כמסמכי ייעוץ משפטי הם בחזקת "מסמכים שהוחלפו בין עו"ד ללקוח" (ואין נפקא מינה שעורך הדין הוא יועץ משפטי המועסק כשכיר בידי הלקוח). לפיכך צריך לסנן מתוך המסמכים הללו את אלה שלא "הוחלפו" ואת המסמכים נעדרי זיקת שירות מקצועי ענייני.

בגדר מסמכים ש"הוחלפו" ניתן לכלול סיכומי דיונים או פרוטוקולים של דיונים שבהם התבקש עורך דין (יועץ משפטי) לחוות דעה מקצועית, שכן מסמכים אלה משקפים "דברים" שהוחלפו עם עורך הדין (החסיון חל, בנסיבות אלה הן על דברי עורך הדין והן על דברי המשתתפים בדיון, שדבריהם הם בחזקת "החלפת דברים" עם עורך הדין. אולם דיון שבו נדונים שני נושאים שונים, שאחד מהם אינו קשור בסוגייה שנדונה עם עורך הדין; או דיון שנערך בשני שלבים שאחד מהם לא כלל כל התייעצות עם עורך הדין, ניתן לפיצול. החסיון יחול רק על החלק שבו ניתן הייעוץ המשפטי).

סוגייה קשה יותר, לדעתי היא שאלת זיקת השירות המקצועי והענייני. ברור לי שלא יקום חסיון מעצם העובדה שבדיון נכח או השתתף עורך דין ושב לא נשאלה עצתו של עורך הדין או שתרומתו לדיון לא היתה בחוות דעת מקצועית. טול, למשל, דיון בבנק שבו מוערכת היתכנות כלכלית של פרוייקט. בדיון נוכח גם יועץ משפטי של הבנק והוא מעיר כי במדינת ישראל מלאכתן של ועדות התכנון והבנייה מתנהלת בעצלתיים וריבוי ההליכים התכנוניים עלול לגרום לעיכוב ממשי של מלאכת הבנייה, דבר שצריך להילקח בחשבון בהערכות הכלכליים ובחישוביהם. ועוד נניח שבהקשר להערתו נשאל היועץ המשפטי אם ניתן בהליכים משפטיים כלשהם לזרז את הליכי התכנון או למנוע חלק מהם והוא נותן תשובתו. ברור שההערה הראשונה איננה ייעוץ מקצועי ענייני כלל ועיקר. גם בהערה השניה אפשר לראות "מסירת מידע מאד פורמלי וראשוני" שקשה לראות בו שירות מקצועי ענייני.

הנה כי כן אם המסמכים שהבנק טוען לחסיונם כוללים התייעצות עם המערך המקצועי המשפטי של הבנק אזי חל עליהם חסיון גם אם לעת הכנתם לא החל עדיין ההליך המשפטי הנוכחי ואפילו לא היתה צפייה סבירה לפתיחת הליך זה.

בירור חסיונו של כל מסמך ומסמך

מה הדין כאשר בעל דין טוען לחסיון ייעוץ משפטי ובעל הדין דידו טוען לתחולת סייג על מסמכים קונקרטיים. במצב דברים כזה נוצר באופן ברור "סכסוך" (lis) נקודתי הטעון הכרעה. לעניין החסיונות

² ייאמר כי המסמכים שחסיונם התבקש בפרשה זו כלל לא הוכנו בשילוב עורכי דין או יועצים משפטיים. על הפרק עמדה שאלת חסיונו של דו"ח של ועדת חקירה מקצועית שמונתה מטעם בית החולים לבדיקת אירוע רפואי. מכאן שהחסיון שנשקל, במקרה זה, כלל אינו קשור לחסיון שבסעיף 48 לפקודת הראיות.

היחסיים קבעה הפקודה שיטה של בירור והכרעה באמצעות בית המשפט.³ לעניין החסיון המוחלט הנוגע ליעוץ משפטי לא נאמר בדין דבר.⁴

כאמור, בהחלטתי הקודמת קבעתי כי מסמכים שבמחלוקת יובאו לעיוני כדי לקבוע את מעמדם. הבנק מתרעם על כך וטוען, בין היתר, שבעניין הזה נמצאה החלטתו של השופט ריבלין שותקת ולא בכדי. בעוד שהשופט קיבל את עיקר החלטתי ונמנע ממתן צו עיכוב ביצוע, בנקודה הנדונה לא אמר דבר ושתיקתו אומרת הסתייגות.

כשלעצמי כלל אינני בטוח שהחלטת השופט ריבלין אינה מתייחסת להליך שהוצע על ידי. ההליך מצויין בה במפורש ("לבסוף קבע בית המשפט, כי מסמכים שעשויים להקים חסיון עורך-דין לקוח יועברו לעיונו על מנת שיכריע אם אמנם יש מקום להטיל עליהם חסיון") ואחר כך אף סיכם השופט הנכבד של בית המשפט העליון:

אשר לעילות החסיון האחרות – אם תבקש החברה לעיין במסמכים שנתבקשה העדה להביא עמה, או תבקש להציגם כראיה במשפט, היא רשאי הבנק לטעון לחסיונם. במקרה זה יהא על בית המשפט להחליט בשאלת החסיון טרם שיאשר את הבקשות כאמור.

איך תתבצע ההחלטה? מן הסתם על דרך הפרוצדורה שהצעתי לנקוט בה. וכבר היו דברים מעולם. בהקשר לחסיונות שהדין לא הורה בהם הליך של בירור נאמר:

כאמור לעיל, הורה בית המשפט כי מסמכים שסיווגם שנוי במחלוקת יועברו לעיונו לשם בדיקתם. פתרון זה יפה לנסיבות המקרה שלפנינו וראוי היה שהמבקש ילך בדרך שהתווה בית המשפט וימסור את המסמך לעיונו. ראוי לציין כי הדרך של הצגת מסמך שחסיונו שנוי במחלוקת, לעיונו של בית המשפט לשם הכרעה בשאלת החסיון, הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה (רע"א 1917/92 סקולר ואח' נ ג'רבי פ"ד מז(5) 781, 764; רע"א 900/99 קמינסקי בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ תקדין-עליון 1999(2) 118). עוד אעיר כאן כי אינני שותף לחששו של המבקש כי העיון של השופט במסמך עלול להשפיע על גיבוש עמדתו לגבי התוצאה, אפילו יגיע למסקנה שעל המסמך חל חסיון... (רע"א 637/00 בנק דיסקונט נ' אברת פ"ד נה(3) 664, 661).

על כן אני חוזר ונוקב בדרך שהוצעה על ידי בהחלטתי הקודמת. עם זה אעיר שכיון שבהחלטה דנן הבהרתי את תחולתו הרחבה יחסית של החסיון לפי [סעיף 48 לפקודת הראיות](#), יצטרך בא כוח כרמלטון אחרי שיקבל הסבר כללי על כל מסמך⁵ (ישיבת התייעצות עם היועמ"ש של הבנק, העברת מסמך לעיון היועמ"ש, חוות דעת יועץ משפטי וכיו"ב) לנסות לשכנע שהעיון במסמכים, מצדי, באמת נחוץ.

³ אמנם הבירור, בעניינים אלה, מיועד לקבוע עדיפות של אינטרס החיסוי או של אינטרס הגילוי, אך ברור – והדבר גם מקובל – שלשם ההכרעה רשאי בית המשפט "הדן בדבר" לעיין במסמכים או בראיות שחסיונם נטען ומפני "מקצועיות" של בית המשפט אין חוששים להטיית דעתו או לרכישת "דעה קדומה" מכוח עיון במסמכים ובראיות שחסיונם יאושר.

⁴ פרט להסדר מיוחד לעניין [סעיפים n-235 לפקודת מס ההכנסה](#).

⁵ השווה מחסיון אחר [ע"פ 1152/91 סיקסיק נ' מ"י פ"ד מו\(5\) 8](#)

לזהות הנהנה

מבחינה תיאורטית אין ספק שהבעלים של החסיון הוא הלקוח (והוא, לכן, רשאי לוותר עליו) ואילו הנהנה מן החסיון הוא עורך הדין. אולם ברור שהוצאת הלקוח מ"חוג" הנהנים בעצם שמה לאל את החסיון. דברים ומסמכים שהבנק החליף עם יועציו המשפטיים אמנם לא יתקבלו על ידי בית המשפט מידי היועצים, אך – אם לא ייקבעו גם פקידי הבנק (פקידי ה"לקוח") כנהנים מן החסיון – ניתן יהיה על נקלה לעקוף את החסיון באמצעות פקידים אלה.

לפיכך יש לקבל את דבריו של המלומד קדמי ולפיהם: "ויהיו הדברים כאשר יהיו, נראה כי 'לקוח' לא יידרש לחשוף חומר המשקף התייעצות מקצועית בינו לבין עורך דינו" (י. קדמי על הראיות חלק שני (תשנ"ט) 772).

לסיכום

하나. מסמכי הבנק ש"הוחלפו" עם יועציו המשפטיים בהקשר לפרשה דידן ושניתן לראות בהם ממד של ייעוץ משפטי ענייני – חסויים.
둘. שאלת החסיון הקונקרטי על כל מסמך תתברר בהליך שבו יובא המסמך לעיוני, אם אשתכנע שיש טעם לדבר.
셋. פקידי הבנק הם בכלל "נהנה" מן החסיון האמור.

ניתנה היום ב' באייר, תשס"ג (4 במאי 2003) בהעדר הצדדים. המזכירות תמציא לצדדים החלטה זו.

דר' עודד מודריק 54678313-2486/02

דר' עודד מודריק, שופט

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן

אסמכתא 2

**פרייק (מחוזי מר'י) 12-06-54665-54665 שגב,
עו"ד נ' כונס נכסים רשמי תל אביב
(פורסם בנבו, 31.7.2014)**

עמ' 10

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

פר"ק 54665-06-12 טאו תשואות ע"מ ואח' נ' בן דב ואח'
 פר"ק 36779-10-12 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' טאו תשואות ע"מ ואח'
 פר"ק 36769-10-12 משמרת שירותי נאמנות בע"מ נ' טאו תשואות ע"מ ואח'

מספר בקשה: 99

לפני כבוד השופט אילן ש' שילה, סג"נ

בעניין: פקודת החברות
 ובעניין: טאו תשואות בע"מ ח.צ. 1-001410-52 (להלן "החברה")

יוסף שגב עו"ד (מנהל מיוחד)

המבקש

נגד

1. כונס נכסים רשמי תל אביב
 2. בנק לאומי לישראל בע"מ - אגף אשראים מיוחדים

המשיבים

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת החברות \[נוסח חדש\], תשמ"ג-1983: סע' 288, 373, 374](#)
[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 48, 48א', 373, 374](#),
[חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961: סע' 90](#)
[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 119](#)

מיני-רציו:

* החיסיון המוחלט בין לקוח לעו"ד הוא זכותו של ה"לקוח" וחל אף ביחסים שבין יועץ משפטי שכיר לבין הלקוח המעסיק. במקרה דנן החיסיון המוחלט החל על המסמכים המבוקשים גובר על זכות העיון

מכוח סעיף 288 בפקודת החברות.

* עורכי-דין – חיסיון – תחולתו

* ראיות – חיסיון – בין לקוח לעורך-דינו

בקשת המנהל המיוחד להורות לבנק להעביר לידי מסמכים הקשורים לחברה. הבנק מתנגד בטענה כי מסמכים אלו חוסים תחת חיסיון עורך דין לקוח.

בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה ופסק:

זכות החיסיון בין לקוח לבין עו"ד היא זכותו של ה"לקוח" ורק הוא שרשאי לוותר עליה. החיסיון חל אף ביחסים שבין עו"ד שהוא יועץ משפטי שכיר לבין הלקוח המעסיק. אם נוכח עורך הדין, כי הלקוח מוסר לו על כוונתו לעבור עבירה בעתיד, והוא אף נוהג כך, אין העניין מסוג העניינים הנוגעים לשירות

המקצועי. המסמכים נושא הבקשה חוסים תחת חיסיון עו"ד-לקוח ולא עולה מהם כוונה לביצוע עבירה. חרף סמכותו הרחבה של ביהמ"ש להורות על העברה של מסמכים למפרק, מדובר באינטרס מוגן של הבנק הגובר על זכות העיון מכוח סעיף 288 בפקודת החברות.

החלטה

זו בקשת המנהל המיוחד להורות לבנק לאומי לישראל בע"מ (להלן: "הבנק") להעביר לידי מסמכים שיש להם קשר לחברה. הבנק מתנגד בטענה כי מסמכים אלו חוסים תחת חיסיון עורך דין לקוח.

1. ענייננו בטיוטות של הסכמים משנת 2001 (להלן: "המסמכים") הנמצאות בידי החטיבה העסקית של הבנק, שטיפלה בזמנה במתן אשראי לחברת גיבור ספורט אחזקות בע"מ (להלן: "גיבור"), ולחברת ירדן השקעות בע"מ, אשר לימים שינתה את שמה ל"טאו תשואות בע"מ" היא החברה שבפירוק (להלן: "ירדן" או "החברה"). ביתר פירוט המנהל המיוחד מבקש כי הבנק ימסור לו את כל הטיוטות של שני הסכמים:

- א. הסכם מיום 9.1.2001 שנכרת בין הבנק לבין גיבור, שעניינו תוספת לתנאי ניהול (להלן: "התוספת הראשונה"). על פי הצהרת הבנק בידיו שתי טיוטות להסכם זה.
- ב. הסכם מיום 1.5.2001 הנושא את הכותרת "תוספת לתנאי הניהול", שנערך בין הבנק לבין ירדן וגיבור (להלן: "התוספת השניה"). על פי הצהרת הבנק בידיו שלוש טיוטות של הסכם זה.

2. טענות המנהל המיוחד:

א. אין יסוד לטענת החיסיון שטוען הבנק – חיסיון עורך דין-לקוח פוטר את עורך הדין מלחשוף מסמכים שהוחלפו בינו לבין לקוחו, אך אין הוא פוטר את הלקוח, בענייננו הבנק. החוק אינו עוסק בזכותו של לקוח שלא לגלות חילופי דברים ומסמכים עם עורך דינו. יתר על כן, הבנק העביר מיוזמתו את המסמכים נושא הבקשה לצד שלישי – החברה – שלפיכך מתרוקנת מתוכן תכלית החיסיון, כלפי אותו צד שלישי שכבר נחשף למידע ושהמנהל המיוחד פועל בנעליו.

ב. לחלופין, ככול שבית המשפט יקבע שהמסמכים חוסים תחת חיסיון עורך דין לקוח, מבקש המנהל המיוחד לשמור על זכותו להשלים את הטיעון ולטעון כי אין מניעה לחשוף את המסמכים:

ראשית, משום שהחברה וגיבור הן ששילמו עבור השירות המשפטי שקיבל הבנק, שלפיכך עורך הדין מטעם הבנק, עו"ד שמואל המר, פעל גם עבור החברה, ומכאן שלחברה זכות לקבל המסמכים.

שנית, משום שלמנהל המיוחד חשד לכאורה כי הקשר בין עו"ד המר לבין הבנק היה כיסוי לעבירה פלילית ולמעשי תרמית, לרבות עבירות לפי סעיפים [374-373](#) בפקודת [החברות](#), שעל כן אין החיסיון חל.

3. טענות הבנק:

א. **הבנק מתנגד למסירת טיוטות פנימיות שהוחלפו בין יועציו המשפטיים לבין פקידיו, שכן אלו חוסות בחיסיון עורך דין לקוח.** הבנק אינו מתנגד ואינו טוען לחיסיון באשר לטיוטות שנמסרו לחברה, אך טוען כי המנהל המיוחד לא הציג תשתית עובדתית לטענתו שטיוטות של התוספת הראשונה הועברו לחברה. ככל שנמסרה טיוטה כזו לחברה, הרי היא ברשות המנהל המיוחד, ולא נטענת לגביה טענת חיסיון. באשר לתוספת השנייה – מהמכתבים שעליהם מסתמך המנהל המיוחד עולה כי טיוטה אחת אכן הועברה לחברה ולגבי טיוטה זו אין הבנק טוען לחיסיון.

ב. **חיסיון עורך דין לקוח הוא ממושכלות היסוד בשיטת המשפט הישראלית ואין ליתן יד לפגיעה בו** – הזכות לחיסיון היא זכות חוקתית מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הוראת [סעיף 48\(א\) בפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], התשל"א-1971 פוטרת את עורך הדין מלמסור כראיה דברים ומסמכים העומדים בתנאי הסעיף, אף אם הועברו מעורך הדין ללקוח או מהלקוח לצד שלישי. [סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין](#), התשכ"א-1961 מחדד חובה זו כלפי עורך הדין.

ג. **חיסיון עורך דין לקוח חולש גם על מסמכים הנמצאים ברשות הלקוח** – המנהל המיוחד נקלע לכלל טעות משפטית. בית המשפט העליון דחה את מבחן הסיווג הגיאוגרפי של המסמכים ואת העמדה שהביע המנהל המיוחד, וקבע כי החיסיון חל על מסמכים שהוחלפו בין עורך הדין ללקוח אפילו אלו נמצאים פיסית בידי הלקוח ([רע"פ 8873/07 היינץ נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו]).

ד. באשר לטענותיו החלופיות של המנהל המיוחד, הבנק שומר על זכותו להשלים את הטיעון, ככל שהמנהל המיוחד ישלים את טיעונו. הבנק משיב אף לגופן של הטענות כדלקמן: באשר לטענת הייצוג המשותף, הבנק מבהיר כי החטיבה לייצוג משפטי של הבנק (שעו"ד המר הוא מאנשיה) מייצגת את הבנק בלבד. עו"ד המר מעולם לא ייצג את החברה ולא הוסמך על ידי מי מטעמה לייצגה. החברה לא שילמה שכר טרחת עורך דין. המנהל המיוחד לא פירש את טענתו זו, אך ככל שכיוון לאמור בסעיף 4.3 בתוספת השנייה, כי "ישלמו הלקוחות לבנק במזומן עמלת עריכת מסמכי אשראי ובטחונות בסך השווה ל-30,000 ₪...", אין מדובר בשכר טרחה, אלא בתשלום עמלה לבנק.

המבחנים לקיומם של יחסי עורך דין לקוח שקבע בית המשפט העליון ([ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד\(4\) 446, 478 \(1990\)](#)) אינם מתקיימים בענייננו. עו"ד המר לא קיבל על עצמו לייצג את החברה ואת גיבור. עו"ד המר לא קיבל שכר טרחה מגיבור או מהחברה. עו"ד המר היה היועץ הפנימי של הבנק בלבד, ואין שחר לטענה כי היה בא כוח החברה.

באשר לטענתו הנוספת של המנהל המיוחד, מלין הבנק על האופן בו מטיח המנהל המיוחד פעם אחר פעם האשמות בפלילים ללא בסיס, תוך פגיעה בשמם הטוב של אנשי הבנק. לגופה של הטענה, המנהל המיוחד לא הביא כל ראיה לקיומה של מרמה או לביצועה של עבירה פלילית כלשהי, ולא הראה כי עו"ד המר שותף לעבירה פלילית. אין די ב"חשד ראשוני" או ב"חשד לכאורה" למעורבות של עו"ד המר בעבירות לפי סעיפים [373 – 374](#) **בפקודת החברות** [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 (להלן: "הפקודה"), לצורך הקביעה כי הטיוטות אינן חוסות תחת חיסיון עורך דין לקוח.

4. **עמדת כונס הנכסים הרשמי :**

כונס הנכסים הרשמי מצביע על זכות העיון הרחבה העומדת לבעל תפקיד מכוח [סעיף 288](#) בפקודה, ואף על פי כן גורס כי המסמכים עשויים לחסות בצל החיסיון. בנסיבות אלו המליץ בא כוחו המלומד של כנ"ר כי הבנק יעביר בשלב ראשון את המסמכים לעיונו הבלעדי של בית המשפט, כנהוג במקרים דומים.

קיבלתי את הצעת כנ"ר, ועל פי הוראתי ובהתאם [לתקנה 119](#) **בתקנות סדר הדין האזרחי**, התשמ"ד-1984, נמסרו המסמכים האמורים לעיונו. עתה יש להכריע בשאלת החיסיון.

5. **דיון והכרעה :**

5.1 חיסיון עורך דין לקוח מוסדר [בסעיף 48](#) **בפקודת הראיות**, שכותרתו "עדות עורך דין":

"48. (א) דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החיסיון; והוא הדין בעובד של עורך דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך הדין.
(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות עורך דין או עובד של עורך הדין."

ראו בקשר לכך גם את הוראת [סעיף 90](#) **בחוק לשכת עורכי הדין**, תשכ"א-1961, אשר לשונו דומה ללשון [סעיף 48](#) הנ"ל, וכותרתו "סוד מקצועי":

"90. דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם."

איני רואה צורך לעמוד על ההבחנות שבין שתי הוראות החוקים ואתמקד להלן, כפי שעשה הבנק, בהוראת [סעיף 48](#) הנ"ל.

5.2 בית המשפט העליון עמד על הקשר שבין החיסיון לבין זכות הייצוג ועל חשיבותה כאחת מ"מושכלות יסוד":

"נקודת המוצא לדיון היא זכותו של אדם, ואסיר בכלל זה, להיות מיוצג בידי עורך-דין על-פי בחירתו ולשם כך להיוועץ עמו בתנאי חיסיון. על זכות זו ועל חשיבותה עמד בית-המשפט פעמים רבות עוד לפני העידן החוקתי, כנגזרת של סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (ראו למשל: בג"ץ 193/67 קהווג"י נ' נציב בתי-הסוהר [פורסם בנבו]; בג"ץ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, צה"ל [פורסם בנבו]). בית-המשפט חזר והדגיש את חשיבותה של הזכות האמורה גם אחרי העידן החוקתי (למשל: בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון [פורסם בנבו]; בג"ץ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין [פורסם בנבו]).

זכותו האמורה של אדם ואסיר להיוועץ עם עורך-דין כבחירתו בתנאים המבטיחים את החיסיון היא אכן בגדר מושכלות יסוד. הזכות נועדה לאפשר קבלת שירות מקצועי. מתן שירות מקצועי נהנה מחסיון עורך-דין-לקוח (סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971; סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין).

(בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נה(2) 746, 754)

מי הנהנה מהחיסיון?

5.3 האם יש ממש בטענת המנהל המיוחד כי הבנק כלקוח מנוע מלטעון לחיסיון? אמנם לשון החוק מורה כי עורך הדין הוא הנהנה מן הזכות לחיסיון, ככתוב: "אין עורך הדין חייב למסרם כראיה", עורך הדין להבדיל מהלקוח. אלא שקביעה כי החיסיון אינו חל על הלקוח מעקרת את תכלית החיסיון. הכיצד יוכל לקוח להתבטא בחופשיות בפני עורך דינו, אם דבריו אינם חסויים כשהם בחזקתו? טלו מצב שבו עורך דין ולקוחו מתכתבים בדואר (האלקטרוני), הייתכן כי עורך הדין יהיה פטור מלמסור את אותה התכתובת כראיה ואילו הלקוח לא? שאלה זו התעוררה בעניין אחד קבע השופט ע' מודריק כי יש לראות את פקידי הבנק כנהנים מן החיסיון. דבריו כאילו ונכתבו לענייננו:

"תיאורטית אין ספק שהבעלים של החיסיון הוא הלקוח (והוא, לכן, רשאי לוותר עליו) ואילו הנהנה מן החיסיון הוא עורך הדין. אולם ברור שהוצאת הלקוח מ'חוג' הנהנים בעצם שמה לאל את החיסיון. דברים ומסמכים שהבנק החליף עם יועציו המשפטיים אמנם לא יתקבלו על ידי בית המשפט מידי היועצים, אך – אם לא ייקבעו גם פקידי הבנק (פקידי

ה'לקוח' כנהנים מן החסיון – ניתן יהיה על נקלה לעקוף את החסיון באמצעות פקידים אלה. לפיכך יש לקבל את דבריו של המלומד קדמי ולפיהם: 'ויהיו הדברים כאשר יהיו, נראה כי 'לקוח' לא יידרש לחשוף חומר המשקף התייעצות מקצועית בינו לבין עורך דינו' (י. קדמי על הראיות חלק שני (תשנ"ט) 772.772.

ת"א (ת"א) 2486/02 קבוצת כרמלטון בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ [פורסם בנבו] (4.5.2003) (לעיל ולהלן: "עניין כרמלטון") (ההדגשות אינן במקור – אש"ש)

5.4 זכות החסיון היא זכותו של ה"לקוח", ורק הוא שרשאי לוותר עליה בג"צ 744/97 גוזלן נ' השופט א' אמינוף ואח', נא(1) 355, 360 (1997); ע"א 632/77, 662/77 מוסקונה נ' מאור, לב(2) 321 (להלן: "עניין מוסקונה"). מה טעם להקנות ללקוח זכות לחסיון, אם הוא עצמו אינו זכאי מיניה וביה ליהנות ממנה? לאחרונה אף הבהיר בית המשפט העליון כי החסיון עשוי לחול גם על מסמכים הנמצאים בחזקת הלקוח:

"ראוי להדגיש, כי בשלב הדיון לפנינו חל שינוי מהותי בעמדתה העקרונית של המדינה ביחס לסוגית 'תחולתו הגיאוגרפית' של חסיון עורך-דין-לקוח. במסגרת בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעמה, הודיעה המדינה כי בניגוד לעמדה שהוצגה על ידה בערכאות הקודמות, היא מסכימה לכך שחסיון עורך-דין-לקוח יכול לחול מבחינה עקרונית גם על מסמכים הנמצאים בחזקת הלקוח ואין הוא מוגבל בהתפרשותו לדי' אמותיו של עורך-הדין."

ובהמשך:

"... טוב עשתה המדינה עת בחנה מחדש את עמדתה והציגה בה שינוי שאף הביא, בסופו של יום, ליישוב מרבית המחלוקות בין הצדדים. לטעמנו, ראוי כי עמדה זו, המבוססת על פרשנות תכליתית של הוראת החסיון, תשמש כבסיס לבחינת השאלות השונות המתעוררות בעקבות תפיסה וחשיפה של מסמכים המצויים בחזקת הלקוח. בהקשר זה ראינו אף להבהיר כי כשם שלא קיימת הצדקה מהותית לסווג את תחולת חסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים שונים לפי מפתח "גיאוגרפי", כך גם לא קיימת הצדקה להבחין בין צורות תקשורת שונות בין עורך-דין ללקוחו. דהיינו, החסיון חל במידה שווה על שיחה שהתנהלה בעת מפגש, באמצעות טלפון, דואר אלקטרוני או במדיום רלוונטי אחר.

...

אשר על כן, ובהתאם לאמור בהחלטתנו מיום 18.01.2010, הערעור מתקבל חלקית במובן זה שקביעתו של בית המשפט קמא כי חסיון עורך-דין-

**לקוח אינו חולש מבחינה עקרונית על מסמכים הנמצאים ברשותו של
הלקוח – בטלה.**

(רע"פ 8873/07 היינץ נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו])

(2.1.2011)

עולה מן המקובץ, כי זכות החיסיון היא גם זכותו של הלקוח, ואין לקבוע שהבנק, כלקוח, מנוע מלטעון לחיסיון המסמכים.

האם יש משמעות לכך שעורך הדין הוא יועץ משפטי המועסק כשכיר בידי הבנק?

5.5 בעניין כרמלטון הנ"ל קבע השופט ע' מודריק כי החיסיון חל אף ביחסים שבין עורך דין שהוא יועץ משפטי שכיר לבין הלקוח המעסיק. אין לי אלא להצטרף לקביעה זו, שהרי כל קביעה אחרת מעקרת את תכלית החיסיון, ומסכלת את תפקידו של עורך הדין. וכי כיצד ייעץ עורך הדין וכיצד יתן שירות מקצועי נאות, אם לא יוכל הלקוח למסור לו את כל סודותיו, מבלי לחשוש שאלו יתגלו לאחרים?

האם המסמכים חוסים בצל החיסיון?

5.6 מעיון בטיטות עולה כי מדובר במסמכים שהוחלפו בין עורך הדין שמואל המר, היועץ המשפטי הפנימי של הבנק, לבין פקידי הבנק שעסקו בנושא, שלפיכך אלו "מסמכים שהוחלפו בין עו"ד ללקוח", ואף ברור שמדובר ביועץ משפטי שיועץ עו"ד המר לבנק. על כן המסמכים בעלי "קשר ענייני לשירות המקצועי" שניתן.

5.7 לא הוכח כי מדובר במסמכים אשר הועברו לחברה (שהבנק אינו מתנגד להעברתם) ועל פני הדברים אלו טיטות פנימיות שהוחלפו בין הבנק ליועציו המשפטיים.

נסכם עד כאן ונאמר כי המסמכים נושא הבקשה חוסים תחת חיסיון עורך דין לקוח.

האם יש מקום להסיר החיסיון דנן?

5.8 שתי טענות בפיו של המנהל המיוחד ונדון בהן אחת לאחת.

5.8.1 באשר לטענה שהחברה גיבור שילמו לבנק עבור השירות המשפטי, שעל כן יש לראות את פעולותיו של עו"ד המר כפעולות שנעשו גם עבור החברה, שלפיכך אין מקום לטענת החיסיון: ככול שטענת המנהל המיוחד נסמכת על סעיף 4.3 בתוספת השנייה, הקובע כי "ישלמו הלקוחות לבנק במזומן עמלת עריכת מסמכי אשראי ובטחונות בסך השווה ל-30,000 ₪...", מקובלת עלי עמדת הבנק שמדובר בעמלה ולא בשכר טרחה. ככול שלמנהל המיוחד סימוכין אחרים לטענתו, רשאי הוא להשלים טיעונו בעניין זה תוך 15 יום, והבנק יהיה רשאי להשיב תוך 15 יום לאחר מכן (ימי פגרה בחשבון).

5.8.2 יש לדחות גם את הטענה כי החיסיון נסוג מפני חשד לכאורה שהקשר בין עו"ד המר לבין הבנק היה כיסוי לעבירות פליליות ולמעשי תרמית, לרבות עבירות לפי

סעיפים 373-374 בפקודה. החיסיון לא יעמוד במקום שבו יחסי עורך הדין והלקוח מכוונים לעבור עבירה, להבדיל מעבירה שכבר נעברה, שכן עבירה צפויה אינה מסוג הדברים שיש להם קשר לשירות מקצועי. אם נוכח עורך הדין, כי הלקוח מוסר לו על כוונתו לעבור עבירה בעתיד, והוא אף נוהג כך, כי אז אין הלקוח מעוניין בשירות מקצועי מעורך הדין, ואין העניין מסוג העניינים שיש להם קשר לשירות המקצועי (**על"ע 5160/04 אילן אשד נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים** [פורסם בנבו] (22.3.2005)). כאמור, אין זה המצב בענייננו. לאחר שעיינתי במסמכים, ומבלי לחשוף את תוכנם, איני סבור כי מדובר במסמכים שמהם עולה כוונה לביצוע עבירה. לא כל שכן, שכן פני הדברים כאשר מדובר, כדברי המנהל המיוחד, ב"חשד ראשוני" או ב"חשד לכאורה" גרידא (השוו: **ב"ש (מח ת"א) 90130/08 ליברמן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (27.3.2008)).

האם זכות העיון מכוח סעיף 288 בפקודת החברות גוברת על החיסיון?

5.9 הלכה היא כי בהליכי פירוק קיימות לבית המשפט סמכויות רחבות להורות על העברה של מסמכים למפרק. עמד על כך לאחרונה בית המשפט העליון בעניין **Milgerd Nominees Pty Limited**:

"סעיף 288 **לפקודת החברות** מעניק לבית המשפט סמכויות חקירה נרחבות, לחקור כל אדם שנראה לבית המשפט כי הוא יכול למסור מידע אודות החברה. בגדר כך רשאי בית המשפט להורות לאדם שהוזמן לחקירה להגיש 'פנקסים שברשותו או בשליטתו בנוגע לחברה' [ראו: **רע"א 8206/02 בן עמי נ' עו"ד מ. קידר - מפרק חברת יורם בן עמי בניה ופיתוח** [פורסם בנבו] (28.4.2003)]. תכליתן של הוראות אלה היא לסייע למפרק למלא את תפקידו, ובכלל זה לדאוג לכינוס נכסי החברה (סעיף 307(ב) **לפקודת החברות**), על מנת לפרוע את חובותיה לנושים [ראו: צפורה כהן פירוק חברות 276-277 (2000). ראו גם: יורם דנציגר הזכות למידע אודות החברה (2000) מעמ' 439 ואילך]. אזכיר, כי לרוב המפרק מגיע כ'צד זר' אל החברה, ולכן הוא מצוי בעמדת 'נחיתות אינפורמטיבית', ומכאן הצורך בסמכויות עיון וחקירה נרחבות שיאפשרו לו לגשר על פער זה [עניין שחם, בפיסקה 11].

אמנם גם בהליכי פירוק אפשר שזכותו של המפרק לקבלת מסמך פלוני תיסוג מפני זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים, לרבות זכותו של צד שלישי לפרטיות ולסודיות בנקאית. לפיכך גם בהליכי פירוק, ככל שטוענים צדדים שלישיים לפגיעה בזכויותיהם עקב העברת המסמכים, יש לאפשר להם לשטוח טענותיהם לפני בית המשפט בטרם ההכרעה בסוגיה זו. עם זאת, שלא כמו בתובענה אזרחית 'רגילה', כאשר מדובר בבקשה להעברת מסמכים שהחברה הינה צד להם המועלית על ידי המפרק במסגרת הליכי פירוק, נראה שנקודת האיזון משתנה ומטה את הכף בבירור לטובת התרת העברת המסמך

למפרק. זאת, על מנת להגשים את התכלית שביסוד סמכויות הגילוי והחקירה הנרחבות הניתנות לבית המשפט בהליכי פירוק כאמור לעיל."

(רע"א 4776/13 Milgerd Nominees Pty Limited נ' Max Donnelly (29.9.2013)).

5.10 עם זאת, וכפי שהבהיר בית המשפט העליון, לעתים יש בכוחם של אינטרסים מוגנים אחרים לגבור על זכותו של המפרק. בענייננו, מדובר אמנם במסמכים הקשורים בחברה, אלא שהחברה לא הייתה צד ישיר להם, בהיותם טיטות פנימיות שהוחלפו בין הבנק לבין יועציו המשפטיים. מסמכים אלו חוסים תחת החיסיון, שהוא חיסיון מוחלט, אשר רק הלקוח רשאי לוותר עליו (ראו עניין מוסקונה הנ"ל). לפיכך מדובר באינטרס מוגן של הבנק הגובר על זכות העיון מכוח סעיף 288.

6. סיכום

עולה מן המקובץ שאין מקום להיעתר לבקשת המנהל המיוחד.

הבקשה נדחית.

ניתנה היום, ד' אב תשע"ד, 31 יולי 2014, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

אילן שי שילה 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

אסמכתא 3

**Upjohn Co. v. United States, 449
US 383 - Supreme Court 1981**

עמ' 20

449 U.S. 383 (1981)

UPJOHN CO. ET AL.
v.
UNITED STATES ET AL.

No. 79-886.

Supreme Court of United States.

Argued November 5, 1980.

Decided January 13, 1981.

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT.

385 *385 *Daniel M. Gribbon* argued the cause and filed briefs for petitioners.

Deputy Solicitor General Wallace argued the cause for respondents. With him on the brief were *Solicitor General McCree*, *Assistant Attorney General Ferguson*, *Stuart A. Smith*, and *Robert E. Lindsay*.^[*]

William W. Becker filed a brief for the New England Legal Foundation as *amicus curiae*.

386 *386 JUSTICE REHNQUIST delivered the opinion of the Court.

We granted certiorari in this case to address important questions concerning the scope of the attorney-client privilege in the corporate context and the applicability of the work-product doctrine in proceedings to enforce tax summonses. 445 U. S. 925. With respect to the privilege question the parties and various *amici* have described our task as one of choosing between two "tests" which have gained adherents in the courts of appeals. We are acutely aware, however, that we sit to decide concrete cases and not abstract propositions of law. We decline to lay down a broad rule or series of rules to govern all conceivable future questions in this area, even were we able to do so. We can and do, however, conclude that the attorney-client privilege protects the communications involved in this case from compelled disclosure and that the work-product doctrine does apply in tax summons enforcement proceedings.

I

Petitioner Upjohn Co. manufactures and sells pharmaceuticals here and abroad. In January 1976 independent accountants conducting an audit of one of Upjohn's foreign subsidiaries discovered that the subsidiary made payments to or for the benefit of foreign government officials in order to secure government business. The accountants so informed petitioner Mr. Gerard Thomas, Upjohn's Vice President, Secretary, and General Counsel. Thomas is a member of the Michigan and New York Bars, and has been Upjohn's General Counsel for 20 years. He consulted with outside counsel and R. T. Parfet, Jr., Upjohn's Chairman of the Board. It was decided that the company would conduct an internal investigation of what were termed "questionable payments." As part of this investigation the attorneys prepared a letter containing a questionnaire which was sent to "All Foreign General and Area Managers" over the Chairman's signature. The letter *387 began by noting recent disclosures that several American companies made "possibly illegal" payments to foreign government officials and emphasized that the management needed full information concerning any such payments made by Upjohn. The letter indicated that the Chairman had asked Thomas, identified as "the company's General Counsel," "to conduct an investigation for the purpose of determining the nature and magnitude of any payments made by the Upjohn Company or any of its subsidiaries to any employee or official of a foreign government." The questionnaire sought detailed information concerning such payments. Managers were instructed to treat the investigation as "highly confidential" and not to discuss it with anyone other than Upjohn employees who might be helpful in providing the requested information. Responses were to be sent directly to Thomas. Thomas and outside counsel also interviewed the recipients of the questionnaire and some 33 other Upjohn officers or employees as part of the investigation.

On March 26, 1976, the company voluntarily submitted a preliminary report to the Securities and Exchange Commission on Form 8-K disclosing certain questionable payments.^[1] A copy of the report was simultaneously submitted to the Internal Revenue Service, which immediately began an investigation to determine the tax consequences of the payments. Special agents conducting the investigation were given lists by Upjohn of all those interviewed and all who had responded to the questionnaire. On November 23, 1976, the Service issued a summons pursuant to 26 U. S. C. § 7602 demanding production of:

388 "All files relative to the investigation conducted under the supervision of Gerard Thomas to identify payments to employees of foreign governments and any political *388 contributions made by the Upjohn Company or any of its affiliates since January 1, 1971 and to determine whether any funds of the Upjohn Company had been improperly accounted for on the corporate books during the same period.

"The records should include but not be limited to written questionnaires sent to managers of the Upjohn Company's foreign affiliates, and memorandums or notes of the interviews conducted in the United States and abroad with officers and employees of the Upjohn Company and its subsidiaries." App. 17a-18a.

The company declined to produce the documents specified in the second paragraph on the grounds that they were protected from disclosure by the attorney-client privilege and constituted the work product of attorneys prepared in anticipation of litigation. On August 31, 1977, the United States filed a petition seeking enforcement of the summons under 26 U. S. C. §§ 7402 (b) and 7604 (a) in the United States District Court for the Western District of Michigan. That court adopted the recommendation of a Magistrate who concluded that the summons should be enforced. Petitioners appealed to the Court of Appeals for the Sixth Circuit which rejected the Magistrate's finding of a waiver of the attorney-client privilege, 600 F. 2d 1223, 1227, n. 12, but agreed that the privilege did not apply "[t]o the extent that the communications were made by officers and agents not responsible for directing Upjohn's actions in response to legal advice . . . for the simple reason that the communications were not the `client's.'" *Id.*, at 1225. The court reasoned that accepting petitioners' claim for a broader application of the privilege would encourage upper-echelon management to ignore unpleasant facts and create too broad a "zone of silence." Noting that Upjohn's counsel had interviewed officials such as the Chairman and President, the Court of Appeals remanded to the
389 District Court so that a determination of who was *389 within the "control group" could be made. In a concluding footnote the court stated that the work-product doctrine "is not applicable to administrative summonses issued under 26 U. S. C. § 7602." *Id.*, at 1228, n. 13.

II

Federal Rule of Evidence 501 provides that "the privilege of a witness . . . shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in light of reason and experience." The attorney-client privilege is the oldest of the privileges for confidential communications known to the common law. 8 J. Wigmore, Evidence § 2290 (McNaughton rev. 1961). Its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer's being fully informed by the client. As we stated last Term in *Tamm v. United States*, 445 U. S. 40, 51 (1980): "The lawyer-client privilege rests on the need for the advocate and counselor to know all that relates to the client's reasons for seeking representation if the professional mission is to be carried out." And in *Fisher v. United States*, 425 U. S. 391, 403 (1976), we recognized the purpose of the privilege to be "to encourage clients to make full disclosure to their attorneys." This rationale for the privilege has long been recognized by the Court, see *Hunt v. Blackburn*, 128 U. S. 464, 470 (1888) (privilege "is founded upon the necessity, in the interest and administration of justice, of the aid of persons having knowledge of the law and skilled in its practice, which assistance can only be safely and readily availed of when free from the consequences or the apprehension of disclosure"). Admittedly complications in the application of the privilege arise when the client is a corporation, which in theory is an
390 artificial creature of the *390 law, and not an individual; but this Court has assumed that the privilege applies when the client is a corporation, *United States v. Louisville & Nashville R. Co.*, 236 U. S. 318, 336 (1915), and the Government does not contest the general proposition.

The Court of Appeals, however, considered the application of the privilege in the corporate context to present a "different problem," since the client was an inanimate entity and "only the senior management, guiding and integrating the several operations, . . . can be said to possess an identity analogous to the corporation as a whole." 600 F. 2d, at 1226. The first case to articulate the so-called "control group test" adopted by the court below, *Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, 210 F. Supp. 483, 485 (ED Pa.), petition for mandamus and prohibition denied *sub nom. General Electric Co. v. Kirkpatrick*, 312 F. 2d 742 (CA3 1962), cert. denied, 372 U. S. 943 (1963), reflected a similar conceptual approach:

"Keeping in mind that the question is, Is it the corporation which is seeking the lawyer's advice when the asserted privileged communication is made?, the most satisfactory solution, I think, is that if the employee making the communication, of whatever rank he may be, is in a position to control or even to take a substantial part in a decision about any action which the corporation may take upon the advice of the attorney, . . . then, in effect, *he is (or personifies) the corporation* when he makes his disclosure to the lawyer and the privilege would apply." (Emphasis supplied.)

Such a view, we think, overlooks the fact that the privilege exists to protect not only the giving of professional advice to those who can act on it but also the giving of information to the lawyer to enable him to give sound and informed advice. See Trammel, supra, at 51; Fisher, supra, at 403. The first step in the resolution of any legal problem is ascertaining the factual background and sifting through the facts *391 with an eye to the legally relevant. See ABA Code of Professional Responsibility, Ethical Consideration 4-1:

"A lawyer should be fully informed of all the facts of the matter he is handling in order for his client to obtain the full advantage of our legal system. It is for the lawyer in the exercise of his independent professional judgment to separate the relevant and important from the irrelevant and unimportant. The observance of the ethical obligation of a lawyer to hold inviolate the confidences and secrets of his client not only facilitates the full development of facts essential to proper representation of the client but also encourages laymen to seek early legal assistance."

See also Hickman v. Taylor, 329 U. S. 495, 511 (1947).

In the case of the individual client the provider of information and the person who acts on the lawyer's advice are one and the same. In the corporate context, however, it will frequently be employees beyond the control group as defined by the court below—"officers and agents . . . responsible for directing [the company's] actions in response to legal advice"—who will possess the information needed by the corporation's lawyers. Middle-level—and indeed lower-level—employees can, by actions within the scope of their employment, embroil the corporation in serious legal difficulties, and it is only natural that these employees would have the relevant information needed by corporate counsel if he is adequately to advise the client with respect to such actual or potential difficulties. This fact was noted in Diversified Industries, Inc. v. Meredith, 572 F. 2d 596 (CA8 1978) (en banc):

"In a corporation, it may be necessary to glean information relevant to a legal problem from middle management or non-management personnel as well as from top executives. The attorney dealing with a complex legal problem is thus faced with a "Hobson's choice". If he interviews employees not having "the very highest authority", *392 their communications to him will not be privileged. If, on the other hand, he interviews *only* those employees with "the very highest authority", he may find it extremely difficult, if not impossible, to determine what happened." *Id.*, at 608-609 (quoting Weinschel, Corporate Employee Interviews and the Attorney-Client Privilege, 12 B. C. Ind. & Com. L. Rev. 873, 876 (1971)).

The control group test adopted by the court below thus frustrates the very purpose of the privilege by discouraging the communication of relevant information by employees of the client to attorneys seeking to render legal advice to the client corporation. The attorney's advice will also frequently be more significant to noncontrol group members than to those who officially sanction the advice, and the control group test makes it more difficult to convey full and frank legal advice to the employees who will put into effect the client corporation's policy. See, e. g., Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146, 1164 (SC 1974) ("After the lawyer forms his or her opinion, it is of no immediate benefit to the Chairman of the Board or the President. It must be given to the corporate personnel who will apply it").

The narrow scope given the attorney-client privilege by the court below not only makes it difficult for corporate attorneys to formulate sound advice when their client is faced with a specific legal problem but also threatens to limit the valuable efforts of corporate counsel to ensure their client's compliance with the law. In light of the vast and complicated array of regulatory legislation confronting the modern corporation, corporations, unlike most individuals, "constantly go to lawyers to find out how to obey the law," Burnham, The Attorney-Client Privilege in the Corporate Arena, 24 Bus. Law. 901, 913 (1969), particularly since compliance with the law in this area is hardly an instinctive matter, see, e. g., United States v. United States Gypsum Co., 438 U. S. 422, 440-441 (1978) ("the behavior proscribed by the [Sherman] Act is *393 often difficult to distinguish from the gray zone of socially acceptable and economically justifiable business conduct").^[2] The test adopted by the court below is difficult to apply in practice, though no abstractly formulated and unvarying "test" will necessarily enable courts to decide questions such as this with mathematical precision. But if the purpose of the attorney-client privilege is to be served, the attorney and client must be able to predict with some degree of certainty whether particular discussions will be protected. An uncertain privilege, or one which purports to be certain but results in widely varying applications by the courts, is little better than no privilege at all. The very terms of the test adopted by the court below suggest the unpredictability of its application. The test restricts the availability of the privilege to those officers who play a "substantial role" in deciding and directing a corporation's legal response. Disparate decisions in cases applying this test illustrate its unpredictability. Compare, e. g., Hogan v. Zletz, 43 F. R. D. 308, 315-316 (ND Okla. 1967), aff'd in part *sub nom. Natta v. Hogan, 392 F. 2d 686 (CA10 1968)* (control group includes managers and assistants of patent division and research and development department), with Congoleum

Industries, Inc. v. GAF Corp., 49 F. R. D. 82, 83-85 (ED Pa. 1969), aff'd, 478 F. 2d 1398 (CA3 1973) (control group includes only division and corporate vice presidents, and not two directors of research and vice president for production and research).

394 *394 The communications at issue were made by Upjohn employees^[3] to counsel for Upjohn acting as such, at the direction of corporate superiors in order to secure legal advice from counsel. As the Magistrate found, "Mr. Thomas consulted with the Chairman of the Board and outside counsel and thereafter conducted a factual investigation to determine the nature and extent of the questionable payments *and to be in a position to give legal advice to the company with respect to the payments.*" (Emphasis supplied.) 78-1 USTC ¶ 9277, pp. 83,598, 83,599. Information, not available from upper-echelon management, was needed to supply a basis for legal advice concerning compliance with securities and tax laws, foreign laws, currency regulations, duties to shareholders, and potential litigation in each of these areas.^[4] The communications concerned matters within the scope of the employees' corporate duties, and the employees themselves were sufficiently aware that they were being questioned in order that the corporation could obtain legal advice. The questionnaire identified Thomas as "the company's General Counsel" and referred in its opening sentence to the possible illegality of payments such as the ones on which information was sought. App. 40a. A statement of policy accompanying the questionnaire clearly indicated the legal implications of the investigation. The policy statement was issued "in order that there be no uncertainty in the future as to the policy with respect to the practices which are the subject of this investigation." *395 It began "Upjohn will comply with all laws and regulations," and stated that commissions or payments "will not be used as a subterfuge for bribes or illegal payments" and that all payments must be "proper and legal." Any future agreements with foreign distributors or agents were to be approved "by a company attorney" and any questions concerning the policy were to be referred "to the company's General Counsel." *Id.*, at 165a-166a. This statement was issued to Upjohn employees worldwide, so that even those interviewees not receiving a questionnaire were aware of the legal implications of the interviews. Pursuant to explicit instructions from the Chairman of the Board, the communications were considered "highly confidential" when made, *id.*, at 39a, 43a, and have been kept confidential by the company.^[5] Consistent with the underlying purposes of the attorney-client privilege, these communications must be protected against compelled disclosure.

The Court of Appeals declined to extend the attorney-client privilege beyond the limits of the control group test for fear that doing so would entail severe burdens on discovery and create a broad "zone of silence" over corporate affairs. Application of the attorney-client privilege to communications such as those involved here, however, puts the adversary in no worse position than if the communications had never taken place. The privilege only protects disclosure of communications; it does not protect disclosure of the underlying facts by those who communicated with the attorney:

396 "[T]he protection of the privilege extends only to *communications* and not to facts. A fact is one thing and a communication concerning that fact is an entirely different *396 thing. The client cannot be compelled to answer the question, 'What did you say or write to the attorney?' but may not refuse to disclose any relevant fact within his knowledge merely because he incorporated a statement of such fact into his communications to his attorney." Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp., 205 F. Supp. 830, 831 (ED Pa. 1962).

See also Diversified Industries, 572 F. 2d, at 611; State ex rel. Dudek v. Circuit Court, 34 Wis. 2d 559, 580, 150 N. W. 2d 387, 399 (1967) ("the courts have noted that a party cannot conceal a fact merely by revealing it to his lawyer"). Here the Government was free to question the employees who communicated with Thomas and outside counsel. Upjohn has provided the IRS with a list of such employees, and the IRS has already interviewed some 25 of them. While it would probably be more convenient for the Government to secure the results of petitioner's internal investigation by simply subpoenaing the questionnaires and notes taken by petitioner's attorneys, such considerations of convenience do not overcome the policies served by the attorney-client privilege. As Justice Jackson noted in his concurring opinion in Hickman v. Taylor, 329 U. S., at 516: "Discovery was hardly intended to enable a learned profession to perform its functions. . . on wits borrowed from the adversary."

Needless to say, we decide only the case before us, and do not undertake to draft a set of rules which should govern challenges to investigatory subpoenas. Any such approach would violate the spirit of Federal Rule of Evidence 501. See S. Rep. No. 93-1277, p. 13 (1974) ("the recognition of a privilege based on a confidential relationship . . . should be determined on a case-by-case basis"); Trammel, 445 U. S., at 47; United States v. Gillock, 445 U. S. 360, 367 (1980). While such a "case-by-case" basis may to some slight extent undermine desirable certainty in the boundaries of the attorney-client *397 privilege, it obeys the spirit of the Rules. At the same time we conclude that the narrow "control group test" sanctioned by the Court of Appeals in this case cannot, consistent with "the principles of the common law as . . . interpreted. . . in the light of reason and experience," Fed. Rule Evid. 501, govern the development of the law in this area.

III

Our decision that the communications by Upjohn employees to counsel are covered by the attorney-client privilege disposes of the case so far as the responses to the questionnaires and any notes reflecting responses to interview questions are concerned. The summons reaches further, however, and Thomas has testified that his notes and memoranda of interviews go beyond recording responses to his questions. App. 27a-28a, 91a-93a. To the extent that the material subject to the summons is not protected by the attorney-client privilege as disclosing communications between an employee and counsel, we must reach the ruling by the Court of Appeals that the work-product doctrine does not apply to summonses issued under 26 U. S. C. § 7602.^[6]

398 The Government concedes, wisely, that the Court of Appeals erred and that the work-product doctrine does apply to IRS summonses. Brief for Respondents 16, 48. This doctrine was announced by the Court over 30 years ago in *Hickman v. Taylor*, 329 U. S. 495 (1947). In that case the Court rejected "an attempt, without purported necessity or justification, to secure written statements, private memoranda and personal recollections prepared or formed by an adverse party's counsel in the course of his legal duties." *Id.*, at 510. The Court noted that "it is essential that a lawyer work with *398 a certain degree of privacy" and reasoned that if discovery of the material sought were permitted

"much of what is now put down in writing would remain unwritten. An attorney's thoughts, heretofore inviolate, would not be his own. Inefficiency, unfairness and sharp practices would inevitably develop in the giving of legal advice and in the preparation of cases for trial. The effect on the legal profession would be demoralizing. And the interests of the clients and the cause of justice would be poorly served." *Id.*, at 511.

The "strong public policy" underlying the work-product doctrine was reaffirmed recently in *United States v. Nobles*, 422 U. S. 225, 236-240 (1975), and has been substantially incorporated in Federal Rule of Civil Procedure 26 (b) (3).^[7]

399 As we stated last Term, the obligation imposed by a tax summons remains "subject to the traditional privileges and limitations." *United States v. Euge*, 444 U. S. 707, 714 (1980). Nothing in the language of the IRS summons provisions or their legislative history suggests an intent on the part of Congress to preclude application of the work-product doctrine. Rule 26 (b) (3) codifies the work-product doctrine, and the Federal Rules of Civil Procedure are made applicable *399 to summons enforcement proceedings by Rule 81 (a) (3). See *Donaldson v. United States*, 400 U. S. 517, 528 (1971). While conceding the applicability of the work-product doctrine, the Government asserts that it has made a sufficient showing of necessity to overcome its protections. The Magistrate apparently so found, 78-1 USTC ¶ 9277, p. 83,605. The Government relies on the following language in *Hickman*:

"We do not mean to say that all written materials obtained or prepared by an adversary's counsel with an eye toward litigation are necessarily free from discovery in all cases. Where relevant and nonprivileged facts remain hidden in an attorney's file and where production of those facts is essential to the preparation of one's case, discovery may properly be had. . . . And production might be justified where the witnesses are no longer available or can be reached only with difficulty." 329 U. S., at 511.

400 The Government stresses that interviewees are scattered across the globe and that Upjohn has forbidden its employees to answer questions it considers irrelevant. The above-quoted language from *Hickman*, however, did not apply to "oral statements made by witnesses . . . whether presently in the form of [the attorney's] mental impressions or memoranda." *Id.*, at 512. As to such material the Court did "not believe that any showing of necessity can be made under the circumstances of this case so as to justify production. . . . If there should be a rare situation justifying production of these matters, petitioner's case is not of that type." *Id.*, at 512-513. See also *Nobles*, *supra*, at 252-253 (WHITE, J., concurring). Forcing an attorney to disclose notes and memoranda of witnesses' oral statements is particularly disfavored because it tends to reveal the attorney's mental processes, 329 U. S., at 513 ("what he saw fit to write down regarding witnesses' remarks"); *id.*, at 516-517 ("the statement would be his [the *400 attorney's] language, permeated with his inferences") (Jackson, J., concurring).^[8]

Rule 26 accords special protection to work product revealing the attorney's mental processes. The Rule permits disclosure of documents and tangible things constituting attorney work product upon a showing of substantial need and inability to obtain the equivalent without undue hardship. This was the standard applied by the Magistrate, 78-1 USTC ¶ 9277, p. 83,604. Rule 26 goes on, however, to state that "[i]n ordering discovery of such materials when the required showing has been made, the court shall protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions or legal theories of an attorney or other representative of a party concerning the litigation." Although this language does not specifically refer to memoranda based on oral statements of witnesses, the *Hickman* court stressed the danger that compelled disclosure of such memoranda would reveal the attorney's mental processes. It is clear that this is the sort of material the draftsmen of the Rule had in mind as deserving special protection. See Notes of Advisory Committee on 1970 Amendment to Rules, 28 U. S. C. App., p. 442 ("The subdivision . . . goes on to protect against disclosure the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories . . . of an attorney or other representative of a party. The *Hickman* opinion drew special attention to the need for protecting an attorney against discovery of memoranda prepared from recollection of oral interviews. The courts have steadfastly safeguarded against disclosure of lawyers' mental impressions and legal theories . . .").

401 *401 Based on the foregoing, some courts have concluded that *no* showing of necessity can overcome protection of work product which is based on oral statements from witnesses. See, e. g., In re Grand Jury Proceedings, 473 F. 2d 840, 848 (CA8 1973) (personal recollections, notes, and memoranda pertaining to conversation with witnesses); In re Grand Jury Investigation, 412 F. Supp. 943, 949 (ED Pa. 1976) (notes of conversation with witness "are so much a product of the lawyer's thinking and so little probative of the witness's actual words that they are absolutely protected from disclosure"). Those courts declining to adopt an absolute rule have nonetheless recognized that such material is entitled to special protection. See, e. g., In re Grand Jury Investigation, 599 F. 2d 1224, 1231 (CA3 1979) ("special considerations . . . must shape any ruling on the discoverability of interview memoranda . . . ; such documents will be discoverable only in a `rare situation'"); cf. In re Grand Jury Subpoena, 599 F. 2d 504, 511-512 (CA2 1979).

We do not decide the issue at this time. It is clear that the Magistrate applied the wrong standard when he concluded that the Government had made a sufficient showing of necessity to overcome the protections of the work-product doctrine. The Magistrate applied the "substantial need" and "without undue hardship" standard articulated in the first part of Rule 26 (b) (3). The notes and memoranda sought by the Government here, however, are work product based on oral statements. If they reveal communications, they are, in this case, protected by the attorney-client privilege. To the extent they do not reveal communications, they reveal the attorneys' mental processes in evaluating the communications. As Rule 26 and *Hickman* make clear, such work product cannot be disclosed simply on a showing of substantial need and inability to obtain the equivalent without undue hardship.

402 While we are not prepared at this juncture to say that such material is always protected by the work-product rule, we *402 think a far stronger showing of necessity and unavailability by other means than was made by the Government or applied by the Magistrate in this case would be necessary to compel disclosure. Since the Court of Appeals thought that the work-product protection was never applicable in an enforcement proceeding such as this, and since the Magistrate whose recommendations the District Court adopted applied too lenient a standard of protection, we think the best procedure with respect to this aspect of the case would be to reverse the judgment of the Court of Appeals for the Sixth Circuit and remand the case to it for such further proceedings in connection with the work-product claim as are consistent with this opinion.

Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is reversed, and the case remanded for further proceedings.

It is so ordered.

CHIEF JUSTICE BURGER, concurring in part and concurring in the judgment.

I join in Parts I and III of the opinion of the Court and in the judgment. As to Part II, I agree fully with the Court's rejection of the so-called "control group" test, its reasons for doing so, and its ultimate holding that the communications at issue are privileged. As the Court states, however, "if the purpose of the attorney-client privilege is to be served, the attorney and client must be able to predict with some degree of certainty whether particular discussions will be protected." *Ante*, at 393. For this very reason, I believe that we should articulate a standard that will govern similar cases and afford guidance to corporations, counsel advising them, and federal courts.

403 The Court properly relies on a variety of factors in concluding that the communications now before us are privileged. See *ante*, at 394-395. Because of the great importance of the issue, in my view the Court should make clear now that, as a *403 general rule, a communication is privileged at least when, as here, an employee or former employee speaks at the direction of the management with an attorney regarding conduct or proposed conduct within the scope of employment. The attorney must be one authorized by the management to inquire into the subject and must be seeking information to assist counsel in performing any of the following functions: (a) evaluating whether the employee's conduct has bound or would bind the corporation; (b) assessing the legal consequences, if any, of that conduct; or (c) formulating appropriate legal responses to actions that have been or may be taken by others with regard to that conduct. See, e. g., Diversified Industries, Inc. v. Meredith, 572 F. 2d 596, 609 (CA8 1978) (en banc); Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker, 423 F. 2d 487, 491-492 (CA7 1970), aff'd by an equally divided Court, 400 U. S. 348 (1971); Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146, 1163-1165 (SC 1974). Other communications between employees and corporate counsel may indeed be privileged—as the petitioners and several *amici* have suggested in their proposed formulations^[*]—but the need for certainty does not compel us now to prescribe all the details of the privilege in this case.

404 Nevertheless, to say we should not reach all facets of the privilege does not mean that we should neglect our duty to provide guidance in a case that squarely presents the question in a traditional adversary context. Indeed, because Federal Rule of Evidence 501 provides that the law of privileges "shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experience," this Court has a special duty to clarify aspects of the law of privileges properly *404 before us. Simply asserting that this failure "may to some slight extent undermine desirable certainty," *ante*, at 396, neither minimizes the consequences of continuing uncertainty and confusion nor harmonizes the inherent dissonance of acknowledging that uncertainty while declining to clarify it within the frame of issues presented.

[*] Briefs of *amici curiae* urging reversal were filed by *Leonard S. Janofsky, Leon Jaworski, and Keith A. Jones* for the American Bar Association; by *Thomas G. Lilly, Alfred F. Belcuore, Paul F. Rothstein, and Ronald L. Carlson* for the Federal Bar Association; by *Erwin N. Griswold* for the American College of Trial Lawyers et al.; by *Stanley T. Kaleczyc and J. Bruce Brown* for the Chamber of Commerce of the United States; and by *Lewis A. Kaplan, James N. Benedict, Brian D. Forrow, John G. Koeltl, Standish Forde Medina, Jr., Renee J. Roberts, and Marvin Wexler* for the Committee on Federal Courts et al.

[1] On July 28, 1976, the Company filed an amendment to this report disclosing further payments.

[2] The Government argues that the risk of civil or criminal liability suffices to ensure that corporations will seek legal advice in the absence of the protection of the privilege. This response ignores the fact that the depth and quality of any investigations to ensure compliance with the law would suffer, even were they undertaken. The response also proves too much, since it applies to all communications covered by the privilege; an individual trying to comply with the law or faced with a legal problem also has strong incentive to disclose information to his lawyer, yet the common law has recognized the value of the privilege in further facilitating communications.

[3] Seven of the eighty-six employees interviewed by counsel had terminated their employment with Upjohn at the time of the interview. App. 33a-38a. Petitioners argue that the privilege should nonetheless apply to communications by these former employees concerning activities during their period of employment. Neither the District Court nor the Court of Appeals had occasion to address this issue, and we decline to decide it without the benefit of treatment below.

[4] See *id.*, at 26a-27a, 103a, 123a-124a. See also *In re Grand Jury Investigation*, 599 F. 2d 1224, 1229 (CA3 1979); *In re Grand Jury Subpoena*, 599 F. 2d 504, 511 (CA2 1979).

[5] See Magistrate's opinion, 78-1 USTC ¶ 9277, p. 83,599: "The responses to the questionnaires and the notes of the interviews have been treated as confidential material and have not been disclosed to anyone except Mr. Thomas and outside counsel."

[6] The following discussion will also be relevant to counsel's notes and memoranda of interviews with the seven former employees should it be determined that the attorney-client privilege does not apply to them. See n. 3, *supra*.

[7] This provides, in pertinent part:

"[A] party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under subdivision (b) (1) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or by or for that other party's representative (including his attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent) only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials in the preparation of his case and that he is unable without undue hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means. In ordering discovery of such materials when the required showing has been made, the court shall protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of an attorney or other representative of a party concerning the litigation."

[8] Thomas described his notes of the interviews as containing "what I considered to be the important questions, the substance of the responses to them, my beliefs as to the importance of these, my beliefs as to how they related to the inquiry, my thoughts as to how they related to other questions. In some instances they might even suggest other questions that I would have to ask or things that I needed to find elsewhere." 78-1 USTC ¶ 9277, p. 83,599.

[*] See Brief for Petitioners 21-23, and n. 25; Brief for American Bar Association as *Amicus Curiae* 5-6, and n. 2; Brief for American College of Trial Lawyers and 33 Law Firms as *Amici Curiae* 9-10, and n. 5.

Save trees - read court opinions online on Google Scholar.

אסמכתא 4

Akzo Nobel Chemicals Ltd. v. European Commission

עמ' 28

Akzo Nobel Chemicals Ltd

and

Akcros Chemicals Ltd

v

European Commission

(Appeal – Competition – Measures of inquiry – Commission’s powers of investigation – Legal professional privilege – Employment relationship between a lawyer and an undertaking – Exchanges of e-mails)

Summary of the Judgment

1. *Appeals – Legal interest in bringing proceedings – Condition – Appeal capable of procuring an advantage for the party bringing it*
2. *Competition – Administrative procedure – Commission’s powers of investigation – Power to require the production of a communication between a lawyer and client – Limits – Protection of confidentiality of such a communication – Extent – Exclusion of communications with in-house lawyers*
3. *European Union law – Principles – Equal treatment – Concept – Limits*

(Charter of Fundamental Rights of the European Union, Arts 20 and 21)

4. *Competition – Administrative procedure – Commission’s powers of investigation – Power to require the production of a communication between a lawyer and client – Limits – Protection of confidentiality of such a communication – Extent – Exclusion of communications with in-house lawyers*

(Council Regulation No 1/2003)

5. *European Union law – Principles – Rights of the defence – Application to proceedings in which sanctions may be imposed*

(Charter of Fundamental Rights of the European Union, Art. 48(2))

6. *Competition – Administrative procedure – Commission’s powers of investigation – Power to require the production of a communication between a lawyer and client – Limits – Protection of confidentiality of such a communication – Extent – Exclusion of communications with in-house lawyers*

(Arts 101 TFEU and 102 TFEU; Council Regulations No 17 and No 1/2003)

7. *European Union law – Direct effect – Individual rights – Safeguard by the national courts – Action at law – Principle of national procedural autonomy*

8. *Competition – Administrative procedure – Commission’s powers of investigation – Power to require the production of a communication between a lawyer and client*

(Council Regulations No 17, Art. 14(6), and No 1/2003, Art. 20(6))

9. *European Union – Exclusive jurisdiction – Provisions necessary for the functioning of the internal market – Rules of procedure with respect to competition law – Included*

(Art. 3(1)(b), TFEU, 101 TFEU to 103 TFEU and 105 TFEU; Council Regulations No 17, Art. 14, and No 1/2003, Art. 20)

1. A legal interest in bringing proceedings is a condition of admissibility which must continue until the court has adjudicated on the substance of the case.

Furthermore, in appeal proceedings such an interest exists as long as the appeal may, if successful, procure an advantage for the party bringing it.

With respect to competition law, an undertaking's legal interest in bringing proceedings against a Commission decision refusing to return to it documents or to destroy any copies of them, by reason of a breach of legal professional privilege between a lawyer and his client in the course of investigations, continues at least as long as the Commission has the documents or copies of them. Any breach of legal professional privilege in the course of investigations does not take place when the Commission relies on a privileged document, but when such a document is seized by one of its officials.

(see paras 22-23, 25)

2. The benefit of legal professional privilege with respect to communications between lawyers and their clients is subject to two cumulative conditions. First, the exchange with the lawyers must be connected to the client's rights of defence and, second, the exchange must emanate from independent lawyers, that is to say, lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment.

It follows that the requirement of independence means that there should exist no employment relationship between the lawyer and his client, so that legal professional privilege does not cover exchanges within a company or group with in-house lawyers.

The concept of the independence of lawyers is determined not only positively, that is by reference to professional ethical obligations, but also negatively, by the absence of an employment relationship. An in-house lawyer, despite his enrolment with a Bar or Law Society and the professional ethical obligations to which he is, as a result, subject, does not enjoy the same degree of independence of his employer as a lawyer working in an external law firm does in relation to his client. Consequently, an in-house lawyer is less able to deal effectively with any conflicts between his professional obligations and the aims of his client.

An in-house lawyer cannot, whatever guarantees he has in the exercise of his profession, be treated in the same way as an external lawyer, because he occupies the position of an employee which, by its very nature, does not allow him to ignore the commercial strategies pursued by his employer, and thereby affects his ability to exercise professional independence.

Furthermore, under the terms of his contract of employment, an in-house lawyer may be required to carry out other tasks which may have an effect on the commercial policy of the undertaking and which cannot but reinforce the close ties between the lawyer and his employer.

It follows that, because both of an in-house lawyer's economic dependence and of the close ties with his employer, he does not enjoy a level of professional independence comparable to that of an external lawyer.

In-house lawyers being in a fundamentally different position from that of external lawyers, so that their respective circumstances are not comparable, no breach of the principle of equal treatment results from the different treatment of those professionals with respect to legal professional privilege.

Even assuming that the consultation of in-house lawyers employed by the undertaking or group were to be covered by the right to obtain legal advice and representation, that would not exclude the application, where in-house lawyers are involved, of certain restrictions and rules relating to the exercise of the profession without that being regarded as adversely affecting the rights of the defence.

Finally, the fact that, in the course of an investigation by the Commission, legal professional privilege is limited to exchanges with external lawyers in no way undermines the principle of legal certainty.

(see paras 40-41, 44-45, 47-49, 58-59, 95, 106)

3. The principle of equal treatment, which requires comparable situations not to be treated differently and different situations not to be treated in the same way unless such treatment is objectively justified, is a general principle of European Union law, laid down in Articles 20 and 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

(see paras 54-55)

4. The Court stated, in its reasoning in the judgment in Case 155/79 *AM & S Europe v Commission* [1982] ECR 1575 relating to legal professional privilege in investigation procedures in matters of competition law, that that area of European Union law must take into account the principles and concepts common to the laws of the Member States concerning the observance of confidentiality, in particular, as regards certain communications between lawyer and client. For that purpose, the Court compared various national laws. The Court acknowledged, on the basis of that comparison, that legal professional privilege should be protected under European Union law, so long as certain conditions were fulfilled.

In the years that have passed since the judgment in Case 155/79 *AM & S Europe v Commission* was delivered, no predominant trend towards protection under legal professional privilege of communications within a company or group with in-house lawyers may be discerned in the legal systems of the 27 Member States of the European Union. The legal situation in the Member States of the European Union has not evolved to an extent that would justify a change in the case-law and recognition for in-house lawyers of the benefit of legal professional privilege.

Furthermore, although it is true that Regulation 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, has introduced a great number of amendments to the rules of procedure relating to European Union competition law, there is nothing in those rules to suggest that they require lawyers in independent practice and in-house lawyers to be treated in the same way with respect to legal professional privilege, for that principle is not at all the subject-matter of the regulation which aims to reinforce the extent of the Commission’s powers of inspection, in particular as regards documents which may be the subject of such measures. Nor, therefore, can the amendment of the rules of procedure for competition law, resulting in particular from that regulation, justify a change in the case-law established by the judgment in *AM & S Europe v Commission*.

(see paras 69-70, 74, 76, 83, 86-87)

5. In all proceedings in which sanctions, especially fines or penalty payments, may be imposed observance of the rights of the defence is a fundamental principle of European Union law laid down in Article 48(2) of the Charter of Fundamental Right of the European Union.

(see para. 92)

6. The Commission’s powers under Regulation No 17 and Regulation No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty may be distinguished from those in enquiries which can be carried out at national level. Both types of procedure are based on a division of powers between the various competition authorities. The rules on legal professional privilege may, therefore, vary according to that division of powers and the rules relevant to it.

Restrictive practices are viewed differently by European Union law and national law. Whilst Articles 101 TFEU and 102 TFEU view them in the light of the obstacles which may result for trade between the Member States, each body of national legislation proceeds on the basis of considerations peculiar to it and considers restrictive practices solely in that context.

In those circumstances, the undertakings whose premises are searched in the course of a competition investigation are able to determine their rights and obligations vis-à-vis the competent authorities and the law applicable, as, for example, the treatment of documents likely to be seized in the course of such an investigation and whether the undertakings concerned are entitled to rely on legal professional privilege in respect of communications with in-house lawyers. The undertakings can therefore determine their position in the light of the powers of those authorities and specifically of those concerning the seizure of documents.

The principle of legal certainty does not, therefore, require identical criteria to be applied as regards legal professional privilege in those two types of procedure.

(see paras 102-105)

7. In accordance with the principle of national procedural autonomy, there being no European Union rules to govern the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from European Union law.

That principle may not be relied on against a decision taken by an institution of the European Union on the basis of a regulation adopted at European Union level, which, moreover, makes no *renvoi* back to national law.

(see paras 113-114)

8. The uniform interpretation and application of the principle of legal professional privilege at European Union level are essential in order that inspections by the Commission in anti-trust proceedings may be carried out in conditions in which the undertakings concerned are treated equally. If that were not the case, the use of rules or legal concepts in national law and deriving from the legislation of a Member State would adversely affect the unity of European Union law. Such an interpretation and application of that legal system cannot depend on the place of the inspection or any specific features of the national rules.

In investigations conducted by the Commission as European competition authority, national law is applicable only in so far as the authorities of the Member States lend their assistance, in particular with a view to overcoming opposition by the undertakings concerned through the use of coercive measures, in accordance with Article 14(6) of Regulation No 17 or Article 20(6) of Regulation No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. However, the question of which documents and business records the Commission may examine and copy as part of its inspections under antitrust legislation is determined exclusively in accordance with EU law.

(see paras 115, 119)

9. The rules of procedure with respect to competition law, as set out in Article 14 of Regulation No 17 and Article 20 of Regulation No 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, are part of the provisions necessary for the functioning of the internal market whose adoption is part of the exclusive competence conferred on the Union by virtue of Article 3(1)(b) TFEU.

In accordance with the provisions of Article 103 TFEU, it is for the European Union to lay down the regulations or directives to give effect to the principles in Articles 101 TFEU and 102 TFEU concerning the competition rules applicable to undertakings. That power is, in particular, intended to ensure observance of the prohibitions referred to in those articles by the imposition of fines and periodic penalty payments and to define the Commission's role in the application of those provisions.

In that connection, Article 105 TFEU provides that the Commission is to ensure the application of the principles laid down in Articles 101 TFEU and 102 TFEU and to investigate cases of suspected infringement.

Accordingly, neither the principle of national procedural autonomy nor the principle of conferred powers may be invoked against the powers enjoyed by the Commission in the area in question.

(see paras 116-118, 120)

(Appeal – Competition – Measures of inquiry – Commission’s powers of investigation – Legal professional privilege – Employment relationship between a lawyer and an undertaking – Exchanges of e-mails)

In Case C-550/07 P,

APPEAL under Article 56 of the Statute of the Court of Justice, brought on 30 November 2007,

Akzo Nobel Chemicals Ltd, established in Hersham (United Kingdom),

Akcros Chemicals Ltd, established in Hersham,

represented by M. Mollica, avocate, and subsequently by M. van der Woude, avocat and C. Swaak, advocaat,

appellants,

supported by

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, represented by V. Jackson and E. Jenkinson, acting as Agents, and M. Hoskins, Barrister,

Ireland, represented by D. O’Hagan, acting as Agent, and M. Collins SC, with an address for service in Luxembourg,

Kingdom of the Netherlands, represented by C. Wissels, Y. de Vries and M. de Grave, acting as Agents,

interveners in the appeal,

the other parties to the proceedings being:

European Commission, represented by F. Castillo de la Torre and X. Lewis, acting as Agents, with an address for service in Luxembourg,

defendant at first instance,

Conseil des barreaux européens, established in Brussels (Belgium), represented by J. Flynn QC,

Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, established in The Hague (Netherlands), represented by O. Brouwer and C. Schillemans, advocaten,

European Company Lawyers Association, established in Brussels, represented by M. Dolmans and K. Nordlander, avocats, and J. Temple Lang, solicitor,

American Corporate Counsel Association (ACCA) – European Chapter, established in Paris (France), represented by G. Berrisch, Rechtsanwalt, instructed by D. Hull, solicitor,

International Bar Association, established in London (United Kingdom), represented by J. Buhart and I. Michou, avocats,

interveners at first instance,

composed of V. Skouris, President, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta (Rapporteur) and E. Levits, Presidents of Chamber, A. Rosas, U. Lõhmus, M. Safjan and D. Šváby, Judges,

Advocate General: J. Kokott,

Registrar: L. Hewlett, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 9 February 2010,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 29 April 2010,

gives the following

Judgment

1 By their appeal, Akzo Nobel Chemicals Ltd ('Akzo') and Akcros Chemicals Ltd ('Akcros') seek to have set aside the judgment of the Court of First Instance of the European Communities (now 'the General Court') of 17 September 2007 in Joined Cases T-125/03 and T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission* ('the judgment under appeal'), in so far as it rejected the claim of legal professional privilege for correspondence with Akzo's in-house lawyer.

I – European Union law

2 Article 14 of Council Regulation No 17 of 6 February 1962, First Regulation implementing Articles [81] and [82] of the Treaty (OJ, English Special Edition 1959-1962, p. 87) provides:

'1. In carrying out the duties assigned to it by Article [105 TFEU] and by provisions adopted under Article [103 TFEU], the Commission may undertake all necessary investigations into undertakings and associations of undertakings.

To this end the officials authorised by the Commission are empowered:

- (a) to examine the books and other business records;
- (b) to take copies of or extracts from the books and business records;
- (c) to ask for oral explanations on the spot;
- (d) to enter any premises; land and means of transport of undertakings.

2. The officials of the Commission authorised for the purpose of these investigations shall exercise their powers upon production of an authorisation in writing ...

3. Undertakings and associations of undertakings shall submit to investigations ordered by decision of the Commission. The decision shall specify the subject matter and purpose of the investigation, appoint the date on which it is to begin and indicate the penalties ... and the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.

...'

II – Facts

3 In the judgment under appeal the General Court summarised the material facts as follows:

- ‘1. On 10 February 2003 the Commission adopted decision C(2003) 559/4, amending its decision C(2003) 85/4 of 30 January 2003, whereby the Commission ordered, inter alia, Akzo ... and Akcros ... and their respective subsidiaries to submit to an investigation on the basis of Article 14(3) of Regulation No 17... aimed at seeking evidence of possible anti-competitive practices (together “the decision ordering the investigation”).
2. On 12 and 13 February 2003, Commission officials, assisted by representatives of the Office of Fair Trading (‘OFT’, the British competition authority), carried out an investigation on the basis of the decision ordering the investigation at the applicants’ premises in Eccles, Manchester (United Kingdom). During the investigation the Commission officials took copies of a considerable number of documents.
3. In the course of those operations the applicants’ representatives informed the Commission officials that certain documents were likely to be covered by the protection of confidentiality of communications between lawyers and their clients (“legal professional privilege” or “LPP”).
4. The Commission officials then informed the applicants’ representatives that it was necessary for them to examine briefly the documents in question so that they could form their own opinion as to whether the documents should be privileged. Following a long discussion, and after the Commission officials and the OFT officials had reminded the applicants’ representatives of the consequences of obstructing investigations, it was decided that the leader of the investigating team would briefly examine the documents in question, with a representative of the applicants at her side.
5. During the examination of the documents in question, a dispute arose in relation to five documents which were ultimately treated in two different ways by the Commission.
- ...
8. The third document which gave rise to a dispute consists of a number of handwritten notes made by Akcros’ ... general manager, which are said by the applicants to have been written during discussions with employees and used for the purpose of preparing the typewritten memorandum of Set A. Finally, the last two documents in issue are two e-mails, exchanged between Akcros’ ... general manager and Mr S., Akzo’s ... coordinator for competition law. The latter is enrolled as an Advocaat of the Netherlands Bar and, at the material time, was a member of Akzo’s ... legal department and was therefore employed by that undertaking on a permanent basis.
9. After examining the last three documents and obtaining the applicants’ observations, the head of the investigating team took the view that they were definitely not privileged. Consequently, she took copies of them and placed the copies with the rest of the file, without isolating them in a sealed envelope. The applicants identified the three documents as “Set B”.
10. On 17 February 2003 the applicants sent the Commission a letter setting out the reasons why, in their view, the documents ... in Set B were protected by LPP.
11. By letter of 1 April 2003, the Commission informed the applicants that the arguments set forth in their letter of 17 February 2003 were insufficient to show that the documents in question were covered by LPP. However, the Commission pointed out that the applicants could submit observations on those provisional conclusions within two weeks, after which the Commission would adopt a final decision.
- ...
14. On 8 May 2003 the Commission adopted decision C(2003) 1533 final concerning a claim of legal privilege in the context of an investigation pursuant to Article 14(3) of Regulation No 17 (“the rejection decision of 8 May 2003”). In Article 1 of that decision the Commission rejects the applicants’ request for the return of the documents in ... Set B and for confirmation by the Commission that all copies of those documents in its possession had been destroyed. ...

...

18. On 8 September 2003 ... at the request of the President of the Court of First Instance, the Commission sent the President, under confidential cover, a copy of the Set B documents ...'

III – Procedure before the General Court and the judgment under appeal

4 The actions brought by the appellants before the General Court on 11 April and 4 July 2003 respectively, sought (i) the annulment of Commission Decision C(2003) 559/4 of 10 February 2003, and so far as necessary, of Commission decision C(2003) 85/4 of 30 January 2003 ordering Akzo, Akcros and their respective subsidiaries to submit to an investigation on the basis of Article 14(3) of Regulation No 17 (Case COMP/E-1/38.589) and (ii) an order requiring the Commission to return certain documents seized in the course of the investigation in question and not to use their contents (Case T-125/03) and the annulment of the rejection decision of 8 May 2003 (Case T-253/03).

5 By the judgment under appeal, the General Court dismissed the action for annulment of the decision ordering the investigation (Case T-125/03) as inadmissible and the action for annulment of the rejection decision of 8 May 2003 (Case T-253/03) as unfounded.

IV – Forms of order sought

6 Akzo/Akcros claim that the Court should:

- set aside that the judgment under appeal, in so far as the General Court rejected the claim of legal professional privilege for communications with Akzo's in-house lawyer;
- annul the rejection decision of 8 May 2003, in so far as it refused to return the e-mail correspondence with Akzo's in-house lawyer (part of Set B documents); and
- order the Commission to pay the costs of the appeal and of the proceedings before the General Court in as far as they concern the plea raised in the present appeal.

7 The Conseil des barreaux européen, intervenier at first instance, claims that the Court should:

- set aside the judgment in so far as the General Court denies that the communications between Akzo and Mr S. benefit from legal professional privilege, and either annul the rejection decision of 8 May 2003 to the same extent or alternatively, if the Court should take the view that the matter is not in a state for it to rule upon the application, remit the matter to the General Court; and
- order the Commission to pay the costs incurred by it in the appeal proceedings and the proceedings before the General Court, in so far as they relate to the issues taken on appeal.

8 The Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, intervenier at first instance, claims that the Court should:

- set aside the judgment under appeal in so far as it rejected the claim by Akzo that two e-mails exchanged between Akcros' general manager and Akzo's in-house lawyer were not covered by the Community concept of legal professional privilege in view of the employment relationship between that in-house lawyer and Akzo; and
- order the Commission to pay its costs in the proceedings before the General Court and in this appeal.

- 9 The European Company Lawyers Association, intervener at first instance, claims that the Court should:
- set aside the judgment under appeal in so far as the General Court held that the communications between Akcros and the member of the legal department of Akzo were not subject to legal professional privilege; and
 - order the Commission to pay its costs.
- 10 The Association of Corporate Council Association (ACCA) – European Chapter, intervener at first instance, claims that the Court should:
- set aside the judgment under appeal in so far as the General Court rejected the claim of legal professional privilege for e-mail correspondence with Akzo’s in-house lawyer (part of the Set B documents);
 - annul the Commission’s decision of 8 May 2003 refusing to return to the appellants copies of that e-mail correspondence or, alternatively, refer the matter back to the General Court; and
 - order the Commission to pay the costs in connection with these proceedings and the proceedings before the General Court in so far as they relate to the issue under appeal.
- 11 The International Bar Association, intervener at first instance, claims that the Court should:
- set aside the judgment under appeal to the extent that it denies that the Set B e-mails exchanged between Akzo Nobel and Mr S. benefit from legal professional privilege; and
 - order the Commission to pay the International Bar Association’s costs of the appeal proceedings and of the proceedings before the General Court to the extent that the costs relate to issues considered in the appeal.
- 12 The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Kingdom of the Netherlands, interveners on appeal, endorse the form of order sought by Akzo and Akcros.
- 13 The Commission contends that the Court should:
- dismiss the appeal; and
 - order the appellants to pay the costs.

V – The appeal

A – Subject-matter of the appeal

- 14 The appeal concerns exclusively one part of the Series B documents, namely two e-mails exchanged between the Director General of Akcros and Mr S. When the investigations were carried out at the appellants’ premises in the United Kingdom, Mr S., a member of the Netherlands Bar, was employed in the legal department of Akzo, a company incorporated under English law. The Commission added copies of those e-mails to the file.
- 15 The Commission has stated, without being contradicted on that point by the appellants, that its decision of 11 November 2009 to impose fines in the context of the procedure which had given rise to the investigations carried out in 2003 at the premises of Akzo and Akcros (Case COMP/38.589 – Heat stabilisers; SEC(2009)

1559 and SEC(2009) 1560) was not based on those two e-mails. The Commission's statement that no exchange of information with the national competition authorities has taken place with respect to those e-mails has also not been contradicted.

B – Appellants' interest in bringing proceedings

1. Arguments of the parties

16 First of all, the Commission questions whether Akzo and Akcros have an interest in bringing proceedings. The two e-mails do not fulfil the first condition for legal professional privilege set out in paragraphs 21 and 23 of the judgment in Case 155/79 *AM & S Europe v Commission* [1982] ECR 1575, according to which legal advice must be requested and given for the purposes of the client's rights of defence. The first e-mail is merely a request for comments on a draft letter to be sent to a third party. The second e-mail contains mere changes to the wording.

17 Therefore, the Commission takes the view that the two e-mails cannot in any event be covered by legal professional privilege.

18 Next, the Commission states that the appellants do not claim that the documents at issue fulfil the first condition for legal professional privilege laid down in paragraphs 21 and 23 of *AM & SEurope v Commission*.

19 Finally, the Commission adds that Akzo's and Akcros' interest in bringing proceedings ceased at the latest on the date of its decision of 11 November 2009 imposing fines on them.

20 Akzo and Akcros reply that the content of the two e-mails was never examined by the General Court. It upheld the rejection decision of 8 May 2003 on the basis that the documents at issue could not be privileged because they were not communications with an external lawyer. Moreover, that decision excluded legal professional privilege not because of the content of the documents at issue, but solely because of the status of the lawyer concerned.

21 Akzo and Akcros submit that the question whether the two e-mails fulfil the first condition required for legal professional privilege is a question of fact which has not yet been decided. That issue cannot be resolved in the present proceedings, which are limited to questions of law.

2. Findings of the Court

22 In answer to the objection raised by the Commission, it must be recalled that the interest in bringing proceedings is a condition of admissibility which must continue up to the Court's decision in the case (see, Joined Cases C-373/06 P, C-379/06 P and C-382/06 P *Flaherty and Others v Commission* [2008] ECR I-2649, paragraph 25 and the case-law cited).

23 The Court also stated that such an interest exists as long as the appeal may, if successful, procure an advantage to the party bringing it (see, Case C-277/01 P *Parliament v Samper* [2003] ECR I-3019, paragraph 28, and Case C-362/05 P *Wunenburger v Commission* [2007] ECR I-4333, paragraph 42, and order of 8 April 2008 in Case C-503/07 *Saint-Gobain Glass Deutschland v Commission* [2008] ECR I-2217, paragraph 48 and the case-law cited).

24 As regards the present appeal, the Commission's assertion that the two e-mails exchanged between the Director General of Akcros and Mr S. clearly could not be covered by legal professional privilege, is not capable of affecting the appellants' interest in bringing proceedings. Such an argument, which seeks to show that the General Court rightly held that the two e-mails at issue are not covered by legal professional privilege is not a matter of admissibility, but pertains to the substance of the appeal.

25 As to the Commission's argument that the adoption of the decision of 11 November 2009 eliminated the appellants' interest in pursuing the present proceedings, it must be recalled that, by the rejection decision of 8 May 2003, which is the subject-matter of the judgment under appeal, the Commission refused to accede to the appellants' request, inter alia, to return to them the two e-mails exchanged between the Director General of Akcros and Mr S. and to confirm that all the copies of those documents in its possession had been destroyed. Any breach of legal professional privilege in the course of investigations does not take place when the Commission relies on a privileged document in a decision on the merits, but when such a document is seized by one of its officials. In those circumstances, the

appellants' interest in bringing proceedings continues for at least as long as the Commission has the documents referred to in the rejection decision of 8 May 2003 or copies thereof.

26 In those circumstances, Akzo and Akcros have an interest in bringing this appeal.

C – Substance

27 Akzo and Akcros put forward three grounds of appeal, the first as the principal ground of appeal and the second and third as alternative grounds.

28 All the grounds of appeal are directed against paragraphs 165 to 180 of the judgment under appeal. The appellants submit in essence that the General Court wrongly refused to apply legal professional privilege to the two e-mails exchanged with Mr S.

29 The European Company Lawyers Association, intervener at first instance, and Ireland, intervener before the Court, have argued that by the judgment under appeal the General Court infringed the right to property and professional freedom. It must be observed that Akzo and Akcros did not raise those pleas at first instance. In those circumstances they must be rejected as inadmissible.

1. The first ground of appeal

30 Akzo and Akcros base the first ground of appeal on two arguments. They submit, first of all, that the General Court incorrectly interpreted the second condition for legal professional privilege, which concerns the professional status of the lawyer with whom communications are exchanged, as laid down in the *AM & SEurope v Commission* judgment, and, second, that by that interpretation the General Court breached the principle of equality.

31 The Commission submits that that ground of appeal is unfounded.

(a) The first argument

(i) Arguments of the parties

32 Akzo and Akcros submit that the General Court, in paragraphs 166 and 167 of the judgment under appeal, gave a 'literal and partial interpretation' in *AM & SEurope v Commission* of the second condition of legal professional privilege relating to the lawyer's status. The General Court should have chosen a 'teleological' interpretation of that condition and should have held that the exchanges at issue were protected by that principle.

33 Akzo and Akcros submit that paragraph 21, read in conjunction with paragraph 24, of *AM & S Europe v Commission*, reveals that the Court of Justice does not equate the existence of an employment relationship with a lack of independence on the part of the lawyer.

34 Akzo and Akcros, and a number of the interveners, submit that the criterion that the lawyer must be independent cannot be interpreted so as to exclude in-house lawyers. An in-house lawyer enrolled at a Bar or Law Society is, simply on account of his obligations of professional conduct and discipline, just as independent as an external lawyer. Furthermore, the guarantees of independence enjoyed by an 'advocaat in dienstbetrekking', that is an enrolled lawyer in an employment relationship under Dutch law, are particularly significant.

35 Akzo and Akcros observe that the rules of professional ethics and discipline applicable in the present case make the employment relationship fully compatible with the concept of an independent lawyer. They argue that the contract between Mr S. and the company which employed him provided that the company was to respect the lawyer's freedom to perform his functions independently and to refrain from any act which might affect that task. The contract also authorised Mr S. to comply with all the professional obligations imposed by the Netherlands Bar.

36 Akzo and Akcros add that the employed lawyer concerned in this case is subject to a code of conduct and to the supervision of the Netherlands Bar. Furthermore, regulations lay down a certain number of additional guarantees aiming to resolve in an impartial manner any differences of opinion between the undertaking and its

in-house lawyer.

37 The Commission states that the application, by the General Court, of legal professional privilege was correct. It is clear from paragraphs 24 to 26 of the judgment in *AM & S Europe v Commission* that the fundamental quality required of a lawyer so that communications with him are privileged is that he is not an employee of his client.

38 Accordingly, in the Commission's view, if the Court had wanted legal professional privilege to apply also to communications exchanged with lawyers who are employed by the person who asks their advice, it would not have limited the scope of the second condition, as set out in paragraph 21 of *AM & S Europe v Commission*.

39 The Commission submits that in *AM & S Europe v Commission* the Court placed lawyers in one of the following two categories: (i) employed salaried lawyers and (ii) lawyers who are not bound by a contract of employment. Only documents drafted by lawyers in the second category were regarded as being covered by legal professional privilege.

(ii) Findings of the Court

40 It must be recalled that, in *AM & S Europe v Commission*, the Court, taking account of the common criteria and similar circumstances existing at the time in the national laws of the Member States, held, in paragraph 21 of that judgment, that the confidentiality of written communications between lawyers and clients should be protected at Community level. However, the Court stated that that protection was subject to two cumulative conditions.

41 In that connection, the Court stated, first, that the exchange with the lawyer must be connected to 'the client's rights of defence' and, second, that the exchange must emanate from 'independent lawyers', that is to say 'lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment'.

42 As to the second condition, the Court observed, in paragraph 24 of the judgment in *AM & S Europe v Commission*, that the requirement as to the position and status as an independent lawyer, which must be fulfilled by the legal adviser from whom the written communications which may be protected emanate, is based on a conception of the lawyer's role as collaborating in the administration of justice and as being required to provide, in full independence and in the overriding interests of that cause, such legal assistance as the client needs. The counterpart to that protection lies in the rules of professional ethics and discipline which are laid down and enforced in the general interest. The Court also held, in paragraph 24, that such a conception reflects the legal traditions common to the Member States and is also to be found in the legal order of the European Union, as is demonstrated by the provisions of Article 19 of the Statute of the Court of Justice.

43 The Court repeated those findings in paragraph 27 of that judgment, according to which written communications which may be protected by legal professional privilege must be exchanged with 'an independent lawyer, that is to say one who is not bound to his client by a relationship of employment'.

44 It follows that the requirement of independence means the absence of any employment relationship between the lawyer and his client, so that legal professional privilege does not cover exchanges within a company or group with in-house lawyers.

45 As the Advocate General observed in points 60 and 61 of her Opinion, the concept of the independence of lawyers is determined not only positively, that is by reference to professional ethical obligations, but also negatively, by the absence of an employment relationship. An in-house lawyer, despite his enrolment with a Bar or Law Society and the professional ethical obligations to which he is, as a result, subject, does not enjoy the same degree of independence from his employer as a lawyer working in an external law firm does in relation to his client. Consequently, an in-house lawyer is less able to deal effectively with any conflicts between his professional obligations and the aims of his client.

46 As regards the professional ethical obligations relied on by the appellants in order to demonstrate Mr S.'s independence, it must be observed that, while the rules of professional organisation in Dutch law mentioned by Akzo and Akros may strengthen the position of an in-house lawyer within the company, the fact remains that they are not able to ensure a degree of independence comparable to that of an external lawyer.

47 Notwithstanding the professional regime applicable in the present case in accordance with the specific provisions of Dutch law, an in-house lawyer cannot, whatever guarantees he has in the exercise of his profession, be treated in the same way as an external lawyer, because he occupies the position of an employee which, by its very nature, does not allow him to ignore the commercial strategies pursued by his employer, and thereby affects his ability to exercise professional independence.

48 It must be added that, under the terms of his contract of employment, an in-house lawyer may be required to carry out other tasks, namely, as in the present case, the task of competition law coordinator, which may have an effect on the commercial policy of the undertaking. Such functions cannot but reinforce the close ties between the lawyer and his employer.

49 It follows, both from the in-house lawyer's economic dependence and the close ties with his employer, that he does not enjoy a level of professional independence comparable to that of an external lawyer.

50 Therefore, the General Court correctly applied the second condition for legal professional privilege laid down in the judgment in *AM & S Europe v Commission*.

51 Accordingly, the first argument put forward by Akzo and Ackros under the first ground of appeal cannot be accepted.

(b) The second argument

(i) Arguments of the parties

52 Akzo and Akcros submit that, in paragraph 174 of the judgment under appeal, the General Court wrongly rejected the claim that refusing to apply legal professional privilege to correspondence exchanged with an in-house lawyer violates the principle of equal treatment. The independence guaranteed by the rules of professional ethics and discipline applicable in the present case should be the benchmark for determining the scope of that principle. According to that criterion, the position of in-house lawyers enrolled with a Bar or Law Society is no different from that of external lawyers.

53 The Commission takes the view that the General Court, in paragraph 174 of the judgment under appeal, rightly held that in-house lawyers and external lawyers are clearly in very different situations, owing, in particular, to the personal, functional, structural and hierarchical integration of in-house lawyers within the companies that employ them.

(iii) Findings of the Court

54 It must be recalled that the principle of equal treatment is a general principle of European Union law, enshrined in Articles 20 and 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

55 According to settled case-law, that principle requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified (see Case C-344/04 *IATA and ELFAA* [2006] ECR I-403, paragraph 95; Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633, paragraph 56; and Case C-127/07 *Arcelor Atlantique et Lorraine and Others* [2008] ECR I-9895, paragraph 23).

56 As to the essential characteristics of those two categories of lawyer, namely their respective professional status, it is clear from paragraphs 45 to 49 of this judgment that, despite the fact that he may be enrolled with a Bar or Law Society and that he is subject to a certain number of professional ethical obligations, an in-house lawyer does not enjoy a level of professional independence equal to that of external lawyers.

57 As the Advocate General stated, in point 83 of her Opinion, that difference in terms of independence is still significant, even though the national legislature, the Netherlands legislature in this case, seeks to treat in-house lawyers in the same way as external lawyers. After all, such equal treatment relates only to the formal act of admitting an in-house lawyer to a Bar or Law Society and the professional ethical obligations incumbent on him as a result of such admission. On the other hand, that legislative framework does not alter the economic dependence and personal identification of a lawyer in an employment relationship with his undertaking.

58 It follows from those considerations that in-house lawyers are in a fundamentally different position from external lawyers, so that their respective circumstances are not comparable for the purposes of the case-law set out in paragraph 55 of this judgment.

59 Therefore, the General Court rightly held that there was no breach of the principle of equal treatment.

60 Consequently, the second argument put forward as part of the first ground of appeal must also be rejected.

61 Therefore, that ground of appeal must be rejected in its entirety.

2. The second ground of appeal

62 Should the Court consider that the General Court has not erred in its interpretation of *AM & SEurope v Commission*, and that, by that judgment pronounced in 1982, it intended to exclude from the benefit of legal professional privilege correspondence with lawyers bound by a relationship of employment, Akzo and Akcros put forward, in the alternative, a second ground of appeal which consists of two arguments, each being divided into two parts.

63 In the first argument, the appellants, supported by a number of interveners, rely on the evolution of the national legal systems, on the one hand, and European Union law on the other. Akzo and Akcros base their second argument on the rights of defence and the principle of legal certainty.

64 In the Commission's view none of the arguments put forward support the ground of appeal.

(a) The first part of the first argument (evolution of the national legal systems)

(i) Arguments of the parties

65 Akzo and Akcros submit that, having regard to significant recent developments 'in the legal landscape' since 1982, the General Court should have 'reinterpreted' the judgment in *AM & SEurope v Commission*, as far as concerns the principle of legal professional privilege.

66 Akzo and Akcros take the view that, in paragraphs 170 and 171 of the judgment under appeal, the General Court wrongly refused to widen the personal scope of legal professional privilege on the ground that national laws are not unanimous and unequivocal in recognising legal professional privilege for communications with in-house lawyers. Notwithstanding the lack of a uniform tendency at national level, European Union law could set legal standards for the protection of the rights of defence which are higher than those set in certain national legal orders.

67 The Commission observes that, by their plea, the appellants are essentially asking the Court to change the case-law deriving from the judgment in *AM & S Europe v Commission*.

68 The Commission states that the appellants do not challenge the General Court's finding that there is no clear majority support in the laws of the Member States for the premiss that communications with in-house lawyers should be protected by legal professional privilege.

(ii) Findings of the Court

69 It must be recalled that the Court stated, in its reasoning in the judgment in *AM & S Europe v Commission* relating to legal professional privilege in investigation procedures in matters of competition law, that that area of European Union law must take into account the principles and concepts common to the laws of the Member States concerning the observance of confidentiality, in particular, as regards certain communications between lawyer and client (see paragraph 18 of that judgment). For that purpose, the Court compared various national laws.

70 The Court observed, in paragraphs 19 and 20 of the judgment in *AM & S Europe v Commission* that, although the protection of written communications between lawyer and client is generally recognised, its scope and the criteria for applying it vary in accordance with the different national rules. However, the Court

acknowledged, on the basis of that comparison, that legal professional privilege should be protected under European Union law, as long as the two conditions laid down in paragraph 21 of that judgment are fulfilled.

71 As the General Court held, in paragraph 170 of the judgment under appeal, even though it is true that specific recognition of the role of in-house lawyers and the protection of communications with such lawyers under legal professional privilege was relatively more common in 2004 than when the judgment in *AM & S Europe v Commission* was handed down, it was nevertheless not possible to identify tendencies which were uniform or had clear majority support in the laws of the Member States.

72 Furthermore, it is clear from paragraph 171 of the judgment under appeal that a comparative examination conducted by the General Court shows that a large number of Member States still exclude correspondence with in-house lawyers from protection under legal professional privilege. Additionally, a considerable number of Member States do not allow in-house lawyers to be admitted to a Bar or Law Society and, accordingly, do not recognise them as having the same status as lawyers established in private practice.

73 In that connection, Akzo and Akcros themselves accept that no uniform tendency can be established in the legal systems of the Member States towards the assimilation of in-house lawyers and lawyers in private practice.

74 Therefore no predominant trend towards protection under legal professional privilege of communications within a company or group with in-house lawyers may be discerned in the legal systems of the 27 Member States of the European Union.

75 In those circumstances, and contrary to the appellants' assertions, the legal regime in the Netherlands cannot be regarded as signalling a developing trend in the Member States, or as a relevant factor for determining the scope of legal professional privilege.

76 The Court therefore considers that the legal situation in the Member States of the European Union has not evolved, since the judgment in *AM & S Europe v Commission* was delivered, to an extent which would justify a change in the case-law and recognition for in-house lawyers of the benefit of legal professional privilege.

77 The first part of the first argument must therefore be dismissed.

(b) The second part of the first argument (development of the law of the European Union)

(i) Arguments of the parties

78 Akzo and Akcros submit that the General Court, in paragraphs 172 and 173 of the judgment under appeal, disregarded the relevance of the development of European Union law, resulting in particular from the entry into force of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ 2003 L 1, p. 1).

79 According to Akzo and Akcros, the 'modernisation' of the procedural rules on cartels has increased the need for in-house legal advice, the importance of which should not be underestimated in preventing infringements of competition law, since in-house lawyers are able to rely on intimate knowledge of the undertakings and their activities.

80 Akzo and Akcros add that the establishment of compliance programmes, which are desirable in the interest of the correct application of European Union competition law, requires that exchanges within an undertaking or group with in-house lawyers may take place in a confidential environment.

81 The Commission takes the view that the findings of the General Court in the judgment under appeal concerning the ground of appeal put forward by Akzo and Akcros are in no way vitiated by an error of law.

82 The Commission submits that the provisions of Regulation No 1/2003 have no effect on the scope of legal professional privilege.

(ii) Findings of the Court

83 Although it is true that Regulation 1/2003 has introduced a large number of amendments to the rules of procedure relating to European Union competition law, it is also the case that those rules do not suggest that they require lawyers in independent practice and in-house lawyers to be treated in the same way with respect to legal professional privilege, since that principle is not at all the subject-matter of the regulation.

84 It is clear from the provisions of Article 20 of Regulation No 1/2003 that the Commission may conduct all necessary inspections of undertakings and associations of undertakings, and in that context, examine the books and other records related to the business, irrespective of the medium on which they are stored, and also take or obtain in any form copies or extracts of such books or records.

85 That regulation, like Article 14(1)(a) and (b) of Regulation No 17, has therefore defined the powers of the Commission broadly. As it is clear from Recitals 25 and 26 in the preamble to Regulation No 1/2003, the detection of infringements of the competition rules is growing ever more difficult, and, in order to protect competition effectively and safeguard the effectiveness of inspections, the Commission should be empowered to enter any premises where business records may be kept, including private homes.

86 Thus, Regulation No 1/2003, contrary to the appellants' assertions, does not aim to require in-house and external lawyers to be treated in the same way as far as concerns legal professional privilege, but aims to reinforce the extent of the Commission's powers of inspection, in particular as regards documents which may be the subject of such measures.

87 Therefore, the amendment of the rules of procedure for competition law, resulting in particular from Regulation No 1/2003, is also unable to justify a change in the case-law established by the judgment in *AM & S Europe v Commission*.

88 Therefore, the second part of the first argument must also be dismissed.

89 It follows that the first argument put forward under the second plea must be rejected in its entirety.

(c) The first part of the second argument (rights of the defence)

(i) Arguments of the parties

90 Akzo and Akcros submit that the General Court's interpretation, in paragraph 176 of the judgment under appeal, concerning the scope of legal professional privilege, lowers the level of protection of the rights of defence of undertakings. Recourse to legal advice from an in-house lawyer would not be as valuable and its usefulness would be limited if the exchanges within an undertaking or group with such a lawyer were not protected by legal professional privilege.

91 The Commission takes the view that, contrary to the appellants' submissions, the rights of defence are in no way undermined by the interpretation of the scope of legal professional privilege adopted by the General Court.

(ii) Findings of the Court

92 It must be recalled that in all proceedings in which sanctions, especially fines or penalty payments, may be imposed observance of the rights of the defence is a fundamental principle of European Union law which has been emphasised on numerous occasions in the case-law of the Court (see, Case C-194/99 P *Thyssen Stahl v Commission* [2003] ECR I-10821, paragraph 30; Case C-289/04 P *Showa Denko v Commission* [2006] ECR I-5859, paragraph 68; Case C-3/06 P *Groupe Danone v Commission* [2007] ECR I-1331, paragraph 68), and which has been enshrined in Article 48(2) of the Charter of Fundamental Right of the European Union.

93 By this ground of appeal, the appellants seek to establish that the rights of the defence must include the right of freedom of choice as to the lawyer who will provide legal advice and representation and that legal professional privilege forms part of those rights, regardless of the professional status of the lawyer concerned.

94 In that connection, it must be observed that, when an undertaking seeks advice from its in-house lawyer, it is not dealing with an independent third party, but with one of its employees, notwithstanding any professional obligations resulting from enrolment at a Bar or Law Society.

95 It should be added that, even assuming that the consultation of in-house lawyers employed by the undertaking or group were to be covered by the right to obtain legal advice and representation, that would not exclude the application, where in-house lawyers are involved, of certain restrictions and rules relating to the exercise of the profession without that being regarded as adversely affecting the rights of the defence. Thus, in-house lawyers are not always able to represent their employer before all the national courts, although such rules restrict the possibilities open to potential clients in their choice of the most appropriate legal counsel.

96 It follows from those considerations that any individual who seeks advice from a lawyer must accept the restrictions and conditions applicable to the exercise of that profession. The rules on legal professional privilege form part of those restrictions and conditions.

97 Therefore, the argument alleging breach of the rights of the defence is unfounded.

(d) The second part of the second argument (principle of legal certainty)

(i) Arguments of the parties

98 Akzo and Akcros submit that the findings of the General Court undermine the principle of legal certainty, since Article 101 TFEU is often applied in parallel with the corresponding national provisions. Legal professional privilege for correspondence with in-house lawyers should not therefore depend on whether it is the Commission or a national competition authority which carries out an investigation.

99 The Commission argues to the contrary that, if legal professional privilege, which is applicable to its investigations, were no longer defined at European Union level but under national law, that would give rise to complex and uncertain situations for all the persons concerned, which would prejudice the principle of legal certainty relied on by Akzo and Akcros.

(ii) Findings of the Court

100 It must be recalled that legal certainty is a general principle of European Union law which requires in particular that rules involving negative consequences for individuals should be clear and precise and their application predictable for those subject to them (see Case C-110/03 *Belgium v Commission* [2005] ECR I-2801, paragraph 30; Case C-76/06 P *Britannia Alloys & Chemicals v Commission* [2007] ECR I-4405, paragraph 79; and Case C-226/08 *Stadt Papenburg* [2010] ECR I-0000, paragraph 45).

101 In answer to the complaint based on the abovementioned principle, it should be observed that the General Court's interpretation in the judgment under appeal that exchanges within an undertaking or group with in-house lawyers are not covered by legal professional privilege in the context of an investigation carried out by the Commission does not give rise to any legal uncertainty as to the scope of that protection.

102 The Commission's powers under Regulation No 17 and Regulation No 1/2003 may be distinguished from those in enquiries which may be carried out at national level. Both types of procedure are based on a division of powers between the various competition authorities. The rules on legal professional privilege may, therefore, vary according to that division of powers and the rules relevant to it.

103 The Court has held in that connection that restrictive practices are viewed differently by European Union law and national law. Whilst Articles 101 TFEU and 102 TFEU view them in the light of the obstacles which may result for trade between the Member States, each body of national legislation proceeds on the basis of considerations peculiar to it and considers restrictive practices solely in that context (see, to that effect, Case C-67/91 *Asociación Española de Banca Privada and Others* [1992] ECR I-4785, paragraph 11).

104 In those circumstances, the undertakings whose premises are searched in the course of a competition investigation are able to determine their rights and obligations vis-à-vis the competent authorities and the law applicable, as, for example, the treatment of documents likely to be seized in the course of such an

investigation and whether the undertakings concerned are entitled to rely on legal professional privilege in respect of communications with in-house lawyers. The undertakings can therefore determine their position in the light of the powers of those authorities and specifically of those concerning the seizure of documents.

105 Therefore, the principle of legal certainty does not require that identical criteria be applied as regards legal professional privilege in those two types of procedure.

106 Accordingly, the fact that, in the course of an investigation by the Commission, legal professional privilege is limited to exchanges with external lawyers in no way undermines the principle relied on by Akzo and Akcros.

107 Therefore, the argument based on the principle of legal certainty is unfounded.

108 It follows that the second ground of appeal must be dismissed in its entirety.

3. The third ground of appeal

(a) Arguments of the parties

109 In the further alternative, Akzo and Akcros claim that the findings of the General Court, taken as a whole, violate the principle of national procedural autonomy and the principle of the conferred powers.

110 Akzo and Akcros state that Article 22(2) of Regulation No 1/2003 expresses the principle of national autonomy in procedural matters in the area in question. The European Union legislature expressly stated that, even in the case of inspections carried out at the request of the Commission in order to establish an infringement of the provisions of Article 101 TFEU or Article 102 TFEU, the agents of the national competition authority are to exercise their powers in accordance with their national rules. The legislature has not given a harmonised definition of legal professional privilege, which means that the Member States remain sovereign to decide that specific aspect of the protection of rights of defence.

111 The Commission submits that the judgment under appeal does not breach the principles referred to in the third ground of appeal. The principle of national procedural autonomy governs situations in which the courts and administrations of the Member States are required to implement European Union law, but does not apply where the legal limits of the actions of the institutions themselves are at issue.

112 The Commission concludes that the uniform scope of legal professional privilege throughout the European Union with respect to the procedures seeking to establish an infringement of Article 101 TFEU and Article 102 TFEU constituted a proper application of the judgment in *AM & S Europe v Commission* by the General Court. Consequently there has also been no breach of the principle of conferred powers.

(b) Findings of the Court

113 It must be recalled that, in accordance with the principle of national procedural autonomy, in the absence of European Union rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from European Union law (see, to that effect, Case 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989, paragraph 5; Case C-213/89 *Factortame and Others* [1990] ECR I-2433, paragraph 19; Case C-312/93 *Peterbroeck* [1995] ECR I-4599, paragraph 12; and Case C-13/01 *Safalero* [2003] ECR I-8679, paragraph 49).

114 However, in the present case, the Court is called on to decide on the legality of a decision taken by an institution of the European Union on the basis of a regulation adopted at European Union level, which, moreover, does not refer back to national law.

115 The uniform interpretation and application of the principle of legal professional privilege at European Union level are essential in order that inspections by the Commission in anti-trust proceedings may be carried out under conditions in which the undertakings concerned are treated equally. If that were not the case, the use

of rules or legal concepts in national law and deriving from the legislation of a Member State would adversely affect the unity of European Union law. Such an interpretation and application of that legal system cannot depend on the place of the inspection or any specific features of the national rules.

- 116 As far as concerns the principle of conferred powers, it must be stated that the rules of procedure with respect to competition law, as set out in Article 14 of Regulation No 17 and Article 20 of Regulation No 1/2003, are part of the provisions necessary for the functioning of the internal market whose adoption is part of the exclusive competence conferred on the Union by virtue of Article 3(1)(b) TFEU.
- 117 In accordance with the provisions of Article 103 TFEU, it is for the European Union to lay down the regulations or directives to give effect to the principles in Articles 101 TFEU and 102 TFEU concerning the competition rules applicable to undertakings. That power aims, in particular, to ensure observance of the prohibitions referred to in those articles by the imposition of fines and periodic penalty payments and to define the Commission's role in the application of those provisions.
- 118 In that connection, Article 105 TFEU provides that the Commission is to ensure the application of the principles laid down in Articles 101 TFEU and 102 TFEU and to investigate cases of suspected infringement.
- 119 As the Advocate General stated, in paragraph 172 of her Opinion, national law is applicable in the context of investigations conducted by the Commission European competition authority only in so far as the authorities of the Member States lend their assistance, in particular with a view to overcoming opposition by the undertakings concerned through the use of coercive measures, in accordance with Article 14(6) of Regulation No 17 or Article 20(6) of Regulation No 1/2003. However, the question of which documents and business records the Commission may examine and copy as part of its inspections under antitrust legislation is determined exclusively in accordance with EU law.
- 120 Accordingly, neither the principle of national procedural autonomy nor the principle of conferred powers may be invoked against the powers enjoyed by the Commission in the area in question.
- 121 Therefore, the third ground of appeal must also be dismissed.
- 122 It follows from all of the foregoing considerations that the appeal is unfounded.

Costs

- 123 Under Article 69(2) of the Rules of Procedure, which applies to appeal proceedings by virtue of Article 118 thereof, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. Since the Commission applied for costs and Akzo and Akcros have been unsuccessful, the latter must be ordered to pay the costs. As they have brought the appeal jointly, they are to be jointly and severally liable for them.
- 124 The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Kingdom of the Netherlands, as interveners in the proceedings before the Court, are each to bear their own costs, in accordance with the first paragraph of Article 69(4) of the Rules of Procedure.
- 125 The other parties to the proceedings, which supported the appeal and which were unsuccessful, are to bear their own costs by analogous application of the third paragraph of Article 69(4) of the Rules of Procedure.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby:

- 1. Dismisses the appeal;**
- 2. Orders the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands to bear their own costs;**

3. **Orders the Conseil des barreaux européens, the Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, the European Company Lawyers Association, the American Corporate Counsel Association (ACCA) – European Chapter and the International Bar Association to bear their own costs;**
4. **Orders the remainder of the costs of the proceedings to be born jointly and severally by Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd.**

[Signatures]

* Language of the case: English.

אסמכתא 5

רע"פ 8873/07 היינץ נ' מדינת ישראל
(פורסם בנבו, 2.1.2011)

עמ' 49

בבית המשפט העליון

רע"פ 8873/07

רע"פ 10573/08

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
 כבוד השופטת א' חיות
 כבוד השופט ע' פוגלמן

המבקשת ברע"פ 8873/07 : היינץ ישראל בע"מ

המבקשת ברע"פ 10573/08 : מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים ברע"פ 8873/07 : 1. מדינת ישראל
 2. משה מילר
 3. לשכת עורכי הדין

המשיבים ברע"פ 10573/08 : 1. היינץ ישראל בע"מ
 2. משה מילר
 3. לשכת עורכי הדין

בקשות רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי
 בתל-אביב-יפו מיום 27.08.2007 בתיק בש 93341/06
 [פורסם בנבו] שניתן על ידי כבוד השופטת י' אנטונוויד

תאריך הישיבה : י"א בתשרי התשע"א (19.09.2010)

בשם המבקשת ברע"פ 8873/07 והמשיבה 1
 ברע"פ 10573/08
 ובשם המשיב 2 : עו"ד נדב ויסמן ; עו"ד איסר בירגר ;
 עו"ד מור ברגנר

בשם המבקשת ברע"פ 10573/08 והמשיבה 1
 ברע"פ 8873/07 : עו"ד נעמי גרנות

בשם המשיבה 3 ברע"פ 8873/07 וברע"פ 10573/08 : עו"ד רון דרור ; עו"ד אופיר מנציל

חקיקה שאוזכרה :

פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 : סע' 48

פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] - רבדים : סע' 235א, 235ב, 235ג, 235ד

[חוק האונת סתר, תשל"ט-1979: סע' 9, 9א\(ג\)](#)

כתבי עת:

[שרון אהרוני-גולדנברג, "הדירה למערכות מחשב -", הפרקליט, ספר דויד וינר - על משפט פלילי ואתיקה 429 \(2009\)](#)

מיני-רציו:

* נפסק כי חיסיון עורך-דין-לקוח חולש מבחינה עקרונית, גם על מסמכים הנמצאים ברשותו של הלקוח. ביתר הסוגיות לא ניתנה רשות לערער, בהתחשב בכך שכיום לא נותרו עוד מסמכים שמעמדם שנוי במחלוקת בין הצדדים. עם זאת, ביהמ"ש עומד בקצרה על העקרונות שעל גורמי החקירה והתביעה לפעול לאורם בעת ביצוע חיפוש בחומר ממוחשב. וכן באשר לפרוצדורה לבירור טענות חיסיון ביחס למסמכים שנתפסו אצל הלקוח.

* ראיות – חיסיון – בין לקוח לעורך-דינו ועובדיו

* עורכי-דין – חיסיון – תחולתו

* ראיות – חיסיון – מסמך שהוכן לקראת משפט

* ראיות – חיסיון – חומר ממוחשב

בקשות רשות ערעור שהוגשו הן מטעם חברת היינץ ישראל בע"מ (להלן: המבקשת) והן מטעם המדינה, כנגד פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בת"א שעסק בשאלה, האם קיים חיסיון לגבי המסמכים שנתפסו בחיפוש במשרדו ובמחשבו של המשיב 2 (להלן: מילר), מה אופיו של החיסיון ומהו היקפו. המסמכים נתפסו במהלך חקירת פרשה, המכונה בתקשורת "פרשת רמדיה", במסגרתה נפגעו מספר ניכר של תינוקות בישראל שהזונו בתחליב חלב צמחי, שהיה נטול ויטמין 1B (תיאמין), אשר שווק ע"י המבקשת. מילר שימש בתקופה הרלוונטית לחקירה, כמנכ"ל המבקשת והחזיק, יחד עם רעייתו, ב-49% ממניותיה. מילר ועורך דינו, טענו שחלק מהמסמכים שנתפסו, וחלק מהקבצים השמורים במחשבו של מילר, חוסים תחת חיסיון עורך-דין-לקוח או חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. המבקשת ולשכת עורכי הדין ביקשו לערער על הקביעה לפיה חיסיון עורך-דין-לקוח אינו חל על מסמכים שנתפסו בחיפוש ברשותו של הלקוח. בנוסף, ביקשה המבקשת לערער על הקביעה בעניין היקף החיפוש במסמכים השמורים בקבצי מחשב. מנגד, ביקשה המדינה לערער על הקביעה לפיה חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט אינו בעל אופי מוחלט ותחולתו רחבה. בדיון הודיעה המדינה כי היא מסכימה לכך שחיסיון עורך-דין-לקוח יכול לחול מבחינה עקרונית גם על מסמכים הנמצאים בחזקת הלקוח ואין הוא מוגבל בהתפרשותו לד' אמותיו של עורך-הדין.

ביהמ"ש העליון (מפי הנשיאה ד' ביניש, בהסכמת השופטים א' חיות וע' פוגלמן) קיבל את הערעור חלקית, מהטעמים הבאים:

הערעור מתקבל חלקית במובן זה שקביעתו של ביהמ"ש קמא כי חיסיון עורך-דין-לקוח אינו חולש מבחינה עקרונית על מסמכים הנמצאים ברשותו של הלקוח – בטלה. טוב עשתה המדינה עת בחנה

מחדש את עמדתה ביחס לחיסיון עורך-דין-לקוח והציגה בה שינוי שאף הביא, בסופו של יום, ליישוב מרבית המחלוקות בין הצדדים. עמדה זו, המבוססת על פרשנות תכליתית של הוראת החיסיון, תשמש כבסיס לבחינת השאלות השונות המתעוררות בעקבות תפיסה וחישיפה של מסמכים המצויים בחזקת הלקוח. בהקשר זה הובהר, כי כשם שלא קיימת הצדקה מהותית לסווג את תחולת חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים שונים לפי מפתח "גיאוגרפי", כך גם לא קיימת הצדקה להבחין בין צורות תקשורת שונות בין עורך-דין ללקוחו. דהיינו, החיסיון חל במידה שווה על שיחה שהתנהלה בעת מפגש, באמצעות טלפון, דואר אלקטרוני או במדיום רלוונטי אחר.

במצב דברים זה, נותרו שלוש סוגיות: ראשית, האם מוטלות על החוקרים מגבלות מיוחדות בעת ביצוע חיפוש במחשב. שנית, אופן בירורן של טענות חיסיון הנטענות במהלך חיפוש של המשטרה על פי צו בימ"ש ברשותו של הלקוח. ולבסוף, היקף התפרשותם המהותית של חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט על מסמכים שונים שהוחלפו בין עורך-דין ללקוחו. בנסיבות המקרה, בהתחשב בכך שכיום לא נותרו עוד מסמכים שמעמדם שנוי במחלוקת בין הצדדים, לא נמצא מקום לתת רשות ערעור באשר לסוגיות שלעיל. ככלל, ראוי כי מלאכת הגדרת גבולותיהם של חסיונות ומציאת נקודת האיזון הראויה בין זכויותיו של חשוד בחקירה פלילית לבין צרכי החקירה וערך גילוי האמת, תיעשה בזירות ומתוך תשומת לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וזו הדרך שבה צעדה פסיקת בימ"ש זה עד היום. לפיכך, אין מקום לפיתוח הלכתי בנסיבות שאינן צריכות לו וללא תשתית עובדתית המחייבת יישום של העקרונות הרלוונטיים.

יחד עם זאת, ביהמ"ש עומד בקצרה על העקרונות שעל גורמי החקירה והתביעה לפעול לאורם בעת ביצוע חיפוש מן הסוג שבו עסקינן.

לגבי היקף החיפוש בחומר ממוחשב: בחודש יוני 2005, כשנה לאחר שנערך החיפוש במשרדו של מילר, התקבל בכנסת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה-2005 (להלן: התיקון והפקודה בהתאמה). מהוראות החוק ומדברי ההסבר להצעת החוק עולה במפורש כי הסעד לו עותרת המבקשת, קרי קביעת הנחיות והגבלות באשר לביצוע חיפוש בחומר ממוחשב, נמצא על ידי המחוקק כראוי להסדרתו של המפקח הכללי של המשטרה. אולם, עד כה, טרם נקבע הסדר כאמור ואף המפקח הכללי של המשטרה טרם קבע הוראות כפי שהוסמך לעשות על ידי המחוקק. לאור פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת ביצוע חקירה לחומר מחשב. ומאידך, העובדה שבמחשבים קיים אוצר בלום של ראיות מפליליות ומידע רלוונטי אשר יכול וצריך לשמש את רשויות החקירה במאבקן במפרי חוק ועוברי עבירה, הסדרה כזאת הינה חיונית, ומשכך ראוי לה שתסתיים בקרוב. עם זאת, טענות הנוגעות לאופן המימוש של סמכות המפקח הכללי ומועד מימושה אינן מענייניו של הליך זה, ובנסיבות בהן אין עוד נפקות לסוגיה ביחס להליך הפלילי המתנהל, אין מקום לדון בה.

באשר לפרוצדורה לבירור טענות חיסיון ביחס למסמכים שנתפסו אצל הלקוח: אכן, ההכרה בכך שחיסיון עורך-דין-לקוח עשוי לחול מבחינה עקרונית גם על מסמכים הנמצאים בחזקתו של הלקוח מחייבת היערכות מתאימה להתמודדות עם טענות מסוג זה כדי למנוע שימוש לרעה בטענות שיש בהן כדי לסכל חקירה ולפגוע פגיעה אנושה ביכולת החקירה. בין היתר, ציין ביהמ"ש, כי כאשר במהלך ביצוע חיפוש כדין בביתו או משרדו של חשוד, מעלים חשוד או עורך-דינו טענות חיסיון ביחס לכמות רבה של מסמכים, מבלי לפרט את מקור החיסיון הנטען ואת ההצדקה להחלתו על המסמך הקונקרטי, עלול להתעורר חשד כי מדובר בניסיון לבצע שימוש לרעה בטענת החיסיון במטרה להקשות על רשויות החקירה ולעכב אותן במלאכתן. משכך, ובהתאם לכלל הנקוט בפסיקתנו לפיו "הטוען לחיסיון עליו הראיה", על הטוען לחיסיון מוטל הנטל להצביע על מקור החיסיון הנטען ועל עילה לכאורית המצביעה על כך שאכן חל חיסיון על אותו מסמך ספציפי.

אין להעלות טענת חיסיון בעלמא, קרי מבלי להציג ראשיתו של טיעון שיצדיק הקדשת משאבים מצד רשויות החקירה וביהמ"ש לבירור הטענה. הטיעון יכול וצריך להתייחס לזהות הגורמים שביניהם הוחלף המסמך, מועד היווצרותו, ופרטים נוספים שניתן לחשוף באשר לתוכנו מבלי לפגוע בחיסיון.

ניתן לצפות כי המדינה, בין בחקיקה ראשית ובין בהסדרת נהלים כאמור, תגבש כללים שיבטאו את המסגרת הנורמטיבית הראויה לאופן הטיפול בחומר שנטען לגביו חיסיון לאחר שהטוען הבהיר באופן לכאורי את הבסיס לטענת החיסיון. נטל הוכחה לכאורית זו יהיה קל יותר ביחס למסמך שעל פניו הוא התכתבות ישירה בין הטוען לעורך-דינו, או התייעצות שהיא על פניה חסויה, והנטל יכבד ככל שאופי המסמך לגביו נטען החיסיון הוא שונה. כן מובן, כי אין בעצם העובדה שהעתק ממסמך כלשהו נשלח גם לעורך-הדין של החשוד, כשלעצמה, בכדי להרים נטל ראשוני זה, אלא יש להצביע על מאפיינים נוספים במסמך המצביעים על קשר ענייני בינו לבין טענת החיסיון הנטענת. (במובן זה, קיים שוני בין תפיסתו של מסמך כלשהו בחזקתו של עורך-הדין לבין תפיסתו של אותו מסמך ממש אצל הלקוח: בעוד שהנחת המוצא ביחס למסמכים שנתפסו אצל עורך-הדין היא כי הללו הגיעו לחזקתו לצורך מתן ייעוץ ושירות מקצועי, לא קיימת הנחה דומה ביחס למסמכים שנתפסו אצל הלקוח. הנטל להוכיח אחרת – ולו באופן לכאורי – מוטל, כאמור, על שכמו של הטוען לחיסיון).

מקום שבו נחצתה משוכה זו והוצג יסוד ענייני לכאורי לביסוס טענת החיסיון, שוב אין רשויות החקירה והתביעה רשאיות לעיין בחומר מבלי שתתברר תחילה טענת החיסיון.

המנגנון המקובל עד כה בשיטתנו הניח את ההכרעה בשאלת תחולתו של החיסיון לפתחו של ביהמ"ש. אולם, הרחבת החיפוש לתכתובת אלקטרונית שבה מתרכזים כיום רוב חילופי הדברים והמסמכים הכרוכים בפעילויות שונות, עלולה לגרום לכך שהבאת התוצרים כולם בפני ביהמ"ש תיצור מצב בלתי אפשרי ליישום עקב כמויות החומר. לפיכך, ראוי לשקול אם אכן זהו האמצעי היחיד למיון החומר ולהכרעה בטענות חיסיון. צוין כי במקרים מתאימים, ניתן לנקוט בהליכים שיקלו על ביהמ"ש ועל הצדדים להליך ויוציאו מכלל מחלוקת חלק מהחומר שנאסף (כפי שארע בענייננו). מכל מקום, ברי כי טענתה של המדינה – לפיה מיון ראשוני של המסמכים יכול להתבצע על ידי הגורמים המופקדים במישרין על החקירה – עלול לעורר קושי של חשיפת המסמכים החסויים.

לגבי הסוגיה שעניינה היקף התפרשותם המהותית של חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט, ביהמ"ש איננו מוצא לנכון לדון בה במסגרת הליך זה. שכן העניין הפך לתאורטי, ומדובר בסוגיות שכבר נדונו והוכרעו על ידי בימ"ש או שניתן להניח כי יתבררו בעתיד במקרים מתאימים יותר.

מבלי לקבוע אמות מידה או קו מפריד בין המסמכים החוסים בצל החיסיון המוחלט עקב היותם במובהק דברים שהוחלפו בין עורך הדין ללקוחו במסגרת השירות המקצועי שניתן לו, למסמכים אחרים שעורך הדין מכותב להם – נראה כי יש מקום להבחין בין סוגי המסמכים ולא ניתן להטיל באופן מלאכותי חיסיון על מסמכים באמצעות מיעוץ עורך הדין על תכתובות. מבלי להכריע בשאלה באלו נסיבות יחולו חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט, יש בסיס לטענה כי הרחבת החיסיון והחלתו על מסמכים שבאופן גיאוגרפי אינם בחזקת עורך הדין, מצדיקה הבחנה קפדנית יותר בין סוגי המסמכים שהחיסיון עליהם הוא מוחלט, לבין מסמכים אחרים. אמות המידה יקבעו ממקרה למקרה אם וככל שהמדינה לא תשכיל להציע סיווג הולם בכללים שתקבע.

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

1. לפנינו בקשות רשות ערעור שהוגשו הן מטעם חברת היינץ ישראל בע"מ והן מטעם המדינה, כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. קיימנו דיון בבקשות הצדדים בשני מסלולים: המסלול המעשי שנועד לגבש פתרונות לתיק החקירה הקונקרטי, ומסלול בירור השאלות העקרוניות בו החלטנו לדון בשלב מאוחר יותר ככל שהדבר יידרש. מאז החלה הפרשה שביסוד ההליך שלפנינו חלו בה התפתחויות עקרוניות ומעשיות שונות אשר הובילו לצמצום גדרי המחלוקת בין הצדדים. רוב השאלות שהתעוררו בראשיתה של הפרשה באו לפתרון במסלול המעשי, וחלקן איבדו נפקות מעשית מבחינת ההליך הפלילי שבגינו נתפסו המסמכים נשוא הדיון, כך שכיום נותרו להכרעתנו שאלות מצומצמות למדי. נעמוד אפוא בקצרה על האירועים העומדים ברקע להליך ועל ההתפתחויות שחלו בו.

רקע עובדתי

2. בנובמבר 2003 נתגלה כי מספר ניכר של תינוקות בישראל נפגעו כתוצאה מכך שהוזנו בתחליף חלב לתינוקות על בסיס סויה שהיה נטול ויטמין B1 (תיאמין). שלושה מהתינוקות נפטרו ואחרים נפגעו פגיעות שונות, חלקן קשות ביותר. משטרת ישראל הקימה צוות חקירה מיוחד לחקירת נסיבות הפרשה. במסגרת זו, נחקר חשד לרשלנות ולגרימת מוות ברשלנות על ידי נושאי תפקידים ועובדים בחברת היינץ-רמדיה בע"מ, חברת בת של היינץ-ישראל בע"מ (להלן: המבקשת) שעסקה בשיווק תחליף החלב הנזכר.

3. במסגרת חקירת המשטרה, נערך ביום 31.5.2004 חיפוש על פי צו של בית משפט השלום ברמלה במשרדו של המשיב 2 (להלן: מילר), אשר שימש בתקופה הרלוונטית לחקירה כמנכ"ל המבקשת והחזיק, יחד עם רעייתו, ב-49% ממניותיה. במהלך החיפוש נתפסו על ידי המשטרה מסמכים שונים וכן כונן קשיח של מחשב ששימש את מילר בעבודתו.

4. החיפוש התבצע בנוכחות עורך דינה של המבקשת, ובמהלכו העלה האחרון את הטענה שחלק מהמסמכים שנתפסו, וחלק מהקבצים השמורים במחשבו של מילר, חוסים תחת חיסיון עורך-דין-לקוח או חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. בעקבות זאת, הוכנסו אותם מסמכים לשקית ולמעטפה שנאטמו ונרשם עליהן חיסיון. כן סוכם

בין הצדדים כי המשטרה לא תחדור לחומר המחשב ולא תעיין במסמכים שסומנו כחסויים, אלא לאחר שייבדק החומר על ידי בא-כוח המבקשת ולאחר שבית המשפט יכריע בכל טענת חיסיון שטיטען לאחר עיון בחומר כאמור.

5. ביום 2.6.2004 ביקשה המשטרה מבית משפט השלום ברמלה להאריך את צו התפיסה, ובהסכמת המבקשת הוארך תוקפו של הצו עד ליום 16.6.2004 (בהמשך ניתנה הסכמה להארכה נוספת). באותו מועד קבע בית המשפט בהסכמת הצדדים כי הכונן הקשיח של המחשב יאטם, ודיסק המכיל העתקים של הקבצים השמורים בכונן יימסר לבאי-כוח המבקשת על מנת שיעברו על הקבצים ויודיעו לבאי-כוח המדינה אילו מהם חוסים, לטענתם, תחת חיסיון.

6. בהתאם לסיכום האמור, שלחו באי-כוח המבקשת למשטרה ביום 5.7.2004 מכתב אליו צורפו שני נספחים: הראשון, הכיל תדפיס של כותרי הודעות הדואר האלקטרוני הנכנס (inbox) שהתקבלו מאז שנת 2000, והשני הכיל תדפיס דומה ביחס לתיבת הדואר היוצא (sent items). על גבי תדפיסים אלו סימנו עורכי הדין קרוב לשלוש מאות מסמכים שהיו חסויים לטענתם מכיוון שמדובר ב"מסמכים שהוחלפו בין עו"ד ללקוח, או בין עו"ד לאדם אחר מטעם הלקוח, בקשר ענייני עם השירות המקצועי". ביחס לחלק מהמסמכים, נטען כי מדובר ב"מסמכים משפטיים והכנה לקראת הליכים משפטיים". כמו כן, הועלתה במכתב טענה לפיה בכונן הקשיח שמורים מסמכים רבים שכלל אינם רלוונטיים לחקירת המשטרה, ועל כן אין למשטרה סמכות לתופסם.

ההליכים בפני הערכאות הקודמות

7. ביום 17.1.2005 פנתה המשטרה לבית משפט השלום ברמלה בבקשה לעיין בכל המסמכים וקבצי המחשב שנתפסו במשרדו של מילר ([ב"ש 1269/05](#)) [פורסם בנבו]. לאחר הדיון הגישו באי-כוח המבקשת לעיון בית המשפט בלבד, קלסרי מסמכים מלווים בטבלה שבה צוינו מספרו של כל מסמך, הגדרתו, וכן קיומה או היעדרה של טענת חיסיון, וככל שנטענה – מה מקורה. ביום 6.9.2006 ניתנה החלטת בית משפט השלום (השופטת נ' קפלינסקי) אשר דחה את טענת המבקשת לתחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח על המסמכים, אך קיבל באופן עקרוני את האפשרות שיחול על חלק מהמסמכים חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. בנוסף, דחה בית משפט השלום את הטענה לפיה אין למשטרה סמכות לתפוס מסמכים השמורים בכונן המחשב ואינם רלוונטיים לנושא החקירה.

8. על החלטה זו השיגו שני הצדדים בפני בית המשפט המחוזי: המדינה עררה כנגד הקביעה לפיה על חלק מהמסמכים שנתפסו חולש חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט (ב"ש 93341/06), [פורסם בנבו], ואילו המבקשת ומילר עררו כנגד דחיית הטענה בדבר תחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח על המסמכים וכנגד הקביעה לפיה סמכות המשטרה לבצע חיפוש במחשב אינה מוגבלת לחומרים הרלוונטיים לחקירה (ב"ש 93637/06) [פורסם בנבו].

טענתה המרכזית של המדינה בבית המשפט המחוזי הייתה כי בכל הנוגע לתחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח, יש להבחין בין חיפוש הנערך במשרדו של עורך-הדין לבין חיפוש הנערך במשרדו של הלקוח; לפי הטענה, החיסיון חולש על מסמכים הנתפסים במסגרת חיפוש מהסוג הראשון, אך אין הוא חולש על מסמכים הנתפסים בחיפוש מהסוג האחרון. מנגד, טענו באי-כוחם של המבקשת ומילר כי הקריטריונים הרלוונטיים לבחינת תחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמך כלשהו, הם מהותו של המסמך והחלפתו במסגרת יחסי אמון בין עורך-דין ללקוחו, ולא מקום הימצאו הגיאוגרפי בעת שנתפס. לשכת עורכי הדין, אשר ביקשה להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט", התייצבה בעניין זה לימנם של האחרונים וקראה לבית המשפט להתאים את הדין לחידושי הטכנולוגיה ולמציאות שנוצרה בעידן הנוכחי בו מתבצעות התייעצויות בין עורכי דין ולקוחותיהם בדואר אלקטרוני כדבר שבשגרה. על כן, טענה הלשכה כי עמדה שאינה מכירה בתחולת חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים המצויים בחזקתו של הלקוח, מרוקנת את החיסיון מתוכנו ופוגעת בזכות ההיוועצות.

סוגיות נוספות שהיו שנויות במחלוקת בין הצדדים נגעו לאופיו של חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט – חיסיון יחסי כטענת המדינה, או חיסיון מוחלט כעמדת המבקשת – ולמידת החירות של המשטרה בעת ביצוע חיפוש בחומר ממוחשב. בעניין אחרון זה, טענה המדינה כי המשטרה רשאית לבחון את כל הקבצים השמורים בכונן שנתפס על ידה, ומנגד טענה המבקשת כי יש להגביל את החיפוש בכונן המחשב לחומרים רלוונטיים בלבד באמצעות שימוש במפתחות המבוססים על כותרות המסמכים, התאריכים בהם נוצרו וכיו"ב.

9. ביום 27.8.2007 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בפסק הדין ציינה השופטת אמסטרדם כי מבחינה עקרונית עמדת המבקשת ולשכת עורכי הדין, לפיה ראוי

להחיל את החיסיון של עורך-דין-לקוח גם על מסמכים הנמצאים בחזקתו של הלקוח, נכונה בעיניה, אולם לשונו של [סעיף 48 לפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], התשל"א-1971, מורה באופן ברור כי מדובר בחיסיון החולש אך על מסמכים הנמצאים ברשותו של עורך הדין. לפיכך, קבעה השופטת כי במצב המשפטי הנתון חיסיון עורך-דין-לקוח אינו חל על מסמכים שנתפסו בחיפוש בחזקתו של הלקוח.

באשר לחיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת משפט, נפסק כי מדובר בחיסיון מקיף ומוחלט שאינו מוגבל מבחינה "גיאוגרפית", ואשר חל גם על מסמכים שטרם הוחלפו בין עורך-הדין ללקוחו וגם על מסמכים שהוכנו לקראת משפט על ידי אדם שאינו עורך-דין ואשר לא היה מיוצג על ידי עורך-דין.

ביחס לסמכותה של המשטרה לבחון חומר השמור בכונן מחשב של חשוד, קבעה השופטת כי כשם שחוקרי המשטרה רשאים לערוך חיפוש במסמכיו של חשוד וליטול עמם, על פי צו בית משפט, כל מסמך שנראה להם רלוונטי, כך רשאים הם ליטול את הכונן הקשיח של החשוד בכללותו על כל המידע השמור בו – רלוונטי ולא רלוונטי כאחד. השופטת הוסיפה וקבעה בהקשר זה כי הגבלת איתור מסמכים במחשב החשוד על פי מפתח חיפוש, עלולה לאפשר לחשוד להסתיר או להסוות מידע רלוונטי תחת כסות תמימה.

ההליכים בבית משפט זה

10. על החלטתו של בית המשפט המחוזי הוגשו בקשות רשות הערעור שלפנינו. המבקשת ולשכת עורכי הדין ביקשו לערער על הקביעה לפיה חיסיון עורך-דין-לקוח אינו חל על מסמכים שנתפסו בחיפוש ברשותו של הלקוח. בנוסף, ביקשה המבקשת לערער על קביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין היקף החיפוש במסמכים השמורים בקבצי מחשב. מנגד, ביקשה המדינה לערער על הקביעה לפיה חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט הינו בעל אופי מוחלט.

ראוי להדגיש, כי בשלב הדין לפנינו חל שינוי מהותי בעמדתה העקרונית של המדינה ביחס לסוגית "תחולתו הגיאוגרפית" של חיסיון עורך-דין-לקוח. במסגרת בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעמה, הודיעה המדינה כי בניגוד לעמדה שהוצגה על ידה בערכאות הקודמות, היא מסכימה לכך שחיסיון עורך-דין-לקוח יכול לחול מבחינה עקרונית גם על מסמכים הנמצאים בחזקת הלקוח ואין הוא מוגבל בהתפרשותו לד' אמותיו של עורך-הדין.

11. אשר על כן, ונוכח השאיפה שלא לעכב את ההליך הפלילי התלוי ועומד בפרשה זו, החלטנו בתום דיון שנערך בפנינו ביום 18.01.2010, לפצל את ההליך לשני שלבים כאשר במסגרת השלב הראשון תוכרענה המחלוקות הקונקרטיות בין הצדדים בנוגע למסמכים שנתפסו בחיפוש במשרדו ובמחשבו של מילר, ובשלב השני, ככל שיהיה בכך צורך, תידונה השאלות העקרוניות. בהתאם לכך קבענו, בהסכמת הצדדים, כי באי-כוחם ימיינו את המסמכים שהועלתה לגביהם טענת חיסיון וינסו להגיע להסכמה ביחס לחשיפתם בהתחשב בעמדתה העדכנית של המדינה. כלומר, על בסיס ההנחה שטענת חיסיון עורך-דין-לקוח עשויה להתקבל גם ביחס לחומר שנתפס בחזקתו של הלקוח. עוד נקבע בהחלטתנו מיום 18.01.2010, כי לאחר שתוגש הודעת עדכון משותפת מטעם הצדדים בדבר סיום הליך הבדיקה של המסמכים הקונקרטיים, יבחן הצורך בהמשכת הדיון בשאלות העקרוניות שהעלו הצדדים בכתבי טענותיהם.

12. ביום 18.3.2010 הודיעונו באי-כוח הצדדים כי קיימו ביניהם מספר ישיבות שבמהלכן מוינו מאות מסמכים, והתגבשה הסכמה באשר לרובם המכריע. לצד זאת, נמסר כי ביחס לשני מסמכים עדיין שוררת בין הצדדים מחלוקת. באי-כוח הצדדים ציינו בהודעתם כי המסמכים האמורים רלוונטיים לשאלות העקרוניות שעודן שנויות במחלוקת ומשכך ביקשו להותיר את ההכרעה באשר למעמדם של מסמכים אלו בדינו. כן ביקשו באי-כוח הצדדים כי הדיון בתיק יעבור לשלב בירור השאלות העקרוניות. ביום 19.9.2010 קיימנו דיון נוסף שבמהלכו הובאו לעיונונו שני המסמכים האמורים, ומצאנו כי אכן מדובר במסמכים חסויים בשל היותם במובהק במסגרת הקשר המקצועי שבין עורך-דין ללקוח.

השאלות העומדות לבירור

13. כמפורט לעיל, במהלך הזמן שחלף מאז החלו ההליכים להתברר חלו שינויים משמעותיים, ובמרכזם שינוי מהותי בעמדת המדינה ביחס לתחולת חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים הנמצאים בחזקתו של הלקוח. נשוב ונציין, ברוח החלטתנו מיום 18.01.2010, כי טוב עשתה המדינה עת בחנה מחדש את עמדתה והציגה בה שינוי שאף הביא, בסופו של יום, ליישוב מרבית המחלוקות בין הצדדים. לטעמנו, ראוי כי עמדה זו, המבוססת על פרשנות תכליתית של הוראת החיסיון, תשמש כבסיס לבחינת השאלות השונות המתעוררות בעקבות תפיסה וחשיפה של מסמכים המצויים בחזקת הלקוח. בהקשר זה ראינו אף להבהיר כי כשם שלא קיימת הצדקה מהותית לסווג את תחולת חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים שונים לפי מפתח "גיאוגרפי", כך גם לא קיימת

הצדקה להבחין בין צורות תקשורת שונות בין עורך-דין ללקוחו. דהיינו, החיסיון חל במידה שווה על שיחה שהתנהלה בעת מפגש, באמצעות טלפון, דואר אלקטרוני או במדיום רלוונטי אחר.

14. במצב דברים זה, ניתן לומר כי לאחר שצומצמו גדריו של ההליך נותרו לפנינו כיום שלוש סוגיות: ראשית, האם מוטלות על החוקרים מגבלות מיוחדות בעת ביצוע חיפוש במחשב. שנית, אופן בירורן של טענות חיסיון הנטענות במהלך חיפוש של המשטרה על פי צו בית משפט ברשותו של הלקוח. ולבסוף, היקף התפרשותם המהותית של חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט על מסמכים שונים שהוחלפו בין עורך-דין ללקוחו. הסוגיה הראשונה הועלתה בגדרה של בקשת רשות הערעור מטעם המבקשת, ושתי הסוגיות הנוספות הועלו בטיעוניה של המדינה. נקדים את המאוחר ונציין כי בנסיבות המקרה שלפנינו, בהתחשב בכך שכיום לא נותרו עוד מסמכים שמעמדם שנוי במחלוקת בין הצדדים, לא מצאנו מקום לתת רשות ערעור באשר לסוגיות שלעיל. ככלל, לטעמנו, ראוי כי מלאכת הגדרת גבולותיהם של חיסיונות ומציאת נקודת האיזון הראויה בין זכויותיו של חשוד בחקירה פלילית לבין צרכי החקירה וערך גילוי האמת, תיעשה בזהירות ומתוך תשומת לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וזו הדרך שבה צעדה פסיקתנו עד היום. לפיכך, אין מקום לפיתוח הלכתי בנסיבות שאינן צריכות לו וללא תשתית עובדתית המחייבת יישום של העקרונות הרלוונטיים. יחד עם זאת, ראינו להתייחס בקצרה לעקרונות שעל גורמי החקירה והתביעה לפעול לאורם בעת ביצוע חיפוש מן הסוג שבו עסקינן.

היקף החיפוש בחומר ממוחשב

15. כזכור, על פי פסק דינו של בית המשפט המחוזי, סמכותם של חוקרי המשטרה לבצע חיפוש במחשבו של חשוד זהה בהיקפה לסמכות החיפוש במסמכים אחרים, ואין היא מוגבלת לשימוש במפתחות חיפוש שיבטיחו כי החוקרים יחדרו אך לחומר רלוונטי לחקירה. בפנינו, שבה המבקשת וטענה כי עקב אינטנסיביות השימוש במחשב למטרות שונות – מקצועיות ואישיות – והיקפו הנרחב של המידע שנשמר בקבצי מחשב, יש לעצב מערכת כללים מיוחדת שתחול על תפיסת חומרי מחשב בעת חקירה פלילית ותגלם איזון הולם בין צרכי החקירה לבין זכותו של החשוד לפרטיות.

16. הקשיים שהוזכרו בטיעוניה של המבקשת לא נעלמו מעיניו של המחוקק. ואכן, בחודש יוני 2005, כשנה לאחר שנערך החיפוש במשרדו של מילר, התקבל בכנסת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת

מחשב), התשס"ה-2005 (להלן: התיקון והפקודה בהתאמה). על פי דברי ההסבר להצעת החוק, התיקון נועד לאזן בצורה ראויה יותר בין צרכי החקירה לזכויות הפרט, על רקע ההתפתחות הטכנולוגית בעולם המחשבים והשימוש הרווח בהם לרבות בידי אנשים פרטיים. בהתאם, נקבע במסגרת התיקון כי בכוא בית המשפט להוציא צו חיפוש במחשב עליו לפרט את "מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש" (סעיף 23א(ב) לפקודה). בד בבד, נקבע בתיקון כי המפקח הכללי של המשטרה יקבע הוראות נוספות, בפקודות משטרת ישראל או בנהלים, לצורך שמירה על הפרטיות ועל שלמותו של חומר המחשב בעת חדירה אליו (סעיף 26(ב) לפקודה). בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר בהקשר זה כי "המפקח הכללי של המשטרה יוכל להורות כי חיפוש במחשב ייערך רק במסמכים שנוצרו בתאריכים מסוימים, במסמכים שיוצרו ומחברם הוא החשוד, או לערוך חיפוש תוך שימוש במילות מפתח" (ראו: הצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה 2005, ה"ח הכנסת 78).

17. הנה כי כן, מהוראות החוק ומדברי ההסבר להצעת החוק עולה במפורש כי הסעד לו עותרת המבקשת, קרי קביעת הנחיות והגבלות באשר לביצוע חיפוש בחומר ממוחשב, נמצא על ידי המחוקק כראוי להסדרתו של המפקח הכללי של המשטרה. ראוי לציין בהקשר זה, כי המדינה מסרה בבקשתה לרשות ערעור מיום 14.12.2008 כי מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים שוקדת על הסדר כולל בדיני החיפוש שבו יינתן מקום נכבד לחיפוש במחשב. אולם עד כה, טרם נקבע הסדר כאמור ואף המפקח הכללי של המשטרה טרם קבע הוראות כפי שהוסמך לעשות על ידי המחוקק. למותר לציין, כי עקב פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת ביצוע חדירה לחומר מחשב, הסדרה כזאת הינה חיונית, ומשכך ראוי לה שתסתיים בקרוב. בעידן הנוכחי הפכו המחשבים לכלי עבודה ותקשורת ראשון במעלה ולארכיב כמעט אינסופי המאכסן בתוכו את זיכרונותיו, פרי עמלו, ומשאו ומתנו של האדם (על פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת חדירה לחומר מחשב ראו: שרון [אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 429 \(2009\) \(להלן: אהרוני-גולדנברג\)](#)). לצד זאת, השימוש האינטנסיבי במחשבים הופך אותם גם לאוצר בלום של ראיות מפליליות ומידע רלוונטי אשר יכול וצריך לשמש את רשויות החקירה במאבקן במפרי חוק ועוברי עבירה. מורכבותו של הנושא ורגישותו מחייבות כי התאמתו של הדין לחידושי הטכנולוגיה ולפוטנציאל הפגיעה שהטכנולוגיה גוררת בעקבותיה תעשה לא רק ברצינות ובאחריות אלא גם

במהירות ראויה. עם זאת, טענות הנוגעות לאופן המימוש של סמכות המפקח הכללי ומועד מימושה אינן מענייניו של הליך זה, ובנסיבות המקרה שלפנינו בהן אין עוד נפקות לסוגיה ביחס להליך הפלילי המתנהל, לא מצאנו לדון בה.

פרוצדורה לבירור טענות חיסיון ביחס למסמכים שנתפסו אצל הלקוח 18. הסוגיה השנייה שהובאה לפתחו של בית המשפט, עניינה, כזכור, באופן שבו יתבררו טענות חיסיון הנטענות על ידי חשוד בעקבות חיפוש שהתבצע ברשותו על פי צו בית משפט. בבקשתה לרשות ערעור טענה המדינה כי הקביעה לפיה חיסיון עורך-דין-לקוח חל מבחינה עקרונית גם על מסמכים המצויים בחזקתו של הלקוח, עלולה להיות מנוצלת לרעה בהליכים פליליים על ידי חשודים שיבקשו לעכב ולשבש את התנהלות החקירה באמצעות העלאת טענות סרק בדבר קיומו של חיסיון. לפיכך, לשיטתה, יש לצרף להכרעה המכירה בהתפרסותו הגיאוגרפית של החיסיון על מסמכים הנמצאים בחזקת הלקוח, גם הכרעה משלימה שעניינה אופן בירור טענה בדבר חיסיון הנטענת על ידי חשוד בנוגע למסמכים שנתפסו בחזקתו. המדינה ביקשה מבית המשפט ליצור הסדר בעל מבנה תלת שלבי לבירור טענות חיסיון אשר במסגרתו: בשלב הראשון, יידרש לקוח הטוען לחיסיון להציג "ראשית ראיה" לתמיכת טענותיו. בשלב השני, גורמי החקירה יהיו רשאים לערוך בדיקה ראשונית של טענת החיסיון על סמך עיון בחומר. ובשלב השלישי, ככל שלא תתגבש הסכמה בין הצדדים ביחס למעמדו של המסמך, תהא שמורה לכל אחד מהם הזכות לפנות לבית המשפט שיכריע בשאלת החיסיון בהליך מזורז ככל הניתן.

19. בתגובה להצעה זו, טענה לשכה עורכי הדין כי הפרוצדורה המוצעת למיון מסמכים ולבירור טענות חיסיון תגרום לפגיעה קשה בזכות ההיוועצות ותרסק את החיסיון מתוכנו. זאת, הן מכיוון שעיון ראשוני במסמך על ידי גורמי החקירה במטרה לבחון את טענת החיסיון שהועלתה לגביו, יאיין, בפועל, את החיסיון, והן מכיוון שלא ניתן להציג "ראשית ראיה" בנוגע לחיסיון המסמך מבלי לחשוף את תוכן המסמך עצמו. לשכת עורכי הדין עמדה בתגובתה על חשיבות בירור טענות חיסיון על ידי גורם ניטראלי שאינו אמון על האינטרסים של גורמי החקירה, ולשיטתה, הגורם המתאים היחידי למילוי משימה זו הוא בית המשפט.

20. אכן, ההכרה בכך שחיסיון עורך-דין-לקוח עשוי לחול מבחינה עקרונית גם על מסמכים הנמצאים בחזקתו של הלקוח מחייבת היערכות מתאימה להתמודדות עם טענות מסוג זה כדי למנוע שימוש לרעה בטענות שיש בהן כדי לסכל חקירה ולפגוע

פגיעה אנושה ביכולת החקירה. יש ממש בטענתה של המדינה כי אין לאפשר לחשוד "לתקוע מקלות" בגלגלי החקירה באמצעות העלאת טענות חיסיון בלתי מבוססות. אולם, לצד זאת יש להבטיח כי מיונו של החומר יעשה באופן שאינו פוגע בזכותו של החשוד להליך הוגן ואינו משיג את גבולם של החסיונות.

מטבע הדברים, בעת ביצוע חיפוש במשרדו של אדם נתפסים מסמכים רלוונטיים ובלתי רלוונטיים לחקירה, חסויים ובלתי חסויים כאחד. בירורן של טענות חיסיון, ככל שאלו הועלו, מתבצע בשלב מאוחר יותר באמצעות מיון וסיווג החומר שנתפס. בהתאם להסדר שגובש בין לשכת עורכי הדין לבין משטרת ישראל ועוגן בפקודות הקבע של המשטרה, כאשר מתבצע חיפוש בביתו או במשרדו של עורך-דין, מתלווה לחיפוש נציג לשכת עורכי הדין. הכלל הוא כי מסמכים שלגביהם מעלה עורך-דין טענת חיסיון, נצררים בחבילה אטומה ומועברים להכרעת בית המשפט. על פי הפרקטיקה הנוהגת, המעטפות החתומות מועברות לכספת בית המשפט המחוזי שבתחומו משרדו של עורך-הדין, והצדדים יכולים לפנות לבית המשפט בבקשה לבירור מעמדם של המסמכים. הסדר דומה באופיו נקבע בחקיקה ביחס לחיפוש של פקיד שומה אצל עורך-דין (ראו: סעיפים [235א-235ד](#) [לפקודת מס הכנסה](#) [נוסח חדש]). ההסדרים שהוצגו לעיל מצביעים על מודעותה של מערכת אכיפת החוק לרגישות המיוחדת שקיימת בחיפוש אצל בעל-מקצוע אשר עשוי בסבירות גבוהה להחזיק במסמכים החוסים תחת חיסיון. הסדרים אלו אמנם אינם חלים על חיפוש כגון זה שהתבצע במשרדו של מילר, אולם יש בהם כדי ללמד על משנה הזהירות שיש לנקוט בעת טיפול בחומר שעשוי להתברר כחסוי.

21. דרישת זהירות דומה עולה מהפסיקה שעסקה באופן המיון והסיווג של מידע שהתקבל בעת ביצוע האזנת סתר. בענייננו, ניתן להשוות בהיבטים מסוימים את תפיסתו של חומר חסוי במחשבו של חשוד לביצוע האזנת סתר: גם כאשר מתבצעת האזנת סתר לקו הטלפון של החשוד, יתכן שתלכד שיחה בינו לעורך-דינו שעניינה במתן ייעוץ מקצועי. החיסיון שחל על השיחה אינו בטל אך בשל העובדה כי קו הטלפון לו התבצעה ההאזנה היה קו הטלפון של הלקוח ולא של עורך-הדין (ראו: [סעיף 9 לחוק האזנת סתר](#), התשל"ט-1979). ביצוע האזנת סתר ועריכת חיפוש ברשותו של החשוד – ובכלל זאת במחשבו – הם אמצעים חיוניים העומדים לרשות המשטרה בביצוע תפקידה כגוף חוקר. בשני המקרים נפגעות זכויות הפרט של החשוד מתוך מטרה להגן על ביטחון הציבור, שלטון החוק והסדר החברתי (על קווי הדמיון והשוני

בין חדירה לחומר מחשב לבין ביצוע האזנת סתר, ראו: אהרוני-גולדנברג, בעמ' 448-447, 455-482). כפועל יוצא מכך, הדין החולש על הפעלתם של כלים שלטוניים אלו עניינו במציאת נקודת איזון מידתית בין הצורך בהגנה על אינטרסים חברתיים חיוניים לבין הפגיעה בחירויות הפרט. את העקרונות הנוגעים לקביעת האיזון הראוי ניתן ללמוד מהפסיקה הרלוונטית שצעדה עקב בצד אגודל ממקרה למקרה. נסקור אפוא בקצרה את הפסיקה הרלוונטית.

22. בפרשת זאבי (בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' גד זאבי (לא פורסם, [פורסם בנבו], 15.9.2005)) נדונה השאלה מה נכלל בחומר האזנות הסתר שעל התביעה להעביר לעיונה של הסנגוריה. במסגרת זו, נקבע מנגנון למיון וסיווג של תוצרי הקלטת של האזנת סתר בידי המשטרה. נקודת המוצא להלכה שנקבעה שם היא כי בשל מגבלות טכנולוגיות נקלטות באופן אוטומטי כל השיחות המבוצעות מקו הטלפון לו מתבצעת ההאזנה, לרבות שיחות תמימות שאינן בגדר ההיתר. משכך, נקבע כי מזעור הפגיעה הבלתי מידתית הנובעת מקליטה בלתי מבוקרת זו של שיחות הטלפון, יתבצע לאחר הקליטה הפיסית שלהן באמצעות מיון וסיווג השיחות הנקלטות בידי הרשות החוקרת בהתאם לתכלית ההאזנה ומטרותיה (שם, בפסקה 20). בית המשפט ראה להדגיש בהקשר זה כי "מורכבותה וקשיותה של חקירה, הגוררת לעיתים האזנות לאורך תקופה ממושכת והמצמיחה כמות חומר רב ביותר, אינם מהווים הצדקה כלשהי להקל ולמתן את ההקפדה הנדרשת על אופן ביצוע המיון של החומר שנצבר" (שם, בפסקה 22).

23. נקודת הצינור הבאה בהתפתחות ההלכה חלה בפרשת ברקו (בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ליאורה ברקו (לא פורסם, [פורסם בנבו], 13.08.2009)) בנסיבות בהן התבצעו האזנות סתר לשיחות שקיימה עורכת-דין מן הטלפון הנייד שהיה ברשותה. בפרשה זו נדונה השאלה כיצד יסווג וימוין חומר האזנה שהוקלט על ידי המשטרה תוך ביצוע האזנת סתר, שהתבצעה מכוח היתר לפי סעיף 9א(ג) לחוק האזנת סתר התשל"ט-1979, לשיחותיו של בעל מקצוע ששיחותיו עשויות להיות חסויות. באותו מקרה עמדה השופטת א' חיות על כך שבשונה מתוצריה של האזנת סתר "רגילה", אשר על מיונם וסיווגם מופקדות, כזכור, המשטרה והפרקליטות, כאשר מדובר בתוצרי האזנת סתר לשיחה שעלולה להתברר כחסויה, ראה המחוקק להפקיד מלאכה זו בידיו של בית המשפט תוך שהוענקה לו הסמכות להורות כי פעולות כאלה ואחרות בתהליך המיון והסיווג תתבצענה על ידי הרשות החוקרת (שם, בפסקה 36). זאת, מתוך שאיפה לצמצם ככל הניתן את המגע של גורמי היחידה החוקרת עם תוצרי האזנה אשר עשוי לחול עליהם חיסיון ולהבטיח בכך כי יתקיים איזון ראוי ומידתי בין הצורך לשמור על

"המתחם המוגן" של יחסי עורך-דין ולקוחו לבין אינטרס הציבור ללחום בפשיעה ולמנוע יצירת "חממה" או "עיר מקלט" לביצוע עבירות. ראוי לציין כי באותה פרשה נדחתה טענתה של המשיבה, עורכת הדין ברקו, כי יש להעביר לידיה את מלוא תוצרי האזנת הסתר על מנת שהמיון והסיווג של חומר זה יתבצע על ידה (שס, בפסקה 41(ג) לפסק הדין).

מן האמור לעיל עולה, כי כאשר נדון אופן הטיפול בחומר שסביר כי חל עליו חיסיון, המחוקק ובית משפט זה בעקבותיו, הקפידו על יצירת חיץ בין המידע החסוי לבין הרשות החוקרת באמצעות הפקדתו של גורם ניטראלי על מיונו וסיווגו של החומר.

24. יחד עם זאת, גם להגנה על זכות ההיוועצות של החשוד ועל יחסי האמון שבינו לבין עורך-דינו ישנם גבולות. על פי הפסיקה, גבולות אלו נחצים מקום שבו נעשה שימוש לרעה בחיסיון והיחסים שבין הלקוח לעורך-דינו מנוצלים במטרה לבצע עבירה או לסייע למבצעה (ראו: פרשת ברקו, בפסקה 34 לפסק הדין). בענייננו, כאשר במהלך ביצוע חיפוש כדין בביתו או משרדו של חשוד, מעלים החשוד או עורך-דינו טענות חיסיון ביחס לכמות רבה של מסמכים, מבלי לפרט את מקור החיסיון הנטען ואת ההצדקה להחלתו על המסמך הקונקרטי, עלול להתעורר חשד כי מדובר בניסיון לבצע שימוש לרעה בטענת החיסיון במטרה להקשות על רשויות החקירה ולעכב אותן במלאכתן. משכך, ובהתאם לכלל הנקוט בפסיקתנו לפיו "הטוען לחיסיון עליו הראיה" ([רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' עפרה גלעד, פ"ד מט\(2\) 516](#), 523 (1995); [ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מת\(3\) 749, 797 \(1994\)](#)), על הטוען לחיסיון מוטל הנטל להצביע על מקור החיסיון הנטען ועל עילה לכאורית המצביעה על כך שאכן חל חיסיון על אותו מסמך ספציפי. ודוק, אין בהכרח צורך בכל מקרה בהצגת "ראשית ראיה" לתחולתו של החיסיון הנטען, כעמדתה של המדינה, אם "ראשית הראיה" מחייבת את חשיפת המסמך כולו לצורך הכרעה בעניין. עם זאת, אין להעלות טענת חיסיון בעלמא, קרי מבלי להציג ראשיתו של טיעון שיצדיק הקדשת משאבים מצד רשויות החקירה ובית המשפט לבירור הטענה. הטיעון יכול וצריך להתייחס לזהות הגורמים שביניהם הוחלף המסמך, מועד היווצרותו, ופרטים נוספים שניתן לחשוף באשר לתוכנו מבלי לפגוע בחיסיון.

25. בעת הדיון לפנינו, מאחר שלא נותרו עוד מסמכים קונקרטיים הטעונים הכרעה, הודענו לצדדים כי לא נדון בשאלות שהפכו לתיאורטיות, אך דומה שניתן לצפות כי המדינה, בין בחקיקה ראשית ובין בהסדרת נהלים כאמור, תגבש כללים שיבטאו את המסגרת הנורמטיבית הראויה לאופן הטיפול בחומר שנטען לגביו חיסיון לאחר שהטוען הבהיר באופן לכאורי את הבסיס לטענת החיסיון. מובן כי נטל הוכחה לכאורית זו יהיה קל יותר ביחס למסמך שעל פניו הוא התכתבות ישירה בין הטוען לעורך-דינו, או התייעצות שהיא על פניה חסויה, והנטל יכבד ככל שאופי המסמך לגביו נטען החיסיון הוא שונה. כן מובן, כי אין בעצם העובדה שהעתק ממסמך כלשהו נשלח גם לעורך-הדין של החשוד, כשלעצמה, בכדי להרים נטל ראשוני זה, אלא יש להצביע על מאפיינים נוספים במסמך המצביעים על קשר ענייני בינו לבין טענת החיסיון הנטענת. מסקנה זו כמו ברורה מאליה, שאם לא כן ניתן יהיה לחסות כל מסמך באופן מלאכותי באמצעות משלוח העתק ממנו לעורך-דין. כן מתיישבת מסקנה זו עם הפסיקה שקבעה זה מכבר כי "משנפגש פלוני עם עורך-דינו בנוכחות אדם שלישי, ואותו אדם שלישי איננו איש סודו, אות הוא, שלא ביקש לשוות להתייעצות עם עורך-הדין אופי של שיחה סודית, ומטעם זה אין הראיה חסויה" (דברי השופט י' זוסמן (כתוארו דאז) [בע"א 44/61 אהרון רובינשטיין ושות' בע"מ נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ, פ"ד טו\(2\) 1599 \(1961\)](#)). במובן זה, קיים שוני בין תפיסתו של מסמך כלשהו בחזקתו של עורך-הדין לבין תפיסתו של אותו מסמך ממש אצל הלקוח: בעוד שהנחת המוצא ביחס למסמכים שנתפסו אצל עורך-הדין היא כי הללו הגיעו לחזקתו לצורך מתן ייעוץ ושירות מקצועי, לא קיימת הנחה דומה ביחס למסמכים שנתפסו אצל הלקוח. הנטל להוכיח אחרת – ולו באופן לכאורי – מוטל, כאמור, על שכמו של הטוען לחיסיון.

מקום שבו נחצתה משוכה זו והוצג יסוד ענייני לכאורי לביסוס טענת החיסיון, שוב אין רשויות החקירה והתביעה רשאיות לעיין בחומר מבלי שתתברר תחילה טענת החיסיון.

26. השאלות הנוגעות לאופן בירור טענת החיסיון, כאשר מדובר במסמך שלכאורה עשוי לחול עליו חיסיון, אינן פשוטות; המנגנון המקובל עד כה בשיטתנו הניח את ההכרעה בשאלת תחולתו של החיסיון לפתחו של בית המשפט. כך, כאמור, בתוצרי חיפוש שנערך במשרד עורך-דין עד כה, וכך בהליכי חיפוש של רשויות מס הכנסה. הרחבת החיפוש לתכתובת אלקטרונית שבה מתרכזים כיום רוב חילופי הדברים

והמסמכים הכרוכים בפעילויות שונות, עלולה לגרום לכך שהבאת התוצרים כולם בפני בית המשפט תיצור מצב בלתי אפשרי ליישום עקב כמויות החומר. לפיכך, ראוי לשקול אם אכן זהו האמצעי היחיד למיון החומר ולהכרעה בטענות חיסיון.

27. כך, למשל, בדין האמריקאי אומצו מספר אמצעים שיכול ויתנו מענה לקושי זה. אמצעים אלו פורסמו במדריך שכותרתו "חיפוש ותפיסה של מחשבים והשגת ראיות אלקטרוניות בחקירות פליליות" (Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations) ראו: www.cybercrime.gov/ssmanual/index.html. המדריך, אשר יצא לאור מטעם המחלקה לפשעי מחשב וקנין רוחני (Computer Crime and Intellectual Property Section) במשרד המשפטים (Department of Justice), מרכז את ההנחיות לתובעים הפועלים מטעם הממשל הפדראלי בתחומי עבירות המחשב והקניין הרוחני. על פי הנהלים המפורטים במדריך, כאשר נתפסים מחשב או קבצים אלקטרוניים אשר עלולים להכיל חומר חסוי, מועבר המידע לבחינתו של גורם שלישי בלתי מעורב על מנת שיבחן את החומר ויקבע את מעמדו. אותו גורם שלישי בוחן את הקבצים ומעביר את המידע שנמצא על ידו כבלתי מסווג לגורמי החקירה. המדריך מונה שלושה גורמים שונים אשר עשויים לשמש כ"גורם שלישי" למטרה זו: ראשית, בית המשפט בשבתו בדלתיים סגורות יכול לבחון את המידע ולהכריע בשאלת החיסיון. שנית, בית המשפט יכול למנות מומחה שיעשה כן. החלופה השלישית היא להקים צוות בדיקה ("taint team") שיורכב מסוכנים ותובעים שאינם מעורבים בחקירה על מנת שיבחן את הקבצים כאשר מטבע הדברים, נאסר על המשתתפים בצוות הבדיקה לחלוק מידע עם רשויות התביעה. בשל היקפו הנרחב של המידע שלעיתים מעורב בחקירות מסוג זה, במיוחד כאשר מדובר במידע ממוחשב, בדרך כלל נמנעים בתי המשפט מלבחון את המידע בעצמם ומעדיפים את שתי האלטרנטיבות האחרות: מינוי צוות בדיקה או שימוש במומחה. צוותי בדיקה ממונים על פי רוב במצבים בהם רשויות החקירה כבר מחזיקות בחומר, ולפיכך השימוש בצוות בדיקה בא להגן על חיסיונם של אותם מסמכים ולא לגרוע ממנו. שנית, בדרך כלל מדובר בנסיבות בהן לא התעוררו טענות ביחס לתפיסת המסמכים כשלעצמה. לבסוף, הנטייה היא למנות צוות מסוג זה במצבים בהם היקף החומר שבו מדובר כה רב עד כי אין לצפות ממומחה ממונה להתמודד עימו בכוחות עצמו. מכל מקום, השימוש בצוות בדיקה חייב לשמר את מראית פני הצדק ולהקפיד על הגינות כלפי החשוד.

28. בישראל, בהעדר גורם אחר שהוסמך על ידי המחוקק לדון בטענות מסוג זה עד היום, מקומן של טענות חיסיון להתברר בפני בית המשפט. יחד עם זאת, במקרים מתאימים, ניתן לנקוט בהליכים שיקלו על בית המשפט ועל הצדדים להליך ויוציאו מכלל מחלוקת חלק מהחומר שנאסף. כך, למשל, בנסיבות המקרה דנן נפגשו נציגי התביעה והסנגוריה ובהסתמך על רשימות שהכילו נתונים לגבי המסמכים השונים – זהות הצדדים ביניהם הוחלף המסמך, התאריך בו נשלח, כותרת הדואר האלקטרוני אליו צורף וכד' – התגבשה ביניהם הסכמה ביחס לרובו המוחלט של החומר. המסמכים הבודדים שמעמדם נותר שנוי במחלוקת הובאו לעיוננו והכרענו בשאלת החיסיון במעמד הצדדים. שיטת מיון זו, המבוססת על דיאלוג בין הצדדים, עשויה להקל במידה רבה את מלאכתו של בית המשפט ולזרז את בירור תחולתם של חסיונות כלשהם על המסמכים. אולם, היא מחייבת יצירת תשתית של אמון בין באי-כוח הצדדים, ואפשר שיכולים הם להסכים גם על נציג של הרשות החוקרת או התובעת שאינו מטפל בתיק החקירה עצמו – פתרון שעל פניו נראה מספק ומאוזן. כמו כן, בהסכמת הצדדים, יכול בית המשפט למנות מומחה שיעיין במסמכים ויכריע בשאלת קיומו או היעדרו של חיסיון. מכל מקום, ברי כי טענתה של המדינה – לפיה מיון ראשוני של המסמכים יכול להתבצע על ידי הגורמים המופקדים במישרין על החקירה – עלול לעורר קושי של חשיפת המסמכים החסויים.

היקף התפרשותם המהותית של חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט

29. הסוגיה האחרונה שלגביה נתבקשה רשות ערעור הינה גם הרחבה מכולן – עניינה באופיים של חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט וחיסיון עורך-דין-לקוח ובקביעת גבולותיהם. במסגרת בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעמה השיגה המדינה על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט הינו בעל אופי מוחלט ותחולתו רחבה. לגישתה של המדינה, מדובר בחיסיון יחסי ובתור שכזה גם במקרים בהם הוא חל מבחינה עקרונית, עדיין שומה על בית המשפט להידרש לשאלה האם הצורך לגלות את המסמך לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שלא לגלותו. כמו כן, גרסה המדינה כי לא ניתן לקיים את הדיון בחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט במנותק מהדיון בחיסיון עורך-דין-לקוח וזאת בשל הזיקה ההדוקה ביניהם והמאפיינים המשותפים לשניהם. באשר לחיסיון עורך-דין-לקוח טענה המדינה כי יש לפרש את החיסיון הקבוע [בסעיף 48 לפקודת הראיות](#) באופן מצמצם כך שיחול אך על ההתייעצות עם עורך-הדין ולא על תוצריה או על מסמכים שהיו קיימים לפני, וכן על תוכן ההתייעצות שבין הלקוח ועורך-דינו, אבל לא על העובדות שלגביהן נערכה

ההתייעצות או על עובדות חיצוניות לה. המדינה הוסיפה וטענה כי החיסיון חל אך במקרים בהם נמסר המידע לעורך-הדין מתוך כוונה שישמרהו בסוד, וכי ראוי לנקוט בפרשנות מרחיבה באשר לויתור מצד הלקוח על החיסיון (כך שגם ויתור שאינו מפורש וחד-משמעי מצדו של הלקוח יוביל לפקיעת החיסיון).

30. מנגד, טענה לשכת עורכי הדין כי המדינה מבססת את עמדתה על בחירה סלקטיבית מקרב ההלכות שנפסקו בנוגע לחסיונות האמורים ומנסה באמצעות זאת לקדם את ההלכה הקיימת צעד קדימה לעבר צמצום החיסיון. לשכת עורכי הדין הוסיפה וטענה כי השאלות אותן העלתה המדינה בבקשתה לרשות ערעור אינן מתעוררות כתוצאה מההכרה בתחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים שנתפסו בחיפוש בחזקתו של הלקוח, אלא מדובר בשאלות כלליות ותיאורטיות שאין מקום להכריע בהן במסגרתו של הליך זה.

31. המבקשת הצטרפה אל לשכת עורכי הדין בטענה כי אין צורך להידרש בגדרו של הליך זה לסוגיות הרחבות שהועלו בבקשתה של המדינה לרשות ערעור. המבקשת הוסיפה וטענה כי לגבי חלק מהנושאים שהוזכרו בבקשתה של המדינה קיימת הלכה ברורה שיצאה מלפני בית משפט זה, וכי ככל שקיים צורך ללבן חלק מהסוגיות הרי שראוי לעשות כן בבחינה פרטנית של נסיבותיו של כל מקרה ומקרה לאור הדין והפסיקה ולא באופן כוללני וגורף.

32. עוד בעת שנשמעו טענות הצדדים בפנינו, הבענו עמדה לפיה בנסיבות ההליך דנן איננו רואים להידרש לשאלות שהעלתה המדינה בבקשתה למתן רשות ערעור, ומטעם זה אף לא מוצה הדיון בפנינו בכל הסוגיות שהעלתה המדינה. שאלות אלו נכבדות וחשובות הן, אולם בצדק טענו המבקשת ולשכת עורכי הדין כי אין הן ראויות להתברר בנסיבותיה הקונקרטיות של פרשה זו. בענייננו, בית המשפט קמא כלל לא נדרש למרבית הסוגיות שהוזכרו לעיל ומשכך ממילא אין מקום ליתן רשות ערעור על סוגיות בהן לא הכריע. כמו כן, בנסיבות המקרה דנן, כזכור, הפכו השאלות להיות תיאורטיות בהעדר מסמכים ששאלת השיפתם טעונה הכרעה. במצב דברים זה, הרי שהדיון בשאלות אלו יישא אופי תיאורטי ואקדמי, שאינו מדרכו של בית משפט זה. בהתאם להלכה שהשתרשה בפסיקתנו, בית המשפט לא יידרש לשאלות משפטיות שהפכו להיות תיאורטיות אף אם מדובר בשאלות חשובות ועקרוניות. לכלל זה, קיים אמנם סייג החל על מקרים חריגים שבהם מבחינה מעשית אין בית המשפט יכול לפסוק

הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסוים (ראו, למשל: [בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג \(5\) 241, 250 \(1990\)](#); [בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט \(3\) 141, 146 \(1985\)](#)). אולם, המקרה שלפנינו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים. במקרה דנן, אין כל סיבה להניח כי תקום מניעה מלדון בשאלות שהוזכרו לעיל במקרים המתאימים שבוודאי יתעוררו בעתיד. יתר על כן, גם לשיטתה של המדינה עצמה, חלק מהשאלות כבר התעוררו ונדונו בפני בית משפט זה וכל שמבקשת היא מאיתנו הוא לשוב ולאשש את ההלכה שנפסקה. בנסיבות אלה, איננו רואים הצדקה לקיים במסגרת הליך זה בירור של השאלות הרחבות והמורכבות שהועלו על ידי המדינה בבקשתה למתן רשות ערעור, ואשר כבר נדונו והוכרעו על ידי בית משפט או שניתן להניח כי יתבררו בעתיד במקרים מתאימים יותר.

33. אוסיף רק זאת – מבלי לקבוע אמות מידה או קו מפריד בין המסמכים החוסים בצל החיסיון המוחלט עקב היותם במובהק דברים שהוחלפו בין עורך הדין ללקוחו במסגרת השירות המקצועי שניתן לו, למסמכים אחרים שעורך הדין מכותב להם – נראה כי יש מקום להבחין בין סוגי המסמכים ולא ניתן להטיל באופן מלאכותי חיסיון על מסמכים באמצעות מיעון עורך הדין על תכתובות. מבלי להכריע בשאלה באלו נסיבות יחולו חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט, יש בסיס לטענה כי הרחבת החיסיון והחלתו על מסמכים שבאופן גיאוגרפי אינם בחזקת עורך הדין, מצדיקה הבחנה קפדנית יותר בין סוגי המסמכים שהחיסיון עליהם הוא מוחלט, לבין מסמכים אחרים. אמות המידה יקבעו ממקרה למקרה אם וככל שהמדינה לא תשכיל להציע סיווג הולם בכללים שתקבע.

34. אשר על כן, ובהתאם לאמור בהחלטתנו מיום 18.01.2010, הערעור מתקבל חלקית במובן זה שקביעתו של בית המשפט קמא כי חיסיון עורך-דין-לקוח אינו חולש מבחינה עקרונית על מסמכים הנמצאים ברשותו של הלקוח – בטלה. באשר ליתר הסוגיות שנדונו בפסק הדין של בית המשפט קמא, לא ראינו ליתן רשות ערעור וזאת בכפיפות להערותינו בעקבות הדיון שקיימנו, והכל כמפורט בפסק הדין.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ו בטבת התשע"א (02.01.2011).

א' חיות 8873/07-54678313

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 07088730_N17.doc דד
מרכז מידע, טל' 02-6593333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

אסמכתא 6

ב"ש (מחוזי ת"א) 91757/07 מדינת
ישראל נ' כגנסקי, תק-מח 08(1) 3552
(2008)

עמ' 71

בתי המשפט

בש 091757/07		בית משפט מחוזי תל אביב-יפו	
תאריך: 27/01/2008		כב' השופטת שרה דותן	בפני:

בעניין: מדינת ישראל

מבקשת

- נ ג ד -

משיבה

1. נדיה כגנסקי

ידידי בימ"ש

2. לשכת עורכי הדין בישראל

3. הסניגוריה הציבורית

חקיקה שאזכרה:

[פקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\) \[נוסח חדש\], תשכ"ט-1969: סע' 38א](#)[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 47, 48](#)[חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961](#)החלטה

ערר לפי [סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\)](#) [נוסח חדש] תשכ"ט – 1969, שהוגש על החלטת בית משפט השלום בתל-אביב-יפו (כב' השופט ד' בארי), [בב"ש 4904/06](#), מיום 12.04.07, בה נקבע כי שני מסמכים, אשר נתפסו על פי צו חיפוש כדין בבית המשיבה, הינם חסויים בהיותם מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי.

הרקע העובדתי:

בחיפוש שנערך בביתה של המשיבה, בתאריך 09.10.06, נתפסו, בין היתר, שני המסמכים נשוא הדין שבפני.

על פי הנטען על ידי המשיבה, מסמכים אלה כוללים דברים שהוחלפו בינה לעורך דינה במסגרת התייעצות מקצועית, ועל כן הם מוגנים בחיסיון לקוח עורך דין. עוד נטען כי המסמכים הוכנו לקראת הליך משפטי, ועל כן הם "נהנים" מחיסיון יציר הפסיקה המגן על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי.

עם הגשת הבקשה לבית המשפט קמא הופקדו המסמכים בכספת בית המשפט. העוררת טענה כי החיסיון [שבסעיף 48 לפקודת הראיות](#) אינו חל על מסמכים אשר נתפסו בחזקת הלקוח, בניגוד למסמכים שהוחזקו במשרדו של עורך הדין.

עוד נטען על ידי המדינה, שגם בהנחה שהמסמכים הוכנו לקראת הליך משפטי, החיסיון החל עליהם הוא חיסיון יחסי, ועל כן במקרה זה, לאור מהות וחשיבות הענין, יש להעדיף את האינטרס הציבורי ולהסיר את החיסיון.

הסנגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין הצטרפו להליך כ"ידידי בית המשפט" ותמכו בעמדת המשיבה.

כב' השופט בארי בחן את טענות הצדדים, ולאחר שעיין במסמכים נשוא המחלוקת, קבע כי המסמכים הוכנו לקראת הליך משפטי וכי הם כוללים באופן בלעדי תוצרי יעוץ מקצועי והכנה לקראת משפט, ומטעם זה חל עליהם החיסיון שבין לקוח לעורך דין.

כב' השופט דחה את גישת המדינה לפיה החיסיון [שבסעיף 48 לפקודת הראיות](#) חל רק על מסמכים המוחזקים במשרדו של עורך הדין, מאחר שסבר כי לנוכח טיבם של מסמכים אלה, הם נהנים מהחיסיון. אולם, גם בהנחה שהחיסיון [שבסעיף 48](#) חל רק על מסמכים המוחזקים על ידי עורך הדין, הבהיר כב' השופט קמא כי המסמכים נהנים גם מהחיסיון של "מסמכים משפטיים" שהינו חיסיון יחסי.

לאחר שבחן את מכלול הנסיבות, הגיע כב' השופט למסקנה כי לנוכח טיבם של המסמכים, גובר האינטרס המגן על הליך פלילי הוגן, שבמסגרתו יש לאפשר לחשוד להתכונן כראוי להליך הצפוי.

המדינה לא השלימה עם תוצאה זו, ומכאן הערר שבפני.

בטיעוניה, בערר, חוזרת המדינה על עמדתה לפיה החיסיון על פי [סעיף 48 לפקודת הראיות](#) מוגבל למסמכים המוחזקים על ידי עורך הדין, ומשעה שיצאו מחזקתו, אין כל מניעה לתפסם ולעיין בהם.

העוררת תומכת יתדותיה בפסק הדין בעניינו של גלעד שרון, [רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' גלעד שרון, פ"ד נח \(1\) 748](#) וכן בהחלטת כב' השופטת י' אמסטרדם [בב"ש 93341/06 מדינת ישראל נ' היינץ ישראל בע"מ ואח'](#). מנגד, טוענים המשיבה וידידי בית המשפט כי יש לדחות הערר מנימוקיו של בית המשפט קמא.

דיון:

לצורך ההכרעה בערר עיינתי, אף אני, במסמכים נשוא המחלוקת ותמימת דעים אני עם כב' השופט בארי, שאכן מדובר במסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי והם כוללים, באופן בלעדי, תוצר של יעוץ משפטי ומהווים הכנה לקראת משפט.

הזכות לחיסיון של "מסמכים משפטיים" הינה תוצר הפסיקה ומקורו של החיסיון הוא במשפט המקובל, באשר למקורו של החיסיון המוענק למסמכים אלה נחלקו הדעות. יש הגורסים כי מדובר בהרחבת המושג "מסמכים" [שבסעיף 48 לפקודת הראיות](#), באופן שמשמכים כאלה יחשבו כמסמכים "שהוחלפו" בין לקוח לעורך דין במסגרת ההתקשרות המקצועית, הגם שבפועל יצאו מחזקתו של עורך הדין.

גישה זו נסמכת, בין היתר, על [ע"א 632/77 מוסקונה נ' מאור, פ"ד לב \(2\) 321, 325-326](#) וכן על [רע"א 4999/95 ALBERICI INTERNATIONAL שותפות זרה הרשומה בישראל ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נ \(1\) 39](#).

מנגד, יש הטוענים כי החיסיון של מסמכים שהוכנו לצורך הליך משפטי הינו מכוחה של זכות עצמאית ונפרדת, מזו הקבועה [בפקודת הראיות](#). סבורה אני כי בין אם נאמץ את הגישה הראשונה או השניה, אין חולק כי מסמך שהוכן לצורך הליך משפטי נהנה מחיסיון והמסמכים נשוא ערר זה נהנים מחיסיון זה.

באשר לשאלה האם [סעיף 48 לפקודת הראיות](#) חל גם על מסמכים המוחזקים בחזקת הלקוח, בהליך שבפני אין אני נזקקת להכריע במחלוקת זו ויש להותיר סוגיה זו לעת מצוא.

עם זאת אציין, כי דעתי נוטה לגישת המשיבים, בעיקר לנוכח האמור בע"א [327/68](#) שמחה בונים זינגר ואח' נ' ג'ון אדרד בינון, ואח', פ"ד כב (2) 602, 604 :
"יצויין שהקושי אינו במסמך שהלקוח עצמו הכין ומסר לעורך-דין או שזה הכין ומסר ללקוח; חסיונם של אלה ברור למדי" (ההדגשה שלי – ש.ד.).

הטעם לקביעה זו, כפי שמציין כב' השופט ויתקון, הוא:
"ענינים אלה קשים בשל העובדה, כי שני עקרונות חשובים מתחרים ונאבקים זה עם זה בסוגיה זו. מחד גיסא, חשוב שמראשית המשפט יגלה כל צד את מלוא החומר שבידו, שלא יהא יריבו מופתע, יוכל להתכונן כהלכה, ולא יוסתר ממנו דבר העשוי להוציא לאור את זכותו. ומאידך גיסא, חשוב לא פחות הוא לשמור על סודיות הקשר בין עורך-דין ולקוחו, על-מנת להבטיח לאחרון שיקבל ייעוץ והגנה על זכויותיו ולא יחשוש, שדברים, שעברו בין השניים, יתגלו לצד שכנגד ויהיו לו לרועץ".

וכן בהסתמך על החלטת כב' השופטת ארבל ברע"א [3694/06](#) פרחיה חביב נ' הלה הנדסה ואדריכלות בע"מ (לא פורסם). באותו ענין נדונה שאלת החיסיון של מסמך שהוכן על ידי עורך הדין והוחזק על ידי לקוחתו בעת שנחקרה בחקירה נגדית על ידי ב"כ הצד שכנגד, ונקבע על ידי בית המשפט:

"בעניין זה, כאמור, ניתנה החלטה על-ידי בית משפט השלום כי המסמך שהיה בידי המבקשת בזמן עדותה הינו מסמך החוסה תחת חיסיון עורך דיין-לקוח. יוזכר, כי חיסיון זה מעוגן בסעיף 48 לפקודת הראיות, אשר קובע את זכותו של לקוח לחיסיון ההתקשרות שלו עם עורך דינו. הסדר משלים מצוי בסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 האוסר על עורך הדין לגלות את פרטי ההתקשרות עם לקוחו. יצוין עוד כי החיסיון האמור שייך ללקוח, דהיינו רק הוא זכאי לוותר עליה (ראו בג"צ 744/97 גוזלן נ' השופט אהרון אמינוף, פ"ד נא(1), 355 (1997)). מקובל לראות בזכות החיסיון של לקוח כלפי עורך דינו זכות מוחלטת, ולפיכך אין לבית המשפט שיקול דעת האם להסיר חיסיון זה (ראו יעקב קדמי על הראיות חלק שני 931 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003). חשיבותו של חיסיון עורך דיין-לקוח נובעת ממטרתו, שהינה להבטיח שהלקוח יוכל לקבל ייעוץ והגנה על זכויותיו מבלי לחשוש שדברים

אשר נאמרו או עברו בין השניים יתגלו לצד שכנגד ויהיו לו לרועץ (ראו ע"א [327/68 זינגר נ' ביינון, פ"ד כב \(2\) 602 \(1968\)](#))).

אולם, גם בהנחה שהחיסיון המוענק לדברים שהוחלפו בין עורך דין ללקוח, כקבוע [בסעיף 48 לפקודת הראיות](#), אינו חל על מסמכים שיצאו מחזקת עורך הדין ומוחזקים על ידי הלקוח, המסמכים נשוא הדיון שבפני חוסים תחת כנפי החיסיון המוענק למסמכים שהוכנו לצורך הליך משפטי, כפי שנקבע בענין [זינגר נ' ביינון](#) וכן ראו לענין זה דברי כב' השופטת שטרסברג כהן ברע"א [4999/95](#) הנ"ל (עמ' 46):

"באת-כוח המדינה טענה לחיסיון מכוח סעיף 48 [לפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], תשל"א-1971. עניינו של סעיף זה הוא בחיסיון של דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך-דין ללקוח, מפני מסירתם כראיה. סעיף זה פורש בפסיקה, על-פי המשפט המקובל האנגלי, בהרחבה והוחל גם על מסמכים שהוכנו לצורך ולקראת הליך משפטי קיים או צפוי, כאשר מטרת הכנתם היא ההליך המשפטי המתנהל או הצפוי (ראה ע"א [407/73](#) גואנשיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' [7], בעמ' 171);".

באשר לאסמכתאות אליהן מפנה העוררת (ענין גלעד שרון ורמדיה), סבורה אני כי אין ללמוד מהן גזירה שווה לענייננו, לנוכח ההבדל המהותי בנסיבות ובמצאים. בענין גלעד שרון נדונה שאלת החיסיון מהפללה עצמית מול צו חיפוש ויישומו של [סעיף 47 לפקודת הראיות](#), ואילו בענין רמדיה הבחין בית המשפט בין מסמכים שנכתבו על ידי עורכי דין שלא במסגרת ייעוץ לבין מסמכים שהוכנו לקראת משפט בקובעו (בעמ' 26 להחלטה) כי:

"אין מנוס מהמסקנה, שהמסמכים שנתפסו במשרדו של מילר על שולחנו, וכן תכתובת הדואר האלקטרוני במחשבו אינם חסויים למעט מסמכים שהוכנו לצרכי הליך משפטי צפוי" (ההדגשה שלי – ש.ד.).

בענייננו אין חולק כי המסמכים הוכנו לצורך הליך משפטי צפוי.

מקובלת עלי גישת בית המשפט קמא כי גובר בענייננו האינטרס של הגנה על תקינות ההליך הפלילי, הכולל גם את זכות ההיוועצות בעורך דין, ללא חשש שדברים שהוחלפו בין עורך הדין ללקוחו יגיעו לידי הצד שכנגד.

לאור האמור לעיל, החלטתי לדחות את הערר. המסמכים יוחזקו בכספת בית המשפט 14 יום נוספים, על מנת לאפשר לעוררת לשקול המשך צעדיה.

ניתנה היום כ' בשבט, תשס"ח (27 בינואר 2008) במעמד

שרה דותן 54678313-91757/07

שרה דותן, שופטת

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן

אסמכתא 7

**In re Grand Jury Proceedings
(Corporation), 87 F.3d 377 (9th
Circ. 1996)**

עמ' 78

87 F.3d 377 (1996)

In re GRAND JURY PROCEEDINGS.
Appeal of the CORPORATION.

No. 96-55344.

United States Court of Appeals, Ninth Circuit.

Argued and Submitted June 4, 1996.

Decided June 27, 1996.

378 *378 Jason D. Kogan and Gary S. Lincenberg, Bird, Marella, Boxer, Wolpert & Matz, Los Angeles, California, for petitioner-appellant.

379 George B. Newhouse, Jr. and Clare S. Phillips, Assistant United States Attorneys, *379 Los Angeles, California, for respondent-appellee.

Before: BRUNETTI and RYMER, Circuit Judges, TANNER,^[*] Senior District Judge.

RYMER, Circuit Judge:

We must decide whether communications between an attorney and client can be "in furtherance of" criminal activity, as they must be to fall within the crime-fraud exception to the attorney-client privilege, even if the attorney is unaware of the crimes and takes no affirmative step that actually furthers them.

Corporation appeals the district court's order requiring its two former corporate counsel, Mary Roe and John Doe, to appear before a federal grand jury to answer questions about confidential communications they had with corporate personnel regarding the employment status and form of compensation of an employee of Corporation.^[1] The district court found that the communications were in furtherance of and related to the targets' ongoing immigration and tax crimes and were therefore within the crime-fraud exception to the attorney-client privilege.

We hold that otherwise privileged communications can be "in furtherance of" criminal activity, and therefore within the crime-fraud exception, even though the attorney is unaware of the crime and takes no affirmative step that actually furthers it. As we agree with the district court that the government made a *prima facie* showing that the crime-fraud exception applies here, and as we have jurisdiction under 28 U.S.C. § 1291 of an order compelling an attorney to testify before a grand jury about matters claimed to be privileged, *In re Grand Jury Subpoena*, 92-1(SJ), 31 F.3d 826, 829 (9th Cir.1994), we affirm.

I

Corporation, its president ("Mrs. C"), and two employees ("Mr. and Mrs. T"), are the targets of a federal grand jury investigation into immigration and tax crimes. According to the government, Mr. and Mrs. T are under investigation for federal tax evasion and Corporation and Mrs. C are under investigation for conspiracy to commit tax evasion and to impair and impede the lawful functioning of the Immigration and Naturalization Service by willfully employing Mrs. T in the United States when they knew that she lacked the necessary visas or work permits.

In connection with this investigation, the government served grand jury subpoenas on Roe and Doe. Corporation moved to quash the subpoenas, invoking the attorney-client privilege and the attorney work-product doctrine. The government opposed the motion to quash and filed its own motion to compel, arguing that the testimony sought from the lawyers fell within the crime-fraud exception. In support, the government submitted material which the district court reviewed *in camera*.

380 The district court denied Corporation's motion to quash and granted the government's motion to compel in large part. Assuming that the communications were privileged,^[2] the court found that "[t]he government has established a prima facie case that the legal advice of [Doe] and [Roe] *380 was sought in furtherance of, and was sufficiently related to, ongoing immigration and tax crimes. Accordingly, the crime-fraud exception to attorney-client privilege applies." The court also concluded that the crime-fraud exception applied to the *fact* work product of Roe and Doe but not to their *opinion* work product because the government had not made a *prima facie* showing that Roe or Doe knew that Mrs. T was working for and receiving paychecks from Corporation during the time they assisted it in obtaining her work authorization.^[3] For these reasons, the court ordered testimony by Roe and Doe having to do with (1) identification of documents they prepared or furnished to the INS in connection with obtaining work authorization for Mrs. T while she was employed by Corporation and conversations with United States government personnel about Mrs. T's immigration status; (2) communications among or between Roe or Doe, Mrs. C, Mrs. T, and other personnel of Corporation regarding Mrs. T's immigration status and attempts to obtain INS work authorization for her; and (3) communications among the same persons regarding how Corporation compensated Mrs. T during the time she was not authorized to work in the United States. Corporation timely appeals.

II

Whether we review a district court's conclusion that the government has made a *prima facie* showing that communications were made in furtherance of a crime *de novo* or for an abuse of discretion appears to be an open question in this circuit. *United States v. Laurins*, 857 F.2d 529, 541 (9th Cir.1988), cert. denied, 492 U.S. 906, 109 S.Ct. 3215, 106 L.Ed.2d 565 (1989). We need not resolve it, however, because under either standard, we conclude that the government has met its burden.

III

The parties do not dispute the applicable rule: To invoke the crime-fraud exception successfully, the government "has the burden of making a prima facie showing that the communications were in furtherance of an intended or present illegality ... and that there is some relationship between the communications and the illegality." *Laurins*, 857 F.2d at 540 (citations omitted).^[4]

381 Corporation, however, contends that the government did not show that the communications were made "in furtherance of" the Corporation's ongoing or intended immigration or tax crimes for a number of reasons: It can't be that there is no attorney-client privilege whenever an attorney assists a client in legalizing an employee's employment status if at the time the appropriate application is submitted to the INS the employee is allegedly illegally employed; the government didn't show that there was any communication which was in itself in furtherance of any crime (that is, there is no showing that either lawyer made any false representation to the INS in connection with the submission of Mrs. T's application); Roe and Doe were not aware of Mrs. T's employment arrangement and did not take an affirmative step that in fact facilitated commission of the crimes; and as neither knew about her status, *381 the government failed to show that any communication was in furtherance of a tax or immigration offense. Corporation also suggests that the district court substituted "relevance" for "in furtherance," thereby incorrectly concluding that testimony by Roe and Doe should be compelled just because it is relevant to, instead of because it was "in furtherance of," criminal activity.

Because all of Corporation's points have to do with the *attorney's* knowledge, state of mind or actions, we disagree that the district court erred since it focused, quite properly, on the *client*.

A

The protection afforded by the attorney-client privilege does not extend to any communication "in furtherance of intended, or present, continuing illegality." *United States v. Hodge & Zweig*, 548 F.2d 1347, 1354 (9th Cir.1977) (citations omitted). While there is a societal interest in enabling clients to obtain complete and accurate legal advice, which we serve by sheltering confidential communications between client and attorney from public consumption, there is no such interest when the client consults the attorney to further the commission of a crime or fraud. *In re Grand Jury Proceedings (John Doe)*, 867 F.2d 539, 541 (9th Cir.1989). Thus the crime-fraud exception insures that the confidentiality enveloping the attorney-client relationship does not encompass communications "made for the purpose of getting advice for the commission of a fraud or crime," *United States v. Zolin*, 491 U.S. 554, 563, 109 S.Ct. 2619, 2627, 105 L.Ed.2d 469 (1989) (internal quotation and citation omitted), but the exception does not sweep so broadly that it discourages clients from "mak[ing] full disclosure to their attorneys of *past* wrongdoings, in order that the client may obtain the aid of persons having knowledge of the law and skilled in its practice." *Id.* at 562, 109 S.Ct. at 2626 (internal quotations and citations omitted) (emphasis added).

To trigger the crime-fraud exception, the government must establish that "the client was engaged in or planning a criminal or fraudulent scheme when it sought the advice of counsel to further the scheme." In re Sealed Case, 754 F.2d at 399 (citations omitted). The government is not obliged to come forward with proof sufficient to establish the essential elements of a crime or fraud beyond a reasonable doubt, United States v. Friedman, 445 F.2d 1076, 1086 (9th Cir.), cert. denied, 404 U.S. 958, 92 S.Ct. 326, 30 L.Ed.2d 275 (1971), since the crime-fraud exception does not require a completed crime or fraud but only that the client have consulted the attorney in an effort to complete one. In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum (Marc Rich & Co. A.G.), 731 F.2d 1032, 1039 (2d Cir.1984). On the other hand, it isn't enough for the government merely to allege that it has a sneaking suspicion the client was engaging in or intending to engage in a crime or fraud when it consulted the attorney. A threshold that low could discourage many would-be clients from consulting an attorney about entirely legitimate legal dilemmas. Rather, the district court must find "reasonable cause to believe" that the attorney's services were "utilized ... in furtherance of the ongoing unlawful scheme." In re Grand Jury Proceedings, 867 F.2d at 541.

382 As we have previously said, for the crime-fraud exception to apply, "the attorney need not himself be aware of the illegality involved; it is enough that the communication furthered, or was intended by the client to further, that illegality." Friedman, 445 F.2d at 1086; see also Hodge & Zweig, 548 F.2d at 1354 ("The crime or fraud exception applies even where the attorney is completely unaware that his advice is sought in furtherance of such an improper purpose."). Inasmuch as today's attorney-client privilege exists for the benefit of the client, not the attorney,^[5] it is the client's knowledge and intentions that are of paramount concern to the application of the crime-fraud exception; *382 the attorney need know nothing about the client's ongoing or planned illicit activity for the exception to apply. It is therefore irrelevant, for purposes of determining whether the communications here were made "in furtherance of" Corporation's criminal activity, that Roe and Doe may have been in the dark about the details of that activity.

Corporation's argument that communications with Roe and Doe could not have been "in furtherance of" criminal activity because neither attorney took an affirmative step that actually furthered the crimes^[6] fares no better. The crime-fraud exception does not require that the attorney have participated, even unwittingly, in the client's criminal activity. A communication between client and attorney can be "in furtherance of" the client's criminal conduct even if the attorney does nothing after the communication to assist the client's commission of a crime, and even though the communication turns out not to help (and perhaps even to hinder) the client's completion of a crime. Moreover, inasmuch as the government need not establish, for purposes of the crime-fraud exception, that the crimes succeeded, see In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum (Marc Rich & Co. A.G.), 731 F.2d at 1039 ("[i]f a fraudulent plan were ineffective, the client's communications would not thereby be protected from disclosure"), the government is not required to prove that the communications with Roe or Doe in fact helped the targets commit the crimes.

Finally, Corporation relies on the Second Circuit's decision in In re Richard Roe, Inc., 68 F.3d 38 (2d Cir.1995), which held that communications do not come within the crime-fraud exception merely because they are relevant to the client's alleged criminal or fraudulent activity, *id.* at 40, to argue that the district court incorrectly applied a "relevance" test. We don't read the court's order this way, however. Based on its in camera review of the government's evidence, the court first found reasonable cause to believe that communications between counsel and the targets were in furtherance of and closely related to the alleged immigration crimes; then it found reason to believe that any privileged communications dealing with Mrs. T's immigration status are relevant to whether she was an employee of Corporation, and thus are also relevant to the allegations of tax evasion based on her receipt of funds from Corporation; and then it concluded that the government established a prima facie case that the legal advice of Roe and Doe was sought in furtherance of and was sufficiently related to ongoing immigration and tax crimes. By this analysis the court simply tied communications about Mrs. T's employment status to both immigration problems and tax problems; it did not substitute "relevance" for "in furtherance" but explicitly acknowledged, and applied, our requirement that the crime-fraud exception applies only to communications "in furtherance of intended, or present, continuing illegality." Hodge & Zweig, 548 F.2d at 1355.

B

We have examined the in camera submission, and we agree with the district court that the government has made a prima facie case for application of the crime-fraud exception to the matters the court ordered disclosed. The evidence shows that the corporate targets consulted counsel about Mrs. T's employment status shortly after another employee told Mrs. C of the likely illegality of the existing situation. Corporation did not stop its alleged criminal conduct with regard to Mrs. T, but continued to employ her illegally. When Corporation, through Roe, corresponded with the INS in September and October of 1991 about its petition to legalize Mrs. T's employment, it did not disclose that Mrs. T already had been working in Corporation's U.S. office illegally for more than a year.

383 We further agree that since the in camera evidence gives rise to reasonable cause to believe that communications between counsel and the targets were in furtherance of and *383 sufficiently related to the crimes under investigation, ordering the appearance of Roe and Doe before the grand jury and their testimony on the areas within the scope of the court's order was proper, whether or not the attorneys knew they were being so used or were in fact so used.

AFFIRMED.

[*] Hon. Jack E. Tanner, Senior United States District Judge for the Western District of Washington, sitting by designation.

[1] All documents and briefs in this matter have been filed under seal to protect the secrecy of the ongoing grand jury proceedings. The true names of the appellant corporation, its two former in-house attorneys, and its other relevant personnel are not revealed in this opinion. See In re Grand Jury Subpoena 92-1(SJ), 31 F.3d 826, 826 n. 1 (9th Cir.1994).

[2] As the government argues, assuming that all the communications within its request were privileged was generous, as what the attorneys communicated to the INS or observed about Mrs. T may not in fact be protected. But it makes no difference in this case which issue the district court reached first, as the district court no doubt figured when it decided to assume that the privilege applies and to cut to the chase directly. Going first to the crime-fraud exception may not always be the most prudent course, however, as to do so runs the risk of expositing (and thereby expanding) that exception unnecessarily.

[3] This part of the court's order, pertaining to opinion work product, which it said "is comprised of the attorney's mental impressions, opinions, judgments, and legal theories," is not before us on this appeal.

[4] In re Sealed Case, 754 F.2d 395 (D.C.Cir.1985), from which we derived the rule in *Laurins*, set out a two-step inquiry: the party who seeks to invade the privilege "must first make a prima facie showing of a violation sufficiently serious to defeat the privilege, and second, establish some relationship between the communication at issue and the prima facie violation." *Id.* at 399 (footnote omitted). Other circuits have articulated a similar two-part test. In In re Grand Jury Investigation (Schroeder), 842 F.2d 1223 (11th Cir. 1987), for example, the Eleventh Circuit held that "[f]irst, there must be a prima facie showing that the client was engaged in criminal or fraudulent conduct when he sought the advice of counsel, that he was planning such conduct when he sought the advice of counsel, or that he committed a crime or fraud subsequent to receiving the benefit of counsel's advice. Second, there must be a showing that the attorney's assistance was obtained in furtherance of the criminal or fraudulent activity or was closely related to it." *Id.* at 1226. See also In re Int'l Systems and Controls Corp. Sec. Litig., 693 F.2d 1235, 1242 (5th Cir.1982); In re Murphy, 560 F.2d 326, 338 (8th Cir.1977).

[5] The original justification for the privilege was to preserve the "honor" of the attorney as a professional gentleman. See 8 J. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, § 2290 at 543 (McNaughton rev. ed.1961). Later, to survive the onslaught that befell the other privileges founded on that rationale, the privilege reinvented itself as existing for the benefit of the client. *Id.*

[6] Although we assume for purposes of our analysis that neither Roe nor Doe committed an affirmative act, it is not entirely clear that this is so, given that Roe *affirmatively* sent letters to the INS that didn't disclose the full extent of what the Corporation knew about the existing illegal employment of Mrs. T.

Save trees - read court opinions online on Google Scholar.

אסמכתא 8

**החלטת ועדת אתיקה את-2010-325
Sun Pharmaceutical**

עמ' 83



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION

ת"א, כ"ב באייר התשע"א
26/05/2011
MG2666994
מספר תיק: אתיקה/ 325/2010

אישי

לכבוד
עו"ד דרור ויגדור
עזריאלי 1 - משרד יגאל ארנון ושות'
תל אביב-יפו 67021

שלום רב,

הנדון: פנייתך בדבר חסיון עו"ד-לקוח

הננו להודיעך כי ועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי הדין דנה בפניה שבנדון. להלן החלטת הוועדה:

1. חיסיון עו"ד-לקוח הוא חיסיון מוחלט, תכליתו להגן על הלקוח ומכאן, ללקוח הזכות לוותר עליו. במקרה דנן, הלקוח הוא חברה, לה ישות משפטית נפרדת מאורגניה. שינוי שליטה בחברה אינו שולל את כוחה וזכותה של החברה לוותר על החיסיון – גם בכל הנוגע לתקופה שלפני העברת השליטה. מכאן שדרישת החברה לקבל לידיה את המסמכים מהתקופה שבה יוצגה על-ידי משרד עורכי הדין – בדין יסודה.
2. טענה בדבר ייצוג משותף, של החברה ושל בעלי השליטה והדירקטורים, אינה יכולה למנוע את מתן המסמכים. ההלכה בעניין זה ברורה – בייצוג משותף אין חיסיון בין המיוצגים השונים לבין עצמם.
3. אין בכך כדי לשלול את קיומה של אפשרות, שנושא משרה, בעל שליטה או אף ממלא תפקיד בכיר אחר יצר יחסי אמון עם עורך הדין, כך שנוצר חיסיון אישי שלו. יובהר, כי במקרה זה לא הוצגו לנו נתונים בעניין זה, ואין בדברים כדי לקבוע עמדה במקרה הנדון.
4. לנוכח האמור אין, לכאורה, יסוד לסירוב המשרד למסור לחברה את המסמכים. אולם, מאחר שלא נכון להתעלם מהטענה כי המיוצגים האחרים – מי שהיו בעלי השליטה והדירקטורים – עלולים להיפגע מכך, יש ליצור איזון בין האינטרסים של כל הלקוחות המיוצגים, ומאידך גיסא – לפעול על-פי המתחייב מדרישתה של החברה.
5. לפיכך, עמדת הוועדה הינה כדלקמן:
 - א. ביחס למסמכים שלדעת עורך הדין אינם קשורים בייצוג אישי מלבד החברה – חובתו של עורך הדין למסור אותם ללא דיחוי.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION

ג. ביחס למסמכים שלדעת עורך הדין נוצרו על ידו במסגרת ייצוג משותף עם צד שלישי – על עורך הדין להודיע לאותו צד שלישי שהוא עומד למסור אותם בתוך פרק זמן לא ממושך שיאפשר לאותו צד שלישי לנקוט צעדים בעניין אם ירצה. אין בעמדה זו כדי לקבוע עמדה כלשהי ביחס לכוחו של צד שלישי למנוע מסירת מסמכים.

בברכה
רוני נוף-מלך
רוני נוף-מלך, עו"ד
ממונה על ועדת אתיקה ארצית

העתק:
עו"ד יובל ששון, משרד מיתר ליקוורניק & לשם ברנדווין, דרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 52506

אסמכתא 9

בקשה בחדליית 20-09-43652 בעניין
עו"ד אופיר נאור נאמן א.ד.י.בי חברה
לפתוח בע"מ (בפירוק)

עמ' 86

חדל"ת 20-09-43652
בפני כב' השופט חגי ברנר

החוק

בעניין: חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018

החברה

ובעניין: אידיבי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק)

הנאמן

ובעניין: עו"ד אופיר נאור
 נאמן אי די בי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק)
 ממשד נאור-גרשט, עורכי דין
 ע"י ב"כ עוה"ד רנן גרשט ו/או טלי שלו ו/או שירן גורפיין ו/או מתן רינג
 מרח' מיטב 6 (כניסה A) תל אביב 678906
 טל': 03-5447404 ; פקס: 03-5447405

הדח"צים

ובעניין: מר גיורא ענבר
 מרחוב הרב ניסים 9, תל אביב
 טל': 054-3392392 דוא"ל: giorainbar1@gmail.com

ובעניין: גב' אלינה רונן פרנקל
 מרחוב בן צבי שמעון 14, גבעתיים
 טל': 03-5733456, דוא"ל: elina@ronencpa.co.il

משרד מטרי

ובעניין: מטרי מאירי ושות' עורכי דין
 ע"י ב"כ עוה"ד אייל גבע ואח'
 רחוב אריאל שרון 4, גבעתיים
 טל': 03-6109000, פקס: 03-6109009

הממונה

ובעניין: הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי
 ע"י ב"כ עוה"ד הדר נאות
 מרח' השלושה 2, תל אביב

בקשה למתן הוראותבעניין החקירות המנוהלות על ידי הנאמן

מן הטעמים שיפורטו במסגרת בקשה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות, בין היתר, בהתאם להוראות סעיפים 46, 47 ו-49 לחוק חדלות פירעון, למר גיורא ענבר, לגב' אלינה פרנקל רונן (להלן: "הדח"צים") ולמשרד עורכי הדין מטרי מאירי ושות' (להלן: "משרד מטרי"), להמציא לידי הנאמן בתוך 7 ימים ממועד החלטת בית המשפט הנכבד את כלל המסמכים שבחזקתם ובשליטתם, הנוגעים לחברה וכן ליעוץ המשפטי שניתן לחברה ו/או לוועדת הביקורת של החברה ו/או לנושאי משרה כלשהם בחברה, יחד עם ועדות משנה של ועדת הביקורת, לרבות (אך לא רק) התכתבויות בין עו"ד גבע לבין מי מנושאי המשרה בחברה, בעל השליטה בה, הדירקטורים והדירקטורים החיצוניים בה, לרבות תכתובות דוא"ל, וואטסאפ, וכל סוג תקשורת אחר שקיים עם מי מהנ"ל.

ואלה נימוקי הבקשה:

א. פתח דבר:

1. המדובר בבקשה אשר הנאמן עשה כל שלאל ידו על מנת להימנע מלהגיש.
2. מדובר בבקשה המוגשת בנסיבות חריגות, בהן חרף ניסיונות הנאמן להגיע לחקר האמת, ועל אף הסמכויות הנרחבות שהוענקו לו במסגרת הוראות הדין ובהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, מי שהיו אמורים לשמש כשומרי הסף של החברה, עושים כל שלאל ידם על מנת לשבש ולסכל את הליכי החקירה.
3. ניסיונות סיכול אלה כוללים, בין היתר:

(א) התחמקות בת למעלה מחודשיים מתיאום מועד חקירה - פעם אחר פעם פנו הנאמן וצוותו אל הדח"צים, הן בכתב והן בעל פה, לצורך התיאום האמור אך כל פעם נענו בתירוץ אחר מדוע לא מתאפשר להם להתייצב לחקירה.

ביום 8.12.2021 הודיע ה"ה ענבר כי הוא נכון להתייצב לחקירה ביום 16.12.2021, כך שסוגיה זו הוסרה מעל הפרק.

(ב) התעקשותם של הדחצ"יים כי מי שייצג אותם במהלך החקירות יהיה לא פחות ממשרד עורכי הדין מטרי, ועו"ד אייל גבע בפרט - שנטל חלק מהותי באותן ההחלטות בדיוק, שנבחנות ונחקרות על ידי הנאמן במסגרת החקירות המנוהלות על ידו. כפי שעולה, עוה"ד גבע נתן בעבר שירותים משפטיים, בין היתר לחברה ו/או למי מאורגניה, ובכלל כך, לוועדת הביקורת שלה, לחברה אחרת בקבוצה, ואף שימש בחלק מהזמנים כנאמן לאחת מסדרות אגרות החוב של החברה.

ביום 1.12.2021 הודיע ה"ה אייל גבע כי הוא לא ייצג את הדח"צים בהליך החקירה, כך שגם סוגיה זו הוסרה מעל הפרק.

(ג) סירוב להעביר מסמכים מהותיים אשר לנאמן עומדת הזכות לקבלת בהתאם להוראות הדין, החלטות בית המשפט הנכבד וההלכה הפסוקה - למרות הסמכויות הנרחבות שבידי הנאמן לקבלת מסמכים, על פי הוראות הדין, ההלכה הפסוקה והחלטות בית המשפט הנכבד, עומד משרד מטרי על סירובו להעביר מסמכים מהותיים לידי הנאמן, תוך העלאת טענות שונות, ובכלל כך – טענות לחיסיון עורך דין לקוח.

סוגיית המסמכים והתעקשותם של נושאי המשרה ועורכי דינם להסתירם מהנאמן בטענת חיסיון, היא נושא הבקשה דנן.

4. לדידו של הנאמן, סירובו של משרד מטרי להעביר את המסמכים המבוקשים, נגוע בחוסר תום לב ומנוגד להוראות הדין, הן לאור שהייעוץ המשפטי שניתן על ידו נעשה במסגרת תפקידו כיועץ המשפטי של ועדת הביקורת שהיא אורגן של החברה, והן לאור שספק אם מי מהדחצ"צים בכלל ביקש להפעיל את זכות החיסיון.

5. הנאמן יטען כי עו"ד גבע לא שימש עורך דין של נושאי משרה, אלא של ועדה שהיא אורגן של החברה, וכי כלל פעולותיו נעשו במסגרת ייעוץ משפטי זה – שלא יכול להיות חסוי בשום צורה או דרך מהנאמן.
6. יתירה מזו, ייעוץ שניתן למי מאורגני החברה, לרבות למי מהדח"צים אינו יכול להיות חסוי, לא כל שכן – מקום בו עומדות לנאמן סמכויות נרחבות לקבלת מסמכים ומקום בו הנאמן נכנס בנעלי החברה ואורגניה לכל דבר וענין.
7. ככל שהייעוץ המשפטי שניתן על ידו ניתן בערבוביה ולא נערכה הקפדה והפרדה במהלך מתן הייעוץ המשפטי למי מהגורמים להם ניתן הייעוץ, אין הליך החקירות צריך להינזק בשל כך ואין הדבר יכול להוות אמתלה לחיסיון מסמכים כלשהם.
8. בהתאם להוראות הדין וההלכה הפסוקה, הנאמן ממילא זכאי לקבל את כל המסמכים הקשורים למתן ייעוץ משפטי לחברה ו/או למי מאורגניה, לרבות הדח"צים.
9. ומעבר לכל האמור לעיל, גם אם נניח (ואין כך הדבר) כי ניתן להעלות בנסיבות העניין טענת חיסיון, הכיצד יעלה על הדעת כי מפני הנאמן, שחוקר את נסיבות קריסתה של החברה, יוותרו מסמכים מהותיים בנוגע להחלטות המהותיות ביותר שנתקבלו בחברה, על ידי הדח"צים ו/או משרד עורכי הדין שהעניק את שירותיו?
10. דבר זה כשלעצמו מעורר חששות רבים, ובפרט, ממה חוששים הדח"צים ומשרד מטרי, אשר כבר חודשיים מנסים לעכב ולסרב את הליך החקירות ומה יש להם להסתיר!?
11. בטרם הגשתה של הבקשה, ועל מנת להימנע מהגשתה כאמור בפתח בקשה זו, הנאמן ניסה להידבר עם הדח"צים ומשרד מטרי, ובכלל כך, הוחלפו בין הצדדים תכתובות ואף התקיימו מספר שיחות.
12. למרות מאמצים אלה, נותרו משרד מטרי והדח"צים בעמדתם, באופן שלא מותיר לנאמן ברירה אלא לפנות בבקשה זו לבית המשפט הנכבד.
13. חשוב להדגיש כי הנאמן טרם גיבש את עמדתו בעניין ההליכים המשפטיים, לאור שהנאמן מצוי בעיצומו של שלב החקירות אך עם זאת, אין בכוונתו לתת יד לכל ניסיון לסכל ו/או לשבש את הליך החקירות.

ג. המשיבים לבקשה:

14. ביום 25.9.2020 ניתן צו פירוק לחברה ובית המשפט הנכבד הורה על מינויו של הח"מ כנאמן החברה.

15. **מר גיורא ענבר** - בהתאם לדיווחיה של החברה, מר גיורא ענבר כיהן כדירקטור חיצוני בחברה מיום 11.3.2013 ועד ליום 25.9.2020. מר ענבר היה חבר, בין היתר, בוועדת הביקורת של החברה, בוועדה לבחינת דוחות כספיים, בוועדת הריכוזיות ובוועדת תגמול. מר ענבר כיהן בנוסף כדירקטור בחברת אידיבי תיירות ובישראייר.

16. **גב' אלינה פרנקל רוני** - בהתאם לדיווחיה של החברה, גב' אלינה פרנקל רוני כיהנה כדירקטורית חיצונית מיום 26.3.2015 ועד ליום 25.9.2020. גב' פרנקל רוני היתה, בין היתר, חברה בוועדת הביקורת, בוועדה לבחינת דוחות כספיים, בוועדת הריכוזיות ובוועדת התגמול.

17. אין חולק כי קיימת חשיבות רבה ביותר לחקירתם של הדח"צים הנ"ל, בשים לב לוועדות ו/או לוועדות המשנה בהן היו חברים, בשים לב לזמן הרב בו כיהנו בחברה, ולאור שהם נטלו חלק בהחלטות משמעותיות ובצמתים מהותיים בחברה – אירועים אשר נבדקים ונחקרים על ידי הנאמן.

18. **משרד מטרי** - בהתאם למסמכים ומידע שאותרו על ידי הנאמן, עו"ד אייל גבע ו/או משרד מטרי, נתנו שירותים משפטיים לחברה ו/או לוועדת הביקורת של החברה ו/או לחברת בת דאז של החברה, ואף שימשו כנאמן לאחת מסדרות אגרות החוב של החברה:

א. משרד מטרי נשכר על מנת לשמש כיועץ משפטי לוועדת הביקורת של החברה, ונתן שירותים אלו לוועדה זו במשך תקופה ארוכה, לרבות ובמיוחד בכל הנוגע לעסקאות בעל עניין שנעשו בחברה, ובראשן (1) עסקת מכירת דסק"ש לחברה של בעל השליטה בשם דולפין, ו- (2) התחייבויות שניתנו על ידי חברות של בעל השליטה לשלם 210 מיליון ₪ בשלושה תשלומים של 70 מיליון ₪.

ב. במסגרת זאת, אף משרד מטרי ייצג את החברה במסגרת תביעה שהוגשה כנגד החברות דולפין ואירסה לבית המשפט המחוזי בתל אביב (ת"א 20-09-29694), תביעה אשר נמחקה בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד.

וידוגש: במסגרת תביעה זו הציג עצמו משרד מטרי כמייצג של החברה, בעקבות החלטות שנתקבלו בוועדת הביקורת של החברה.

נספח 1 – העתק התביעה שהוגשה במסגרת ת"א 20-09-29694, באמצעות משרד מטרי (ללא נספחיה).

ג. משרד מטרי הגיש לידי הנאמן תביעת חוב בסך של 240,183 ₪, בגין חוב נטען כלפי החברה, בעבור "טיפול בהכנת מסמכי התביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו נגד החברות דולפין ואירסה (ת"א 20-09-29694) ויעוץ לחברי ועדת הביקורת על רקע חדלות הפירעון של החברה".

נספח 2 – העתק תביעת החוב שהוגשה על ידי משרד מטרי, בצירוף נספחיה.

ד. אל תביעת החוב, צורפו בין היתר, הצעת שכר טרחה מיום 25.6.2019, מכתב סיום התקשרות שנשלח על ידי הנאמן למשרד מטרי ביום 29.9.2020 ומכתב משרד מטרי מיום 11.10.2020 בעניין שכר הטרחה ופירוט השעות.

הצעת שכר הטרחה, עליה מתבססת תביעת החוב, נשלחה לחברה באמצעות מר ענבר, לאישור וחתימת החברה בעבור השירותים המשפטיים הבאים: "ייעוץ שיינתן לדירקטוריון החברה ובעיקר לדירקטורים הבלתי תלויים בה ולוועדת הביקורת בקשר עם הניהול השוטף של החברה בעת הזו וכן לסייע, ככל שיידרש, במהלך המו"מ ו/או מגעים, ככל שיתקיימו, מול נציגי מחזיקי אגרות החוב של החברה".

[ההדגשות אינן במקור – הח"מ].

ה. במכתב סיום ההתקשרות שנשלח מטעם הנאמן ביום 29.9.2020 הודיע הנאמן למשרד מטרי על סיום התקשרות המשרד עם החברה, החל ממועד מתן ההחלטה מיום 25.9.2020, וכי הנאמן שומר על זכותו לבקש, בכפוף לצורך, מסמכים ונתונים אשר מצויים בידי משרד מטרי ו/או בשליטתו, הנוגעים לעניינה של החברה.

במכתב שנשלח אל הנאמן ממשרד מטרי ביום 11.10.2020 טען משרד מטרי כי הוא ליווה בחודשים האחרונים את ועדת הביקורת של החברה בסוגיות שונות הקשורות למצבה הכלכלי של החברה, התחייבויותיה, פעולות מול מחזיקי אגרות החוב שלה וכן טיפול בהגשת תביעה, אשר לוותה בבקשה לפטור מאגרה ובקשה להטלת עיקולים זמניים במעמד צד אחד. בגין טיפול זה נטען על ידי משרד מטרי כי החברה נותרה חייבת למשרד מטרי שכר טרחה בעבוד חודש ספטמבר, בקשר עם טיפול בהכנת מסמכי התביעה וייעוץ לחברי ועדת הביקורת על רקע חדלות פירעון החברה.

מכתבים אלה צורפו על ידי משרד מטרי אל תביעות החוב, הרצ"ב כנספח 2 לבקשה זו.

ו. הנאמן איתר במסגרת המסמכים המצויים בידו, הצעת שכר טרחה והצהרה על אי תלות מיום 31.12.2019, אשר נשלחה לחברה ואף נחתמה על ידה. הצעה זו נשלחה "בהמשך להחלטת הוועדה הבלתי תלויה שהוקמה על ידי דירקטוריון החברה בכדי לגבש הצעה בקשר עם מכירת מניותיה בכלל עסקי ביטוח בע"מ, לחברת השקעות דיסקונט בע"מ, שהינה בשליטתו (העקיפה) של בעל השליטה בחברה, וכן לסייע, ככל שיידרש, במהלך המו"מ בקשר עם מכירה כאמור".

[ההדגשות אינן במקור – הח"מ].

נספח 3 – הצעת שכר טרחת משרד מטרי מיום 31.12.2019 חתומה על ידי משרד מטרי והחברה.

ז. במהלך שנת 2013 התפטרה קלדן חברה לנאמנות בע"מ (להלן: "קלדן") מתפקידה כנאמן מחזיקי אגרות החוב (סדרה ט'), והרמטיק נאמנות (1975) בע"מ החליפה אותה כנאמן החברה. כעולה מן הפרסומים, חברת קלדן נאמנויות נוהלה על ידי עו"ד מורן מאירי ממשרד עורכי הדין מטרי.

כפי שפורסם בתקשורת, חברת קלדן, הודיעה על כוונתה לפרוש מהתפקיד לאור ניגוד עניינים פוטנציאלי על רקע היותה נאמן אגרות החוב על סדרת אגרות חוב שהונפקה על ידי חברת אידיבי אחזקות בע"מ.

נספח 4 – דיווחים שפורסמו באתר המאי"ה בימים 5.2.2013 ו-14.4.2013, כתבה שפורסמה באתר כלכליסט ביום 23.12.2012, כתבה שפורסמה באתר גלובס ביום 8.7.2015.

ח. בהתאם למסמכים שאותרו על ידי הנאמן, ביום 3.4.2017 התקיים דיון בישיבת הוועדה הבלתי תלויה של החברה (ריכוזיות), אשר על סדר היום, בין היתר מינוי יועצים משפטיים לוועדה. במסגרת הדיון, ציין מר ענבר כי מדובר בוועדה שמונתה על מנת לבחון חלופות שונות להתמודדות החברה עם דרישות החוק ביחס לדרישה לצמצום שכבה בהתאם להוראות חוק הריכוזיות, עד לסוף שנת 2017. מר ענבר ציין באותו הדיון כי בתוקף תפקידה של הוועדה, היא ביקשה למנות עורכי דין שייעצו להם, שהינם לטענתו, בלתי תלויים בחברה ו/או בקבוצת החברה ו/או בבעל השליטה.

באותו הדיון נכחו עו"ד לימור שופמן ועו"ד גבע ממשרד מטרי מאירי והציגו עצמם לוועדה. עו"ד שופמן ציינה כי במחצית הראשונה של שנת 2016 ייצג המשרד את כור בעסקה למכירת מקרקעין לגב ים ומר ענבר ביקש ציין כי הוא מכהן כדח"צ בחברה (שאינה שייכת לקבוצה) שעו"ד שופמן מעניקה לה שירותים משפטיים.

באותו הדיון הוחלט למנות את משרד מטרי כיועץ המשפטי לוועדה.

נספח 5 – העתק פרוטוקול ועדת הריכוזיות של החברה מיום 3.4.2017

19. מכאן שאין ולא יכול להיות חולק שמשרד מטרי נתן ייעוץ משפטי לחברה, לוועדת הביקורת ולחבריה, לחברת בת של החברה ואף שימש בעבר כנאמן מחזיקי אגרות חוב.

ג. ניסיונות המשיבים לבקשה לסכל ולשבש את החקירה:

20. מזה כחודשיים נתקל הנאמן בהתנהלות חריגה ביותר, במסגרתה שומרי הסף של החברה, הדח"צים, שנטלו חלק בהחלטות מהותיות ביותר והיו חברים בוועדות חשובות ביותר, וכן מי שנתנו שירותים משפטיים, בין היתר, לחברה ו/או למי מוועדותיה, עושים כל שלאל ידם על מנת לעכב ו/או לשבש את הליכי החקירה.

21. ריבוי התכתובות והזמן הרב שחלף מאז המועד הראשון בו פנה הנאמן למר ענבר ולגבי פרנקל רונן לצורך תיאום מועד לחקירתם מדברים בעד עצמם.

22. על מנת שלא לסרב לבקשה זו ולאור התכתובות הרבות שהוחלפו בין הצדדים בהקשר זה, האירועים יפורטו בתמצית.

23. למרות הצהרותיהם של הדח"צים כי הם מוכנים לשתף פעולה עם הנאמן, הנאמן מצא עצמו רודף פעם אחר פעם אחרי מר ענבר והגב' פרנקל רונן על מנת לנסות ולתאם מועד לחקירה, תוך שכל פעם מומצאים תירוצים אחרים מדוע אין באפשרותם להתייצב לחקירה.
24. במסגרת שיחה שהתקיימה ביום 10.11.2021, למעלה מחודש משליחת מכתב הזימון הראשון, הודיעה הגב' פרנקל רונן כי חברת הביטוח אישרה מימון לייצוגה ולייצוגו של מר ענבר ומר ארי קנטרביץ (אשר כיהן כדירקטור בלתי תלוי בחברה) ממשדד מטרי מאירי.
25. באשר למר ארי קנטרביץ, ובניגוד לנאמר על ידי הגב' פרנקל רונן, יצוין כי ישיבת חקירה אחת התקיימה זה מכבר, כאשר הוא יוצג על ידי משרד עורכי הדין בועז בן צור. כן חשוב להדגיש כי ה"ה קנטרביץ לא העלה, ולו ברמז, טענה לחיסיון ביחס לכהונתו כדירקטור בלתי תלוי בחברה, ולא ביקש להסתיר את המסמכים והמידע בשל "חיסיון".
26. ביום 14.11.2021 שלח הנאמן למר ענבר מכתב בו התבקש מר ענבר להתייצב ביום 17.11.2021 לצורך בירור העובדות אליהן נחשף במסגרת התפקידים שמילא בחברה תוך ששוב צוין כי חוסר שיתוף פעולה נוסף מצידו יוביל בלית ברירה לפניה לערכאה המשפטית המתאימה.
27. באותו היום בשיחה שהתקיימה בין מר ענבר לעו"ד רינג, ציין מר ענבר כי עו"ד גבע מייצג אותו ואת הגב' פרנקל רונן וכי עו"ד גבע מבקש דחייה של שבועיים לצורך לימוד החומרים.
28. בהמשך לכך, ביום 14.11.2021 שלח הנאמן מכתב למר ענבר כי מדובר בניסיון פסול ונוסף לעיכוב והכשלה של הנאמן בביצוע תפקידו לחקירה ובדיקה של נסיבות קריסת החברה, וודאי שכך נוכח הנסיבות המצטברות דנן, ומשכך הבקשה לדחייה נוספת נדחית.
29. ביום 15.11.2021 נשלח מכתבו של עו"ד גבע לפיו הוא חוזר על שנמסר לנאמן בשיחת טלפון שהתקיימה בין השניים, כי הוא מקווה להשלים את מינויו לליווי המשפטי של הדח"צים, בין היתר, לאור בקשתם לייצוג כאמור. לאור זאת, טרם עלה בידי הדח"צים להיפגש עם בא כוחם להתרענן, כדבריו, ולהתכונן לפגישה כראוי על מנת שיוכלו להשיב על כל שאלה. עו"ד גבע ציין כי חשוב מאוד שהדח"צים יוכלו למסור את מלא הפרטים לאחר שהספיקו לעבור על כלל החומרים הרבים הקשורים לעניין להתרענן ולהיזכר בעובדות, נשוא בדיקת הנאמן.
30. בהקשר זה יצוין כי מהעולה מטענתו של עו"ד גבע עולה כי קיימים מסמכים רבים ומידע שנמצאים כנראה רק אצל עו"ד גבע, שכן, לטענתו, על מנת להתכונן לחקירות ו"להתרענן" עליהם להיפגש תחילה עמו.
31. בשים לב לנטען במכתבו של עו"ד גבע, ביום 15.11.2021 שלח הנאמן מכתב למשרד מטרי כי לצורך ניהול החקירה וביצוע תפקידו של הנאמן, ומכוח הסמכויות שניתנו לנאמן, התבקש עו"ד גבע להמציא לידי הנאמן את כלל המסמכים שבחזקתו ובשליטתו הנוגעים לייעוץ המשפטי שניתן לחברה ו/או לוועדת הביקורת של החברה ו/או לנושאי משרה כלשהם בחברה, יחד עם ועדות משנה של ועדת הביקורת, לרבות (אך לא רק) התכתבויות בין עו"ד גבע לבין מי מנושאי המשרה בחברה, בעל השליטה בה, הדירקטורים והדירקטורים החיצוניים בה, לרבות תכתובות דוא"ל, וואטסאפ, וכל סוג תקשורת אחר שקיים עם מי מהנ"ל.

32. ביום 17.11.2021, המועד שנקבע על ידי הנאמן לחקירות, בשעה 7:42 בבוקר, עדכן עו"ד גבע כי "לאור העובדה שמרשיי טרם הספיקו להתכונן או לעבור על החומרים הרלוונטיים, הם לא יוכלו להגיע לראיון [כך במקור – הח"מ] היום. בטחוני כי נוכל למצוא מועד המתאים ליומנים של כולם בעוד שבועיים ימים". לדוא"ל זה צורף יפוי כוח חתום על ידי הגב' פרנקל רוני מיום 16.11.2021.

33. במענה לכך, השיב הנאמן כדלהלן:

אייל בוקר טוב,

כמו שאתה יודע היטב, לא מדובר בראיון אלא בחקירה שנעשית מכוח החלטות בית המשפט וסמכות שניתנה.

החקירה נקבעה להיום אחרי כמה וכמה דחיות, כל פעם באמתלה אחרת – פעם זה טיול בארה"ב פעם זה עסקים פעם זה עורכי דין ועכשיו מסתבר שהם צריכים ללמוד חומרים.

וכפי שהודעת, אי ההתייצבות כמוה כהפרה בוטא של החלטות בית המשפט והדין. ובכונתי לשים סוף לחבלה שנעשית על ידי ה"ה הנ"ל להליך החקירה שמתעכב ומסתרביל מזה חודשיים רק "בזכותם".

אתה לא יכול לשמש עורך דין, משום שבעצמך אתה צפוי להיחקר ולהידרש לתת תשובות לתהליכי קבלת ההחלטות שהיית מרכזי בהן, ואני לא מבין את ההתעקשות שלישית גורמת נזק בדיוק למי שאתה מבקש לייצג. מזה זמן מה אתה נמנע להשיב בעניין, כנראה מתוך הנחה שאם נתעלם מזה זה יעלם לבד, וזה לא המצב.

אני מציע, בידדות וכדי להימנע מהליכים מיותרים, שהאדוויס הנכבדים יגיעו לחקירה בתוך 7 ימים מהיום, ומבחינתי הם מוזמנים לעשות זאת עם איזה עורך דין שהם מוצאים לנכון שלא לקח חלק בעצמו בתהליך קבלת ההחלטות.

אבקש התייחסות עוד היום, על מנת שניתן יהיה לשקול את צעדינו בדחיפות המתחייבת.

34. למרות שהתבקשה תשובת עו"ד גבע עוד באותו היום, בשים לב לדחיפות הדברים, תשובתו של עו"ד גבע נשלחה רק ביום 23.11.2021 (במכתב נושא תאריך 15.11.2021).

35. בין לבין, תואם מועד לחקירת הדח"צים ביום 25.11.2021. מועד זה תואם ישירות מול הדח"צים.

36. במסגרת מכתבו של עו"ד גבע מיום 23.11.2021 דחה עו"ד גבע את טענות הנאמן, תוך שנטען לגבי המסמכים, כי בידי הנאמן מצויים כלל המסמכים שאינם חוסים תחת חיסיון עו"ד לקוח וכי הדרישה לקבל תכתובות בין עו"ד גבע לבין הדח"צים או מי מחברי ועדת הביקורת להם ייעץ משפטית תחת חיסיון עו"ד-לקוח לטענותיו, נדחתה.

37. ביום 24.11.2021 שלח הנאמן מכתב לעו"ד גבע תוך שהוא הבהיר כי הוא לא יתן כל יד לכל ניסיון לשבש או לזהם את הליך החקירות ובשים לב לניסיונות סיכול החקירה ולסירוב מראש להעביר מסמכים, אותם זכאי הנאמן, מתוקף תפקידו וסמכויותיו, לקבל, לא נותרה בידי הנאמן הברירה אלא לנקוט בהליך משפטי מתאים.

38. בניסיון להימנע מהגשתה של בקשה זו, ועל מנת ליתן לצדדים אפשרות נוספת לשקול את עמדתם, התקיימו מספר שיחות ואף פגישת זום בין הצדדים.

39. במסגרת פגישת הזום, נשאל מר ענבר האם הוא ביקש להטיל חיסיון עו"ד לקוח על המסמכים המצויים ברשותו של משרד מטרי וזה השיב בשלילה.

40. במסגרת מכתבו של עו"ד גבע מיום 5.12.2021 עולה כי עו"ד גבע נותר בעמדתו, תוך שהוא עומד על סירובו להעביר את המסמכים לאור טענותיו כי הם חוסים תחת חיסיון עורך דין לקוח ותוך כדי שהוא מעלה טענות חדשות ו/או טענות הסותרות טענות קודמות, ובכלל כך:

א. בחודש נובמבר 2019 פנה מר ענבר לקבלת ייעוץ משפטי עצמאי. מכוח כך משרד מטרי המשיך לייעץ למר ענבר, לגבי פרנקל ולמר קנטרביץ וכן להשתתף בחלק משיבות ועדות הדירקטוריון ודירקטוריון החברה כיועצים.

ב. הלכה למעשה, משרד מטרי ייעץ באופן שוטף למר ענבר, לגבי פרנקל רוני ולמר קנטרביץ באופן שוטף במסגרת התנהלותם ולנוכח נסיבות העניין, בתפקידיהם השונים בחברה. בהתאם במהלך העבודה התקיימו התייעצויות, התכתבויות ופגישות, פעמים רבות, בפורום ישיבות ועדת הביקורת ו/או במאזן.

ג. מר ענבר, גבי פרנקל רוני ומר קנטרביץ ביקשו כי זכויותיהם יישמרו גם במסגרת הליכי חדלות הפירעון בחברה ובכלל זה ובמפורש, זכותם לחיסיון עם עורך הדין ששכרו לצורך מתן ייעוץ ייחודי להם בסיטואציה בה הם נמצאו וכל הקשור בה.

41. עו"ד גבע לא צירף כל מסמך התומך בטענות אלה, ובפרט – הסכמי שכר טרחה, ייפוי כח חתומים למועדים הנטענים הרלוונטיים, החלטות דירקטוריון ו/או חברה רלוונטיות, תצהיר מטעם מי מהדירקטורים, בקשה מפורשת להטלת חיסיון עורך דין-לקוח וכיוצא"ב.

42. טענת עו"ד גבע כי ניתן גם ייעוץ משפטי למי מהדירקטורים באופן עצמאי, לא נתמכה במסמכים כלשהם, והיא גם מנוגדת למסמכים ולעובדות שנתגלו לנאמן, ובכל מקרה אין בטענה זו כדי לסכל את העברת המידע במלואה.

43. גם אם תתקבל טענה זו, ועו"ד גבע ייצג את הדח"צים בשני כובעים שונים – האחד תחת אורגן החברה והשני באופן פרטי או עצמאי, הרי שמדובר בניגוד עניינים מובנה. ככל ומי מהדח"צים ביקש לקבל ייעוץ משפטי נפרד, חזקה כי היה עליו לשכור את שירותיו של עורך דין אחר שלא ניתן ייעוץ משפטי למי מאורגני החברה.

44. וגם אם כך נעשה הדבר, ועו"ד גבע פעל בניגוד עניינים מובנה עת נתן ייעוץ משפטי בעת ובעונה אחת הן למי מהדירקטורים באופן נפרד והן למי מאורגני החברה, אין הדבר יכול להוות אמתלה להסתרת מסמכים ו/או שיבוש הליכי חקירה תחת "חיסיון עורך דין-לקוח" לכאורה. ויודגש: החברה לא יכולה להינזק מהעובדה שניתן ייצוג כפול (כפי שטוען עו"ד גבע) ולא ייתכן שהמפרק יהיה חסום מלקבל את המסמכים שנוגעים לעסקאות ולמהלכים הדרמטיים ביותר שנעשו בקבוצה.

45. מקום בו הייעוץ המשפטי ניתן בערבוביה, אין לדח"צים ו/או למשרד מטרי להלין אלא על עצמם, וודאי שאין הנאמן ו/או הליך החקירות בכללותו צריך להיפגע בשל כך.

46. וזאת, מעבר לכך שממילא – בהתאם להוראות הדין והסמכויות שניתנו לנאמן, הנאמן נכנס בנעלי החברה ואורגניה לכל דבר ועניין, ובכלל כך הוא רשאי לקבל לידי מסמכים הקשורים לחברה ו/או למי מאורגניה, לרבות מסמכים הקשורים לייעוץ משפטי שניתן לאורגני החברה ו/או מי מהם.

47. ביום 6.12.2021 השיב הנאמן לעו"ד גבע כי הסירוב להעביר מסמכים מהותיים אותם הנאמן זכאי לקבל מתוקף תפקידו והסמכויות שניתנו לו, אינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין ואף עומד בסתירה למסמכים ולגרסאות קודמות שניתנו על ידי עו"ד גבע ו/או על ידי הדח"צים. עוד צוין כי הטרוניות שמופנות כלפי הנאמן בנוגע לרצון לנהל הליך חקירה הוגן גם בנוגע לדח"צים וליועצים המשפטיים, שהיו בצמתים מרכזיים ביותר בחברה ונטלו חלק בקבלת החלטות הרות גורל, לא רק שמקומם אלא שהוא אף תמוה ביותר.

ד. רקע משפטי:

ד.1. בהתאם להוראות הדין והפסיקה למפרק סמכות נרחבת לקבלת מסמכים:

48. מקור הסמכויות הרחבות שהוקנו לנאמן לקבלת מסמכים, הינו, בין היתר לאור הנחיות האינפורמטיביות בה מצוי בעל התפקיד (ראה לעניין זה רע"א 3032/08 רייך נ' עו"ד אבנר כהן, בתפקידו כמפרק זמני (פורסם בנבו, 2.9.2009).

49. דרישתו של הנאמן לקבלת המסמכים של החברה נועדה על מנת לברר את מצב עסקיה והתנהלותה העסקית, ומתוקף תפקידו, עליו להתחקות אחר כל מידע אודות החברה ונכסיה ובדבר הנסיבות שהובילו לקריסתה, וזאת, לשם בירור ומיצוי זכויותיה (ראה ע"א 9619/15 ברגוזון נ' אשפלטס תעשיות פלסטיק בע"מ (פורסם בנבו, 17.7.2017).

50. לא בכדי, בשורה של סעיפים, חוק חדלות פירעון העניק סמכויות רחבות במסגרתן זכאי הנאמן לקבל מסמכים:

“שיתוף פעולה עם הנאמן

46. (א) מי שהיה נושא משרה בתאגיד יסייע לנאמן וישתף עמו פעולה ככל הדרוש למילוי תפקידו של הנאמן...

...

דרישת נכסים ומסמכים של התאגיד

47. (א) הנאמן רשאי לדרוש מכל אדם להעביר לידיו נכס או מסמך שברשותו, שלדעת הנאמן יש לתאגיד זכות לקבלו, ואותו אדם יעבירם לנאמן במועד שצוין בדרישתו.

...

דרישת מידע

49. לשם מילוי תפקידו רשאי הנאמן לדרוש כל מידע הנוגע לענייניו של התאגיד, שהתאגיד או נושא משרה בו היו רשאים לקבלו.”

51. הסמכויות הניתנות למפרק בהתאם לסעיפים אלה, מהוות את אחד הכלים המרכזיים המאפשרים לבעל התפקיד לבצע את תפקידו כיאות ומאפשרות לו לאסוף את המידע הנדרש.

52. זכותו של בעל התפקיד לדרוש עיון במסמכים רחבה אף מזו של בעל דין רגיל, הודגשה על ידי בית המשפט הנכבד בעניין חדל"ת Ian Lock 5936-10-19 נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 10.10.2020) (להלן: “עניין לוק”):

“34. ישנם מספר טעמים לתפיסה לפיה זכותו של בעל התפקיד לדרוש עיון במסמכים, רחבה מזו של בעל דין רגיל. ראשית, בעל תפקיד הוא קצין בית המשפט הכפוף להנחיותיו. מתוקף מעמדו של בעל התפקיד כקצין בית המשפט, שומה עליו למלא את תפקידו באופן אובייקטיבי, תוך נאמנות למשימה שהטיל עליו בית המשפט, וזאת בנוסף לחובות האמון והזהירות

החלות עליו כלפי הנושים (ע"א 8410/06 נקש נ' בנק לאומי לישראל למשכנתאות בע"מ, פס' ט"ז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 28.12.2008)). מעמדם של בעלי תפקיד כקציני בית המשפט כרוך בחובות נרחבות, אך שוברן בצידי – זכויות עיון וחקירה נרחבות גם כן. שנית, אחד האינטרסים כבדי המשקל העומדים בבסיס דיני חדלות הפירעון הוא השאת ערך לנושים. בעל התפקיד הוא מי שמופקד על מימושו של אינטרס זה. לפיכך, ישנה חשיבות חברתית לסייע לבעל התפקיד למלא את תפקידו כהלכה. הצלחתו – הצלחת הנושים, וכישלונו – כישלונם. לכן ראוי לסייע בידו ככל הניתן בחשיפת נכסיה של החברה בפירוק, כמו גם חשיפת התנהלותה הכלכלית והסיבות לקריסתה. שלישית, בעל התפקיד בחברה חדלת פירעון מגיע כ"צד זר" אל החברה, ומכאן שהוא מצוי כמעט תמיד במצב של נחיתות אינפורמטיבית ביחס לחברה, מנהליה, בעלי מניותיה ונושיה: **"יש לזכור כי מי שמצוי לעיתים רבות בעמדת נחיתות אינפורמטיבית בהליכים מסוג זה הוא דווקא המפרק, אשר מקבל לידינו את כל מסמכי החברה ללא היכרות מוקדמת עם החברה"** (רע"א 1885/13 שחם נ' כח עוצמה בע"מ, פס' 13 (פורסם בנבו, 7.7.2013); ראו גם רייד, פס' 10).

כדי לגשר על פערי המידע, קיים צורך במתן סמכויות עיון וחקירה נרחבות למפרק (ע"א 2907/90 מיכלמן נ' זיו, פ"ד מו(4) 725, 729 (1992)).

53. דהיינו, כי בהתאם להוראות הדין וההלכה הפסוקה, לנאמן סמכויות רחבות מאשר בעל דין רגיל לקבלת מסמכים, וזאת, לאור הנחיתות האינפורמטיבית בה הוא מצוי ועל מנת לאפשר לנאמן להגיע לחקר האמת.

54. מכאן, ולאור שהנאמן לא רק נכנס בנעלי החברה, אלא שהוא בעל סמכויות נרחבות יותר, הוא זכאי לקבל מסמכים הקשורים גם ליעוץ משפטי שניתן למי מאורגני החברה, לרבות הוועדות, וועדות המשנה ומי מחבריה, לרבות הדח"צים.

55. **ככל וניתן ייעוץ משפטי אישי כלשהו, והדבר נעשה בערבוביה עם הייעוץ המשפטי שניתן למי מאורגני החברה, הליך החקירות לא צריך להיפגע מכך, וברור כי הנאמן זכאי לקבלת המסמכים המבוקשים.**

2.ד. בהתאם להוראות הדין והפסיקה לא חל כל חיסיון על המסמכים שהתבקשו בשים לב לכך שמדובר בחברה שנקלעה להליכי פירוק:

56. עם מינויו של הנאמן, כלל סמכויות האורגנים ונושאי המשרה עוברים לידינו. כך, בהתאם לסעיף 43 לחוק חדלות פירעון:

"הקניית סמכויות האורגנים ונושאי המשרה לנאמן

43. עם מינוי הנאמן יעברו לידי הסמכויות הנתונות לאורגנים של התאגיד ולנושאי המשרה בו, והוא ישתמש בהן במידה הדרושה לו לשם מילוי תפקידו".

57. המפרק נכנס בנעלי החברה ואורגניה לכל דבר ועניין.

58. אין חולק כי דירקטוריון החברה, וועדותיו וועדות המשנה שלו הם חלק מאורגני החברה ומעשי האורגן הינם כמעשי החברה.

59. ראה לעניין זה סעיפים רלוונטיים מתוך חוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"):

"האורגנים

46. האורגנים של החברה הם האסיפה הכללית, הדירקטוריון, המנהל הכללי וכל מי שעל פי דין, או מכוח התקנון רואים את פעולתו בענין פלוני כפעולת החברה לאותו ענין.

מעשי אורגן כמעשי החברה

47. פעולותיו של אורגן וכוונותיו הן פעולותיה של החברה וכוונותיה.

אחריות בנזיקין של חברה

53. (א) חברה חבה במישרין באחריות בנזיקין על עוולה שבוצעה בידי אורגן שלה.

(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מאחריותה השלוחית של חברה בנזיקין על פי כל דין".

הקמת ועדות (תיקון מס' 3) תשס"ה-2005

110. (א) הדירקטוריון רשאי להקים ועדות דירקטוריון, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון.

...

פעולת ועדה (תיקון מס' 3) תשס"ה-2005

111. (א) החלטה שהתקבלה או פעולה שנעשתה בוועדת דירקטוריון על פי סמכות שהואצלה לה מסמכויות הדירקטוריון, כמוה כהחלטה שהתקבלה או פעולה שנעשתה בדירקטוריון, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון.

60. ועדת הביקורת, בה היו חברים, בין היתר הדח"צים, ולה ניתנו שירותים משפטיים על ידי משרד מטרי הינה ועדה מהותית ביותר, אשר אין חולק כי במסגרת החקירות שמבצע הנאמן באשר לנסיבות קריסתה של החברה נדרשת גם בדיקה בנוגע לפעולות שבוצעו והחלטות שנתקבלו על ידי ועדת הביקורת.

61. בהקשר זה יצוינו תפקידי ועדת הביקורת כפי שנקבעו על ידי המחוקק בסעיף 117 לחוק החברות:

”תפקידי ועדת הביקורת

117. אלה תפקידי ועדת הביקורת:

(1) לעמוד על ליקויים בניהול העסקי של החברה, בין השאר תוך התייעצות עם המבקר הפנימי של החברה או עם רואה החשבון המבקר, ולהציע לדירקטוריון דרכים לתיקונם; מצאה ועדת הביקורת ליקוי כאמור שהוא ליקוי מהותי, תקיים ישיבה אחת לפחות לעניין הליקוי הנדון, בנוכחות המבקר הפנימי או רואה החשבון המבקר, לפי העניין, ובלא נוכחות של נושאי משרה בחברה שאינם חברי הוועדה; על אף האמור בסעיף זה, נושא משרה רשאי להיות נוכח לשם הצגת עמדה בנושא שבתחומי אחריותו אם ביקשה זאת הוועדה;

(א1) להחליט על יסוד נימוקים שיפורטו, לגבי פעולות כאמור בסעיף 255 אם הן פעולות מהותיות או פעולות שאינן מהותיות, ולגבי עסקאות כאמור בסעיף 1270(1), (4) ו-4(א) אם הן עסקאות חריגות או עסקאות שאינן חריגות, לצורך אישורן לפי חוק זה, ורשאית ועדת הביקורת להחליט כאמור לגבי סוג של פעולות או עסקאות, לפי אמות מידה שתקבע אחת לשנה מראש;

(ב1) לקבוע לגבי עסקאות כאמור בסעיף 270(4) או 4(א4), אף אם אינן עסקאות חריגות, חובה לקיים הליך תחרותי, בפיקוחה של הוועדה או מי שתקבע לעניין זה ולפי אמות מידה שתקבע, או לקבוע כי יקוימו הליכים אחרים שתקבע ועדת הביקורת, בטרם התקשרות בעסקאות כאמור, והכול בהתאם לסוג העסקה, ורשאית היא לקבוע לעניין זה אמות מידה אחת לשנה מראש;

(2) להחליט אם לאשר פעולות ועסקאות הטעונות אישור ועדת ביקורת לפי סעיפים 255 ו-268 עד 275;

(א2) לקבוע את אופן האישור של עסקאות שאינן זניחות, ובכלל זה לקבוע סוגי עסקאות כאמור שיהיו טעונות את אישורה של ועדת הביקורת; לעניין זה, ”עסקה שאינה זניחה” – עסקה כאמור בסעיף 270(4) רישה או 4(א4) רישה, שוועדת הביקורת החליטה לגביה לפי הוראות פסקה (א1) כי היא עסקה שאינה חריגה וכן סיווגה אותה כעסקה שאינה זניחה, ורשאית ועדת הביקורת להחליט על סיווג כאמור לגבי סוג של עסקאות, לפי אמות מידה שתקבע אחת לשנה מראש;

...

(4) לבחון את מערך הביקורת הפנימית של החברה ואת תפקודו של המבקר הפנימי וכן אם עומדים לרשותו המשאבים והכלים הנחוצים לו לצורך מילוי תפקידו, בשים לב, בין השאר, לצרכיה המיוחדים של החברה ולגודלה;

...

(6) לקבוע הסדרים לגבי אופן הטיפול בתלונות של עובדי החברה בקשר לליקויים בניהול עסקיה ולגבי ההגנה שתיתן לעובדים שהתלוננו כאמור.”

62. את טענתו של משרד מטרי לפיה המסמכים והמידע האמור חוסים תחת חיסיון עורך דין לקוח, יש לדחות מכל וכל, וקבלתה עשויה להביא להשלכות שליליות בהן במסגרת חקירות שינוהלו על ידי בעל תפקיד, ינסו הנחקרים להסתיר מידע מהותי הדרוש לחקר האמת ונקיטת הליכים משפטיים מול מי שגרם נזק לחברה ונושיה תוך ניסיון לטעון כי מדובר במידע החוסה תחת חיסיון (וזאת, מבלי להביע כל עמדה בנוגע להליך החקירות כאן ולנסיבות קריסתה של החברה).

63. לא בכדי נדחתה טענה זו פעם אחר פעם על ידי ההלכה הפסוקה, והיא מנוגדת אף לעמדתה של לשכת עורכי הדין.

64. בהתאם להלכה הפסוקה, עם כניסתה של החברה לפירוק, מי שרשאי לטעון לחיסיון הוא בעל התפקיד הנכנס בנעלי החברה.

65. בעניין לוק הנזכר לעיל, קבע בית המשפט הנכבד כי זכותם של המפרקים לקבלת מסמכים מאת משרד עורכי הדין מיתר נשענת על שני מקורות – ראשית, המפרקים באים בנעליהן של החברות שבפירוק ושנית, הזכות לקבל לידיהם את החומר עומדת להם מכוח סמכותם וחובתם מכוח דיני חדלות הפירעון:

31. לגופו של ענין, אין חולק על כך שהמפרקים באים בנעליהן של החברות שבפירוק, לכל דבר ועניין. על כן, אם וככל שלחברות שבפירוק היתה נתונה הזכות לקבל מסמכים מסוימים מן הבנק, פשיטא שגם למפרקים עומדת זכות זו. וכפי שציינתי בהחלטה קודמת בתיק זה, בהקשר של קבלת מסמכי החברות מידי עורכי הדין שייצגו אותן בשעתו: "לא יכולה להיות מחלוקת של ממש על כך שהמפרקים זכאים לקבל לרשותם את כל תיקי החברות שבפירוק אשר טופלו על ידי משרד מיתר, ועל כך שמשרד מיתר חייב למסור למפרקים את המסמכים האמורים. זכותם זו של המפרקים נשענת על שני מקורות נורמטיביים. ראשית, המפרקים באים לענין זה בנעליהן של החברות שבפירוק, וממילא, כשם שהחברות שבפירוק היו זכאיות בכל עת, טרם פירוקן, לדרוש ולקבל את החומר לרשותן, כך גם המפרקים; שנית, הזכות לקבל לידיהם את החומר עומדת למפרקים גם מכח סמכותם וחובתם מכח דיני חדלות הפירעון לחקור ולאסוף כל מידע וחומר הנוגעים לחברות שבפירוק. גם לא יכולה להתעורר כל דילמה של אתיקה מקצועית בהקשר זה, ולו מן הטעם שהמפרקים באים בענין זה בנעלי החברות שבפירוק. כשם שמשרד מיתר לא היה יכול לדחות דרישה דומה של החברות, טרם כניסתן לפירוק, מטעמים של אתיקה מקצועית, כך הוא איננו יכול להתנגד לדרישה כשהיא באה מאת המפרקים." (פס' 14 להחלטתי מיום 22.6.2020 בבקשה 13).

עקרון בסיסי זה, לפיו בעל התפקיד יורש את כל כוחותיו של התאגיד, מעוגן כיום בסעיף 43 לחוק, הקובע ש"עם מינוי הנאמן יעברו לידי הסמכויות הנתונות לאורגנים של התאגיד ולנושאי המשרה בו, והוא ישתמש בהן במידה הדרושה לו לשם מילוי תפקידו", ובעניינו של בעל תפקיד זה, הוא מעוגן בסעיף 302(ב)(2) לחוק, לפיו בית המשפט רשאי להסמיך את בעל התפקיד הזר לנהל את נכסי החייב בישראל".

66. בפר"ק 48403-04-14 רודניצקי ואח' נ' ט.ב מתקדמים בכספים בע"מ ואח' (פורסם בנבו) (ניתן ביום 27.12.2015) (להלן: "עניין רודניצקי") קבע בית המשפט כי אין כל מניעה, והדבר ראוי, לאפשר לרשות ניירות ערך לבצע את חקירתה באופן יסודי, תוך הסרת החיסיון:

7. "... משקרסו עסקיה של החברה והיא נקלעה להליכי חדלות פירעון, כי אז שליטת בעלי השליטה הקודמים בחברה, הופקעה מהם, על קרבה וכרעיה, והוקנתה לבעל התפקיד, אשר מונה ע"י בית המשפט.

מבחינתה של החברה, בעל הדבר בעניין ויתור על החיסיון, איננו עוד בעל השליטה בחברה, אלא האורגן שמונה ע"י בית המשפט לנהל את ענייניה, בהליך חדלות הפירעון הקולקטיבי".

67. גם בפש"ר 1222/07 עו"ד זהר גרינברג נ' נפטא קונגו ואח' (פורסם בנבו) (ניתן ביום 17.5.2007), ציין בית המשפט הנכבד כי משניתן צו מינוי של מפרק על ידי בית המשפט, המינוי מפקיע את זכויותיהם של מנהלי החברה וחברי הדירקטוריון שלה, ואין המפרק זקוק לאישור נוסף על מנת לעיין במסמכי החברה עליהם נטען כי חל החיסיון:

3. "בהנחה שהמסמכים לגביהם נטען החיסיון הם מסמכים אשר הוחלפו בין עו"ד הכט ובין החברה, הרי שהחברה היא בעלת החיסיון בהם והיא היחידה הרשאית לוותר עליו. אלא מהי? משניתן צו המינוי של המפרק

הזמני על ידי בית המשפט, נכנס המפרק הזמני הלכה למעשה לנעלי החברה, וכל פעולה שהוא מבצע היא למעשה פעולת החברה.

...

מינויו וסמכויותיו של המפרק הזמני מפקיעות את זכויותיהם של מנהלי החברה וחברי הדירקטוריון שלה, כפי שהיו עובר למתן צו הפירוק, ולמעשה משהוקנו כל נכסי החברה למפרק על פי צו הפירוק, אין המפרק זקוק לאישור נוסף על מנת לעיין במסמכי החברה עליהם נטען כי חל החיסיון. ויובהר, **במינויו של המפרק הזמני הופך הוא לבעל החיסיון הלכה למעשה והוא זה אשר ראוי לוותר עליו**. למעלה מן הצורך יצוין כי אין בבקשתו של המפרק הזמני לעיין במסמכים כדי לוותר על החיסיון".

68. עמדת לשכת עורכי הדין תומכת אף היא בעניין זה, כאשר ועדת האתיקה דנה במקרה בו עורך דין העניק ייעוץ משפטי לחברה בענייניה המסחריים וכן ייעוץ משפטי לבעל החברה ולמנהלה. לימים נקלעה החברה לקשיים ולאור טענות בדבר חובות ללקוחות ושימוש שלא כדין בכספי לקוחות, החלה להתנהל כנגד החברה וכנגד בעליה חקירה של רשות ניירות ערך ואף ניתן לה צו פירוק. עורך הדין פנה לוועדת האתיקה בשאלה האם במסגרת הליך פירוק או חקירה לגבי חברה ישראלית ראוי עורך הדין של החברה ושל בעליה למסור מידע ו/או מסמכים הקשורים לעסקי בעלי החברה שהגיעו לידיעתו או נוצרו על ידו במסגרת הייעוץ המשפטי שהעניק לבעלים.

69. ועדת האתיקה קבעה כי מאחר והמפרק נכנס בנעלי בעלי המניות והמנהלים בחברה, בנסיבות המתוארות, הוא ראוי לבקש את המידע הנדרש.

נספח 7 – העמודים הרלוונטיים מתוך גיליון 99 של "עט ואתיקה" שפורסם באפריל 2017.

70. אמור מעתה, כי משעה שהחברה נקלעה להליכי פירוק ומונה בעל תפקיד לחברה, הפועל בפקוח בית המשפט הנכבד, היחיד שיכול לטעון לחיסיון הינו המפרק.

71. מעבר לאמור לעיל, בהתאם להוראות הדין, מי שראוי לוותר על חיסיון עורך דין לקוח הוא **הלקוח בלבד** :

72. ראה לעניין זה הקבוע בסעיף 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986 :

פרק ו': חובת הסודיות

19. עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו, זולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת; הוראה זו אינה חלה על גילוי בהליך משפטי, חקירה או חיפוש שאינו חסוי על פי סעיף 90 לחוק.

73. ראה לעניין זה גם הקבוע בסעיף 47 לחוק בתי המשפט :

"ראיות מפלילות"

47. (א) אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.

(ב) ביקש אדם להימנע ממסירת ראיה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא

תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.

(ג) נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסניגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט".

74. וכן סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 :

סוד מקצועי

90. דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם.

75. טענתו של משרד מטרי כי הדירקטורים החיצוניים ביקשו כי "זכויותיהם ישמרו גם במסגרת הליכי חדלות הפירעון בחברה ובכלל זה ובמפורש, זכותם לחסיון עם העורך דין ששכר לצורך מתן יעוץ יחודי להם" הינה טענה חסרת בסיס אשר משרד מטרי מעולם לא הציג כל אסמכתא התומכת בטענה זו. כלומר – אין כל אסמכתא שהוצגה לפיה מי מהדירקטורים ביקשו לוותר על חיסיון עורך – דין לקוח.

76. ההפך הוא הנכון – קיימות שתי אינדיקציות לכך כי לא מר קנטרביץ ולא מר ענבר ביקשו להחיל טענת חסינות בנוגע למסמכים.

77. מר ענבר אישר בעצמו בשיחת זום שהתקיימה עם הנאמן ועם משרד מטרי כי הוא לא ביקש מעורכי הדין להטיל חיסיון על המסמכים המבוקשים.

78. גם מר קנטרביץ, שכאמור התייצב לחקירה, לא ביקש להעלות ולא העלה כל טענה לחיסיון עורך דין-לקוח החל על המסמכים במסגרת חקירתו.

79. למעשה, היחיד שהעלה את הטענה כי מדובר במסמכים החוסים תחת חיסיון עורך דין לקוח הינו משרד מטרי ומשרד מטרי בלבד. כאמור, שעה שמשרד מטרי אינו הלקוח אלא מי שנתן את הייעוץ המשפטי, אינו יכול לטעון לזכות חיסיון שאינה נתונה לו מלכתחילה.

80. טענה זו, נובעת כנראה, מרצונו של משרד מטרי להסתיר מסמכים הקשורים בייעוץ משפטי הניתן על ידו בנוגע לאירועים והחלטות שהתקבלו בחברה, אשר נבדקים על ידי הנאמן במסגרת בחינת נסיבות קריסתה של החברה.

81. יושם לב שבהתאם לנטען במכתבו של עו"ד גבע מיום 5.12.2021, מר ענבר פנה למשרד מטרי בחודש נובמבר 2019 לקבלת ייעוץ משפטי עצמאי.

82. הווה אומר כי בטרם מועד זה, לא ניתן כל ייעוץ משפטי עצמאי למי מהדח"צים או למר ארי קנטרביץ ומשכך, ממילא אין ולא יכול להיות חולק כי בטרם למועד זה הנאמן זכאי לקבל את כל המסמכים המצויים בידי משרד מטרי המבוקשים במסגרת בקשה זו. וזאת, מבלי לפגוע ביתר הטענות לפיהן הנאמן זכאי לקבלת כלל המסמכים שהתבקשו בהתאם להוראות הדין וההלכה הפסוקה.

3.ד. העדר מסמכים התומכים בטענה כי הייעוץ המשפטי שניתן הינו בהתאם לסעיף 266 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 ("חוק החברות")

83. במכתבו של עו"ד גבע מיום 5.12.2021 מפנה עו"ד גבע לסעיף 266 לחוק החברות לפיו זכאי לכאורה דירקטור לקבל ייעוץ עצמאי חסוי.

84. כפי שיפורט להלן, טענה זו לא רק שלא תואמת את הוראות החוק אלא כי עו"ד גבע לא העביר כל מסמך בעניינה:

85. ואלה הם הוראות סעיף 266 לחוק החברות:

"זכות להעסיק יועצים

266. (א) לצורך ביצוע תפקידו זכאי דירקטור, במקרים מיוחדים, לקבל ייעוץ מקצועי על חשבון החברה, אם כיסוי ההוצאה אושר על ידי דירקטוריון החברה או על ידי בית המשפט.

(ב) בית המשפט, בבואו להחליט בבקשה כאמור בסעיף קטן (א) ישקול, בין היתר, האם המומחים של החברה אינם מספקים את הסיוע הנדרש לדירקטור לצורך מילוי תפקידו, ואת הסבירות של הסכום המבוקש בהתחשב בעילה לבקשת הייעוץ ובמצבה הכספי של החברה".

86. ראשית, בניגוד לטענתו של עו"ד גבע – אין הסעיף קובע כי מדובר בייעוץ חסוי.

87. שנית, על מנת שהוצאות הליווי המשפטי יוצאו על ידי החברה – על הדבר להיות מאושר על ידי דירקטוריון החברה או על ידי בית המשפט. עו"ד גבע לא צירף כל החלטת דירקטוריון אשר אישרה את הייעוץ המשפטי הנפרד וגם לא צירף כל החלטה של בית משפט המאשרת זאת.

88. סעיף 266 קובע כי מדובר "במקרים מיוחדים" בהם מבקש הדירקטור ייעוץ מקצועי על חשבון החברה. עו"ד גבע לא הצביע על הנסיבות המיוחדות אשר הצדיקו כי החברה תישא בהוצאות משפטיות נפרדות של ייעוץ משפטי עצמאי למי מהדח"צים, בנפרד מהייעוץ המשפטי שניתן לוועדה.

89. בשים לב לאמור לעיל, אין כל בסיס לטענתו של עו"ד גבע בעניין החלת סעיף 266 על המקרה שבנדון.

90. ויודגש: עו"ד גבע לא הציג ייפוי מזמן אמת של נושאי המשרה שהוא טוען שנתן להן ייעוץ, לא הציג הסכם שכר טרחה, לא הציג פניה לחברה שבה הוצגה הבקשה לממן ייעוץ נפרד לדירקטורים, ולמעשה לא תמך את טענתו במסמך כלשהו.

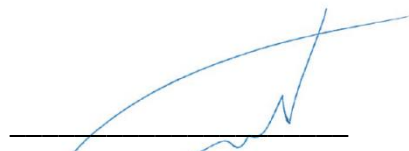
ה. סיכום

91. לאור הנסיבות המפורטות במסגרת הבקשה, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות כאמור ברישא בקשה זו.



טלי שלו, עו"ד

ב"כ נאמן חברת אידיבי חברה לפתוח בע"מ
(בפירוק)



אופיר נאור, עו"ד

נאמן חברת אידיבי חברה לפתוח בע"מ
(בפירוק)

נאור-גרשט, עורכי דין

היום: 12 בדצמבר, 2021.

10 אסמכתא

Commodity Futures Trading Comm'n v. Weintraub (1985)

עמ' 105

471 U.S. 343 (1985)

COMMODITY FUTURES TRADING COMMISSION

v.

WEINTRAUB ET AL.

No. 84-261.

Supreme Court of United States.

Argued March 19, 1985

Decided April 29, 1985

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SEVENTH CIRCUIT

345 *344 *Bruce N. Kuhlik* argued the cause *pro hac vice* for petitioner. With him on the briefs were *Solicitor General Lee*, *345 *Deputy Solicitor General Bator*, *Kenneth M. Raisler*, *Whitney Adams*, and *Helen G. Blechman*.

David A. Epstein argued the cause for respondents. With him on the brief for respondents McGhee et al. was *Gary A. Weintraub, pro se*.^[*]

JUSTICE MARSHALL delivered the opinion of the Court.

The question here is whether the trustee of a corporation in bankruptcy has the power to waive the debtor corporation's attorney-client privilege with respect to communications that took place before the filing of the petition in bankruptcy.

I

The case arises out of a formal investigation by petitioner Commodity Futures Trading Commission to determine whether Chicago Discount Commodity Brokers (CDCB), or persons associated with that firm, violated the Commodity Exchange Act, 7 U. S. C. § 1 *et seq.* CDCB was a discount commodity brokerage house registered with the Commission, pursuant to 7 U. S. C. § 6d(1), as a futures commission merchant. On October 27, 1980, the Commission filed a complaint against CDCB in the United States District Court for the Northern District of Illinois alleging violations of the Act. That same day, respondent Frank McGhee, acting as sole director and officer of CDCB, entered into a consent decree with the Commission, which provided for the appointment of a receiver and for the receiver to file a petition for liquidation under Chapter 7 of the Bankruptcy Reform Act of 1978 (Bankruptcy Code). The District Court appointed John K. Notz, Jr., as receiver.

346 Notz then filed a voluntary petition in bankruptcy on behalf of CDCB. He sought relief under Subchapter IV of Chapter 7 of the Bankruptcy Code, which provides for the *346 liquidation of bankrupt commodity brokers. 11 U. S. C. §§ 761-766. The Bankruptcy Court appointed Notz as interim trustee and, later, as permanent trustee.

As part of its investigation of CDCB, the Commission served a subpoena *duces tecum* upon CDCB's former counsel, respondent Gary Weintraub. The Commission sought Weintraub's testimony about various CDCB matters, including suspected misappropriation of customer funds by CDCB's officers and employees, and other fraudulent activities. Weintraub appeared for his deposition and responded to numerous inquiries but refused to answer 23 questions, asserting CDCB's attorney-client privilege. The Commission then moved to compel answers to those questions. It argued that Weintraub's assertion of the attorney-client privilege was inappropriate because the privilege could not be used to "thwart legitimate access to information sought in an administrative investigation." App. 44.

Even though the Commission argued in its motion that the matters on which Weintraub refused to testify were not protected by CDCB's attorney-client privilege, it also asked Notz to waive that privilege. In a letter to Notz, the Commission maintained that CDCB's former officers, directors, and employees no longer had the authority to assert the privilege. According to the Commission, that

power was vested in Notz as the then-interim trustee. *Id.*, at 47-48. In response to the Commission's request, Notz waived "any interest I have in the attorney/client privilege possessed by that debtor for any communications or information occurring or arising on or before October 27, 1980" — the date of Notz' appointment as receiver. *Id.*, at 49.

347 On April 26, 1982, a United States Magistrate ordered Weintraub to testify. The Magistrate found that Weintraub had the power to assert CDCB's privilege. He added, however, that Notz was "successor in interest of all assets, rights and privileges of CDCB, including the attorney/client privilege at issue herein," and that Notz' waiver was therefore valid. App. to Pet. for Cert. 19a-20a. The District Court *347 upheld the Magistrate's order on June 9. *Id.*, at 18a. Thereafter, Frank McGhee and his brother, respondent Andrew McGhee, intervened and argued that Notz could not validly waive the privilege over their objection. Record, Doc. No. 49, p. 7.^[1] The District Court rejected this argument and, on July 27, entered a new order requiring Weintraub to testify without asserting an attorney-client privilege on behalf of CDCB. App. to Pet. for Cert. 17a.^[2]

The McGhees appealed from the District Court's order of July 27 and the Court of Appeals for the Seventh Circuit reversed. 722 F. 2d 338 (1984). It held that a bankruptcy trustee does not have the power to waive a corporate debtor's attorney-client privilege with respect to communications that occurred before the filing of the bankruptcy petition. The court recognized that two other Circuits had addressed the question and had come to the opposite conclusion. See *In re O. P. M. Leasing Services, Inc.*, 670 F. 2d 383 (CA2 1982); *Citibank, N. A. v. Andros*, 666 F. 2d 1192 (CA8 1981).^[3] We granted certiorari to resolve the conflict. 469 U. S. 929 (1984). We now reverse the Court of Appeals.

348 *348 II

It is by now well established, and undisputed by the parties to this case, that the attorney-client privilege attaches to corporations as well as to individuals. *Upjohn Co. v. United States*, 449 U. S. 383 (1981). Both for corporations and individuals, the attorney-client privilege serves the function of promoting full and frank communications between attorneys and their clients. It thereby encourages observance of the law and aids in the administration of justice. See, e. g., *Upjohn Co. v. United States*, *supra*, at 389; *Trammel v. United States*, 445 U. S. 40, 51 (1980); *Fisher v. United States*, 425 U. S. 391, 403 (1976).

The administration of the attorney-client privilege in the case of corporations, however, presents special problems. As an inanimate entity, a corporation must act through agents. A corporation cannot speak directly to its lawyers. Similarly, it cannot directly waive the privilege when disclosure is in its best interest. Each of these actions must necessarily be undertaken by individuals empowered to act on behalf of the corporation. In *Upjohn Co.*, we considered whether the privilege covers only communications between counsel and top management, and decided that, under certain circumstances, communications between counsel and lower-level employees are also covered. Here, we face the related question of which corporate actors are empowered to waive the corporation's privilege.

349 The parties in this case agree that, for solvent corporations, the power to waive the corporate attorney-client privilege rests with the corporation's management and is normally exercised by its officers and directors.^[4] The managers, of *349 course, must exercise the privilege in a manner consistent with their fiduciary duty to act in the best interests of the corporation and not of themselves as individuals. See, e. g., *Dodge v. Ford Motor Co.*, 204 Mich. 459, 507, 170 N. W. 668, 684 (1919).

The parties also agree that when control of a corporation passes to new management, the authority to assert and waive the corporation's attorney-client privilege passes as well. New managers installed as a result of a takeover, merger, loss of confidence by shareholders, or simply normal succession, may waive the attorney-client privilege with respect to communications made by former officers and directors. Displaced managers may not assert the privilege over the wishes of current managers, even as to statements that the former might have made to counsel concerning matters within the scope of their corporate duties. See Brief for Petitioner 11; Tr. of Oral Arg. 26. See generally *In re O. P. M. Leasing Services, Inc.*, *supra*, at 386; *Citibank v. Andros*, *supra*, at 1195; *In re Grand Jury Investigation*, 599 F. 2d 1224, 1236 (CA3 1979); *Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 572 F. 2d 596, 611, n. 5 (CA8 1978) (en banc).^[5]

The dispute in this case centers on the control of the attorney-client privilege of a corporation in bankruptcy. The Government maintains that the power to exercise that privilege with respect to prebankruptcy communications passes to the bankruptcy trustee. In contrast, respondents maintain that this power remains with the debtor's directors.

III

350 As might be expected given the conflict among the Courts of Appeals, the Bankruptcy Code does not explicitly address *350 the question before us. Respondents assert that 11 U. S. C. § 542(e) is dispositive, but we find reliance on that provision misplaced. Section 542(e) states:

"Subject to any applicable privilege, after notice and a hearing, the court may order an attorney, accountant, or other person that holds recorded information, including books, documents, records, and papers, relating to the debtor's property or financial affairs, to disclose such recorded information to the trustee" (emphasis added).

According to respondents, the "subject to any applicable privilege" language means that the attorney cannot be compelled to turn over to the trustee materials within the corporation's attorney-client privilege. In addition, they claim, this language would be superfluous if the trustee had the power to waive the corporation's privilege.

The statutory language does not support respondents' contentions. First, the statute says nothing about a trustee's authority to waive the corporation's attorney-client privilege. To the extent that a trustee has that power, the statute poses no bar on his ability to obtain materials within that privilege. Indeed, a privilege that has been properly waived is not an "applicable" privilege for the purposes of § 542(e).

Moreover, rejecting respondents' reading does not render the statute a nullity, as privileges of parties other than the corporation would still be "applicable" as against the trustee. For example, consistent with the statute, an attorney could invoke the personal attorney-client privilege of an individual manager.

The legislative history also makes clear that Congress did not intend to give the debtor's directors the right to assert the corporation's attorney-client privilege against the trustee. Indeed, statements made by Members of Congress regarding the effect of § 542(e) "specifically deny any attempt to create an attorney-client privilege assertable on behalf of the debtor against the trustee." *In re O. P. M. Leasing Services, Inc.*, 13 B. R. 54, 70 (SDNY 1981) (Weinfeld, J.), *aff'd*, 670 F. 2d 383 (CA2 1982); see also 4 Collier on Bankruptcy ¶ 542.06 (15th ed. 1985). Rather, Congress intended that the courts deal with this problem:

"The extent to which the attorney client privilege is valid against the trustee is unclear under current law and is left to be determined by the courts on a case by case basis." 124 Cong. Rec. 32400 (1978) (remarks of Rep. Edwards); *id.*, at 33999 (remarks of Sen. DeConcini).

The "subject to any applicable privilege" language is thus merely an invitation for judicial determination of privilege questions.

In addition, the legislative history establishes that § 542(e) was intended to restrict, not expand, the ability of accountants and attorneys to withhold information from the trustee. Both the House and the Senate Reports state that § 542(e) "is a new provision that deprives accountants and attorneys of the leverage that they ha[d], . . . under State law lien provisions, to receive payment in full ahead of other creditors when the information they hold is necessary to the administration of the estate." S. Rep. No. 95-989, p. 84 (1978); H. R. Rep. No. 95-595, pp. 369-370 (1977). It is therefore clear that § 542(e) was not intended to limit the trustee's ability to obtain corporate information.

IV

In light of the lack of direct guidance from the Code, we turn to consider the roles played by the various actors of a corporation in bankruptcy to determine which is most analogous to the role played by the management of a solvent corporation. See *Butner v. United States*, 440 U. S. 48, 55 (1979). Because the attorney-client privilege is controlled, outside of bankruptcy, by a corporation's management, the actor whose duties most closely resemble those of management *352 should control the privilege in bankruptcy, unless such a result interferes with policies underlying the bankruptcy laws.

A

The powers and duties of a bankruptcy trustee are extensive. Upon the commencement of a case in bankruptcy, all corporate property passes to an estate represented by the trustee. 11 U. S. C. §§ 323, 541. The trustee is "accountable for all property received," §§ 704(2), 1106(a)(1), and has the duty to maximize the value of the estate, see § 704(1); *In re Washington Group, Inc.*, 476 F. Supp. 246, 250 (MDNC 1979), *aff'd sub nom. Johnston v. Gilbert*, 636 F. 2d 1213 (CA4 1980), *cert. denied*, 452 U. S. 940 (1981). He is directed to investigate the debtor's financial affairs, §§

704(4), 1106(a)(3), and is empowered to sue officers, directors, and other insiders to recover, on behalf of the estate, fraudulent or preferential transfers of the debtor's property, §§ 547(b)(4)(B), 548. Subject to court approval, he may use, sell, or lease property of the estate, § 363(b).

Moreover, in reorganization, the trustee has the power to "operate the debtor's business" unless the court orders otherwise. § 1108. Even in liquidation, the court "may authorize the trustee to operate the business" for a limited period of time. § 721. In the course of operating the debtor's business, the trustee "may enter into transactions, including the sale or lease of property of the estate" without court approval. § 363(c)(1).

353 As even this brief and incomplete list should indicate, the Bankruptcy Code gives the trustee wide-ranging management authority over the debtor. See 2 Collier on Bankruptcy ¶ 323.01 (15th ed. 1985). In contrast, the powers of the debtor's directors are severely limited. Their role is to turn over the corporation's property to the trustee and to provide certain information to the trustee and to the creditors. §§ 521, 343. Congress contemplated that when a trustee is appointed, he assumes control of the business, and *353 the debtor's directors are "completely ousted." See H. R. Rep. No. 95-595, pp. 220-221 (1977).^[6]

In light of the Code's allocation of responsibilities, it is clear that the trustee plays the role most closely analogous to that of a solvent corporation's management. Given that the debtor's directors retain virtually no management powers, they should not exercise the traditional management function of controlling the corporation's attorney-client privilege, see *supra*, at 348, unless a contrary arrangement would be inconsistent with policies of the bankruptcy laws.

B

354 We find no federal interests that would be impaired by the trustee's control of the corporation's attorney-client privilege with respect to prebankruptcy communications. On the other hand, the rule suggested by respondents — that the debtor's directors have this power — would frustrate an important goal of the bankruptcy laws. In seeking to maximize the value of the estate, the trustee must investigate the conduct of prior management to uncover and assert causes of action against the debtor's officers and directors. See generally 11 U. S. C. §§ 704(4), 547, 548. It would often be extremely difficult to conduct this inquiry if the former management were allowed to control the corporation's attorney-client privilege and therefore to control access to the corporation's legal files. To the extent that management had wrongfully diverted or appropriated corporate assets, it could use the privilege as a shield against the trustee's efforts to identify those assets. The Code's goal of uncovering insider fraud would be substantially defeated if the debtor's directors were to retain the one management power that might effectively thwart an investigation into their own *354 conduct. See generally *In re Browy*, 527 F. 2d 799, 802 (CA7 1976) *(per curiam)*.

Respondents contend that the trustee can adequately investigate fraud without controlling the corporation's attorney-client privilege. They point out that the privilege does not shield the disclosure of communications relating to the planing or commission of ongoing fraud, crimes, and ordinary torts, see, e. g., *Clark v. United States*, 289 U. S. 1, 15 (1933); *Garner v. Wolfenbarger*, 430 F. 2d 1093, 1102-1103 (CA5 1970), cert. denied, 401 U. S. 974 (1971), Brief for Respondents 11. The problem, however, is making the threshold showing of fraud necessary to defeat the privilege. See *Clark v. United States*, *supra*, at 15. Without control over the privilege, the trustee might not be able to discover hidden assets or looting schemes, and therefore might not be able to make the necessary showing.

In summary, we conclude that vesting in the trustee control of the corporation's attorney-client privilege most closely comports with the allocation of the waiver power to management outside of bankruptcy without in any way obstructing the careful design of the Bankruptcy Code.

V

Respondents do not seriously contest that the bankruptcy trustee exercises functions analogous to those exercised by management outside of bankruptcy, whereas the debtor's directors exercise virtually no management functions at all. Neither do respondents seriously dispute that vesting control over the attorney-client privilege in the trustee will facilitate the recovery of misappropriated corporate assets.

355 Respondents argue, however, that the trustee should not obtain control over the privilege because, unlike the management of a solvent corporation, the trustee's primary loyalty goes not to shareholders but to creditors, who elect him and who often will be the only beneficiaries of his efforts. See 11 U. S. C. §§ 702 (creditors elect trustee), 726(a) (shareholders *355 are last to recover in bankruptcy). Thus, they contend, as a practical matter bankruptcy trustees represent only the creditors. Brief for Respondents 22.

We are unpersuaded by this argument. First, the fiduciary duty of the trustee runs to shareholders as well as to creditors. See, e. g., In re Washington Group, Inc., 476 F. Supp., at 250; In re Ducker, 134 F. 43, 47 (CA6 1905).^[7] Second, respondents do not explain why, out of all management powers, control over the attorney-client privilege should remain with those elected by the corporation's shareholders. Perhaps most importantly, respondents' position ignores the fact that bankruptcy causes fundamental changes in the nature of corporate relationships. One of the painful facts of bankruptcy is that the interests of shareholders become subordinated to the interests of creditors. In cases in which it is clear that the estate is not large enough to cover any shareholder claims, the trustee's exercise of the corporation's attorney-client privilege will benefit only creditors, but there is nothing anomalous in this result; rather, it is in keeping with the hierarchy of interests created by the bankruptcy laws. See generally 11 U. S. C. § 726(a).

356 Respondents also ignore that if a debtor remains in possession — that is, if a trustee is not appointed — the debtor's directors bear essentially the same fiduciary obligation to creditors and shareholders as would the trustee for a debtor out of possession. Wolf v. Weinstein, 372 U. S. 633, 649-652 (1963). Indeed, the willingness of courts to leave debtors in possession "is premised upon an assurance that the officers and managing employees can be depended upon to carry out the fiduciary responsibilities of a trustee." *Id.*, at 651. Surely, then, the management of a debtor-in-
357 possession *356 would have to exercise control of the corporation's attorney-client privilege consistently with this obligation to treat all parties, not merely the shareholders, fairly. By the same token, when a trustee is appointed, the privilege must be exercised in accordance with the trustee's fiduciary duty to all interested parties.

To accept respondents' position would lead to one of two outcomes: (1) a rule under which the management of a debtor-in-possession exercises control of the attorney-client privilege for the benefit only of shareholders but exercises all of its other functions for the benefit of both shareholders and creditors, or (2) a rule under which the attorney-client privilege is exercised for the benefit of both creditors and shareholders when the debtor remains in possession, but is exercised for the benefit only of shareholders when a trustee is appointed. We find nothing in the bankruptcy laws that would suggest, much less compel, either of these implausible results.

VI

357 Respondents' other arguments are similarly unpersuasive. First, respondents maintain that the result we reach today would also apply to *individuals* in bankruptcy, a result that respondents find "unpalatable." Brief for Respondents 27. But our holding today has no bearing on the problem of individual bankruptcy, which we have no reason to address in this case. As we have stated, a corporation, as an inanimate entity, must act through agents. See *supra*, at 348. When the corporation is solvent, the agent that controls the corporate attorney-client privilege is the corporation's management. Under our holding today, this power passes to the trustee because the trustee's functions are more closely analogous to those of management outside of bankruptcy than are the functions of the debtor's directors. An individual, in contrast, can act for himself; there is no "management" that controls a solvent individual's attorney-client privilege. If control over that privilege passes to a trustee, it must be *357 under some theory different from the one that we embrace in this case.

Second, respondents argue that giving the trustee control over the attorney-client privilege will have an undesirable chilling effect on attorney-client communications. According to respondents, corporate managers will be wary of speaking freely with corporate counsel if their communications might subsequently be disclosed due to bankruptcy. See Brief for Respondents 37-42; see also 722 F. 2d, at 343. But the chilling effect is no greater here than in the case of a solvent corporation, where individual officers and directors always run the risk that successor management might waive the corporation's attorney-client privilege with respect to prior management's communications with counsel. See *supra*, at 348-349.

Respondents also maintain that the result we reach discriminates against insolvent corporations. According to respondents, to prevent the debtor's directors from controlling the privilege amounts to "economic discrimination" given that directors, as representatives of the shareholders, control the privilege for solvent corporations. Brief for Respondents 42; see also 722 F. 2d, at 342-343. Respondents' argument misses the point that, by definition, corporations in bankruptcy are treated differently from solvent corporations. "Insolvency is a most important and material fact, not only with individuals but with corporations, and with the latter as with the former the mere fact of its existence may change radically and materially its rights and obligations." McDonald v. Williams, 174 U. S. 397, 404 (1899). Respondents do not explain why we should be particularly concerned about differential treatment in this context.

358 Finally, respondents maintain that upholding trustee waivers would create a disincentive for debtors to invoke the protections of bankruptcy and provide an incentive for creditors to file for involuntary bankruptcy. According to respondents, "[i]njection of such considerations into bankruptcy *358 would skew the application of the bankruptcy laws in a manner not contemplated by Congress." Brief for Respondents 43. The law creates numerous incentives, both for and against the filing of bankruptcy petitions. Respondents do not explain why our holding creates incentives that are inconsistent with congressional intent, and we do not believe that it does.

VII

For the foregoing reasons, we hold that the trustee of a corporation in bankruptcy has the power to waive the corporation's attorney-client privilege with respect to pre-bankruptcy communications. We therefore conclude that Notz, in his capacity as trustee, properly waived CDCB's privilege in this case. The judgment of the Court of Appeals for the Seventh Circuit is accordingly reversed.

It is so ordered.

JUSTICE POWELL took no part in the consideration or decision of this case.

[*] *John K. Notz, Jr., pro se, and David F. Heroy* filed a brief for John K. Notz, Jr., Trustee, as *amicus curiae* urging reversal.

[1] The Court of Appeals found that Andrew McGhee resigned his position as officer and director of CDCB on October 21, 1980. 722 F. 2d 338, 339 (1984). Frank McGhee, however, remained as an officer and director. See n. 5, *infra*.

[2] The June 9 order had not made clear that Weintraub was barred only from invoking the *corporation's* attorney-client privilege.

[3] The Court of Appeals distinguished *O. P. M. Leasing*, where waiver of the privilege was opposed by the corporation's sole voting stockholder, on the ground that the corporation in *O. P. M. Leasing* had no board of directors in existence during the tenure of the trustee. Here, instead, Frank McGhee remained an officer and director of CDCB during Notz' trusteeship. 722 F. 2d, at 341. The court acknowledged, however, a square conflict with *Citibank v. Andros*.

After the Court of Appeals' decision in this case, the Court of Appeals for the Ninth Circuit held that a bankruptcy examiner has the power to waive the corporation's attorney-client privilege over the objections of the debtor-in-possession. *In re Boileau*, 736 F. 2d 503 (1984). That holding also conflicts with the holding of the Seventh Circuit in this case.

[4] State corporation laws generally vest management authority in a corporation's board of directors. See, e. g., Del. Code Ann., Tit. 8, § 141 (1983); N. Y. Bus. Corp. Law § 701 (McKinney Supp. 1983-1984); Model Bus. Corp. Act § 35 (1979). The authority of officers derives legally from that of the board of directors. See generally Eisenberg, Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants, 63 Calif. L. Rev. 375 (1975). The distinctions between the powers of officers and directors are not relevant to this case.

[5] It follows that Andrew McGhee, who is now neither an officer nor a director, see n. 1, *supra*, retains no control over the corporation's privilege. The remainder of this opinion therefore focuses on whether Frank McGhee has such power.

[6] While this reference is to the role of a trustee in reorganization, nothing in the Code or its legislative history suggests that the debtor's directors enjoy substantially greater powers in liquidation.

[7] The propriety of the trustee's waiver of the attorney-client privilege in a particular case can, of course, be challenged in the bankruptcy court on the ground that it violates the trustee's fiduciary duties. Respondents, however, did not challenge the waiver on those grounds; rather, they asserted that the trustee never has the power to waive the privilege.

Save trees - read court opinions online on Google Scholar.

אסמכתא 11

בש"א 18215/02 (מחוזי ת"א) רואה-
חשבון א' להב, המנהל המיוחד והנאמן
לחברת משב תעשיות קרור בע"מ נ'
הרשות לניירות ערך, פי"ד סב(1) 558
(2002)

עמ' 112

בש"א (ת"א) 18215/02 המנהל המיוחד והנאמן לחברת משב
תעשיות קרור בע"מ נ' הרשות לניירות ערך

פ"מ, תשס"ב(1) 558

בקשות שונות אזרחי 18215 / 02

פשיטת רגל 1748 / 02

א

רואה-חשבון א' להב, המנהל המיוחד והנאמן
לחברת משב תעשיות קרור בע"מ

נגד

ב

1. הרשות לניירות ערך
2. משרד מ' זליגמן ושות', עורכי-דין
3. כונס הנכסים הרשמי

ג

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

[29.12.2002]

לפני השופטת ר' אלשיך

ד

המשיבה 1 מנהלת חקירות בגין חשדות בדבר התנהלות בלתי תקינה של החברה, שהמבקש הוא
נאמן ומנהל מיוחד שלה, טרם כניסת החברה להקפאת הליכים. המשיבה 1 פנתה אל המבקש
בבקשה כי יוותר על חיסיון עורך-דין-לקוח החל על מסמכים שונים המצויים בידי המשיב 2
שייצג את החברה קודם להקפאת ההליכים. המבקש פנה לבית-המשפט כדי לקבל הוראות
מתאימות. ועדת האתיקה של לשכת עורכי-הדין (להלן – הוועדה) מתנגדת למבוקש וטוענת כי
אין בידי הנאמן יכולת וסמכות לוותר על החיסיון אלא אם תוקנה לו כזו על-ידי צו.

ה

בית-המשפט המחוזי פסק:

א. (1) הליך זה איננו הליך תפיסה ועיון במסמכים ואין בו כל קביעה או ניסיון לקבוע עמדה
בשאלת זכותה של המשיבה 1 לתפוס ולעיין במסמך כלשהו בלא הסכמת בעליו.
ההליך דגן הינו הליך מקדמי במהותו, אשר תפקידו להכריע את זהות או מיהות בעל
החיסיון. הליך זה נועד לקבוע אם נאמן בהקפאת הליכים הינו האדם אשר זכותו
להסכים להסרת החיסיון וליתן לרשות לניירות ערך יכולת ואפשרות לעיין בכל
המסמכים המבוקשים על-ידיה או בחלקם (563ב – ג).

ו

(2) עצם ההליך של תפיסה ועיון, על דקויותיו וסדרי הדין המיוחדים לו, לא יידון בבית-
משפט של חדלות פירעון, באשר אין הוא מתאים כלל ועיקר להידון בו, קל וחומר
שלא במסגרת בקשה אזרחית למתן הוראות (563ה).

ז

ב. (1) ישותה המשפטית של חברה היא קונסטרוקציה משפטית הבאה לשרת מטרות
כלכליות ומשפטיות. אין מדובר לכל דבר ועניין באדם המסוגל לשקול בעצמו האם

פ"מ, כרך תשס"ב, חלק ראשון, תשס"ב-2002

558

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Users\mayag\Downloads\m021748a-padi.doc

לעמוד או לוותר על זכות המוקנית לו על-פי חוק. כל עוד מדובר בחברה סולבנטית, הרי ש"שיקול-דעתה" של הישות המשפטית נשלט בידי בעלי השליטה בחברה הפועלים בה לפי צורכיהם, שיקול-דעתם והאינטרסים שלהם, וזאת בכפוף לכל דין (1563 – ז).

א

(2) מצב זה משתנה כאשר קורסים עסקיה של החברה והיא נקלעת להליכי חדלות פירעון. חלק ממשמעותו האינהרנטית של הליך הפירוק הינו הפקעת השליטה בישות חדלת הפירעון מבעלי השליטה המקוריים והעברתה לאורגן הממונה בידי בית-המשפט של חדלות פירעון, בניגוד להליכי כינוס נכסים אשר מן הבחינה הפורמאלית אינם חורגים מהיחסים הרגילים בין נושה בעל בטוחה לחייב. ההבדל בין פירוק לכינוס הוא בעיקר ההבדל בין הליך קולקטיבי לבין הליך דו-צדדי. כפועל יוצא מכך, בעוד שכינוס נכסים משאיר את הישות המשפטית, לכאורה, ברשות בעליה הקודמים, הרי שפירוק יורד לעצם הישות המשפטית ולוכד את כל כולה ברשתו (564 א – ב).

ב

(3) הקפאת הליכים היא הליך שמטרתו שיקום החברה והוא מתאפיין ביסודות קולקטיביים הדומים מאוד לפירוק. בדרך-כלל, כרוכה הקפאת הליכים מעצם טיבה בהפקעת השליטה מידי בעלי השליטה והנאמן או המנהל המיוחד באים בנעליהם לכל דבר ועניין. מצב זה, שדירקטוריון החברה איבד בו כל תוכן וסמכות, הינו עובדה המזדקרת לעין באופן בולט במיוחד בנסיבות המקרה דנן שלמעשה הדירקטוריון התפורר בו ומרבית חבריו התפטרו עוד ערב הכניסה להקפאת הליכים. עמדה המקנה את הוויתור על החיסיון בידי דירקטוריון מסוג זה שקולה לעמדה אשר מונעת ויתור עליו כלל ועיקר. מאז תחילתה של הקפאת הליכים שימש המנהל המיוחד כאחראי האחד והיחיד על כל עסקי החברה לכל גווניהם השונים (564 ג – ה).

ג

ד

(4) הדמיון בין הקפאת הליכים לפירוק חזר ועלה בשורה של פסקי-דין העוסקים בהקפאות הליכים. לעניין זה נקבע כי הפרקטיקה המשפטית והשיפוטית משלימה את החסרים שבדיני שיקום החברה מתוך דיני הפירוק ולכן בידי הנאמן אותן הסמכויות המוקנות, בדיני הפירוק, למפרק (1564, 565 א).

ה

(5) עצם מינוי נאמן, בדומה למינוי מפרק, מפקיע בדרך-כלל מאליו את השליטה מידי הדירקטוריון, זאת אלא אם נאמר אחרת בכתב-המינוי במפורש או במשמע. בדרך-כלל, כאשר מדובר בצו מינוי מפורט ורחב יריעה של נאמן אשר ברור מלשונו וממהותו כי יועד להקנות לנאמן את כל סמכויות הניהול של החברה, העובדה כי סמכות פלונית הושמטה מכתב-המינוי אין בה בכדי לרמז כי לא ניתנה בידיו. חיי המעשה מלמדים כי דירקטוריון של חברה מבצע במהלך חיי החברה אינספור פעולות כלכליות ומשפטיות שונות ומגוונות. דרישה פורמאליסטית להסמכת נאמן בכתב-המינוי לבצע כל אחת ואחת מהן במפורש הינה מכבידה ומיותרת בניגוד למצב שהנהלת החברה מוסיפה להתקיים בו ולנהל בפועל חלק מעסקי החברה (566 ה – ו).

ו

(6) הצורך בהפקעת השליטה מידי הדירקטוריון מתחזק לאור האינטרסים הציבוריים הכרוכים בסוגיה העומדת בפני בית-המשפט; מדובר בחברות שקרסו תוך גרימת נזק עצום לבנקים, עובדים, ספקים וצדדים שלישיים נוספים. כל זאת, תוך חשדות למעשים אשר הינם בגדר עבירות פליליות. הנאמן, בכושרו כיד ארוכה של בית-

ז

- המשפט (ובמובן מסוים אף של הנושים), מייצג אף את האינטרס הציבורי (במובן זה גם למען הנושים) המצדיק חשיפת המהלכים השונים אשר נעשו בחברה ערב קריסתה. בנסיבות אלו אין כל מקום להותיר את שיקול-הדעת האם לוותר על החיסיון אם לאו בידי הנהלה אשר חדלה מזמן מלתפקד ואשר ייתכן כי חלק מחבריה חשודים אף הם במעשים אסורים (1566 – 567א).
- א. (1) לאור ההלכה הפסוקה, הנאמן בהקפאת הליכים בא בנעלי האורגנים המוסמכים של החברה, ואי לכך החיסיון והזכות לוותר עליו מוקנים לו, כפי שהיו מוקנים למפרק לו הייתה החברה בפירוק (7567, 568א).
- ב. (2) על הנאמן להפעיל את שיקול-דעתו במעמדו כאורגן המוסמך ולהחליט האם הסרת החיסיון הינה לטובת החברה, כאשר בין שיקוליו יביא גם את האינטרס הציבורי. עם זאת, הוויתור על החיסיון איננו אוטומטי. על הנאמן לשקול היטב האם עשויה החברה במצבה דהיום להיפגע עקב כך אם לאו, ויותר מכך – עליו לבדוק האם יש בידיה את כל המידע הדרוש כדי לבוא להחלטה כזו. לצורך כך טוב יעשה אם יתייעץ עם גורמים רלוונטיים ובעלי מידע מתאים, לרבות חברי דירקטוריון החברה לשעבר. זאת במיוחד נוכח העובדה כי יש מקום, לכאורה, לחשש כי הנאמן איננו מכיר את החברה לפני ולפנים טרם מינויו, וכך גם לעניין שיקולי טובתה (568א – ב).

חקיקה ראשית שאזכרה:

- ת. – [חוק החברות](#), תשנ"ט-1999, סעיף 350(ב).
- [פקודת החברות](#) [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, סעיפים 267, 355.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- ה. [1] [ע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נר\(6\) 752](#).
- פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:
- [2] [פש"ר \(ת"א\) 1378/00](#) טיטן בנק בע"מ נ' ארליך (לא פורסם).
- [3] [פש"ר \(ת"א\) 11448/02](#) רונדופלס בע"מ נ' קרגו אמרפורד אינטרנשיונל (1980) בע"מ (לא פורסם).
- ו. [4] [פש"ר \(ת"א\) 1802/02](#) חיון נ' ארז, עו"ד (לא פורסם).

בקשת מנהל מיוחד ונאמן למתן הוראות.

המבקש טען לעצמו;

- ז. שירלי עזורי – בשם המשיבה 1;
- קרן פלפל – בשם המשיב 3.

החלטה

השופטת ר' אלשיך

א

מונחת בפניי בקשתו של הנאמן והמנהל המיוחד לחברת משב תעשיות בע"מ, כי אתן לו הוראות בקשר לויתור על "חיסיון עורך-דין-לקוח" של החברה, וזאת באשר למסמכים ומידע המצויים ברשות משרד עורכי-הדין מ' זליגמן ושות'. ועדת האתיקה של לשכת עורכי-הדין (להלן – הוועדה) מתנגדת למבוקש, וטוענת כי אין בידי הנאמן יכולת וסמכות לוותר על החיסיון, אלא אם יוקנו לו כאלה על-ידי צו. הונחו בפניי עמדות הצדדים הרלוונטיים ולהלן החלטתי.

ב

העובדות הדורשות עיון ועמדות הצדדים

1. הרשות לניירות ערך מנהלת חקירות (שלא במסגרת תיק הקפאת ההליכים) בגין חשדות בדבר התנהלות בלתי תקינה של החברה טרם כניסתה להקפאת הליכים. היא פנתה במכתב אל המנהל המיוחד ביום 2.10.2002 ובו ביקשה כי המנהל המיוחד יוותר על חיסיון עורך-דין-לקוח החל על מסמכים שונים המצויים בידי משרד מ' זליגמן. משרד זה ייצג את החברה קודם להקפאת ההליכים.

ג

2. אי לכך, פנה המנהל המיוחד לבית-המשפט כדי לקבל הוראות מתאימות. במסגרת הבקשה הרשות הבהירה כי לטעמה הנאמן הוא האורגן המוסמך של החברה, ואי לכך הוא "בא בנעליו" של הלקוח והוא מוסמך לוותר על החיסיון אשר אין חולק כי הוא מוקנה ללקוח ולא לעורך-הדין. מוסיפה הרשות וטוענת כי ראוי שנאמן בהקפאת הליכים, המשמש כ"ידו הארוכה" של בית-המשפט, יסייע לחקירת פעולות החברה, באשר קיים אינטרס ציבורי להשלים ולמצות חקירה זו. זאת, אף נוכח משמעותם של הליכי חדלות פירעון והצורך העולה מהם לחקור את פעולות מנהלי החברה ערב קריסתה.

ד

ה

3. הנאמן הודיע לבית-המשפט כי אין לו התנגדות להסרת החיסיון, בכפוף לכך כי תישמר לו הזכות, אם וכאשר תפתח הרשות בהליך כנגד החברה, לטעון כי הרשות מחויבת לפנות ראשית כול לבית-המשפט, לפי [סעיף 350\(ב\) לחוק החברות](#), תשנ"ט-1999 [וסעיף 267 לפקודת החברות](#) [נוסח חדש], תשמ"ג-1983. כונס הנכסים הרשמי הסכים לעמדת הנאמן.

ו

4. ועדת האתיקה של לשכת עורכי-הדין מתנגדת למבוקש. הוועדה נאחזת בהתנגדותה זו בהבדלים שבין מפרק הבא בנעלי החברה לכל דבר ועניין לבין כונס נכסים מכוח איגרת חוב. בתגובה קצרה שהוגשה על-ידי ממלאת-מקום יושב-ראש

ז

ועדת האתיקה של לשכת עורכי־הדין, נטען כי הנאמן דומה לכונס נכסים ולא למפרק היות שסמכות דירקטוריון החברה, לשיטתה, לא הופקעה.

א

כמו כן טוענת הוועדה כי משום שלא הוקנתה לנאמן בצו המינוי סמכות לוותר על החיסיון, הרי:

"בנסיבות אלה, ככל שלא תוקנה למנהל המיוחד בצו בית המשפט הסמכות לוותר על החיסיון בשם החברות, לא יהיה הוא מוסמך לוותר בשם החברות על החיסיון, ולא ניתן יהיה ליתן לו הוראות לעשות כן".

ב

עד כאן העובדות וטענות הצדדים.

5. הסוגיה שבפניי, סוגיית סמכותו וזכותו של נאמן בהקפאת הליכים לוותר על חיסיון עורך־דין-לקוח המוקנה לחברה, מורכבת לכאורה משני אלו:

ג

(א) שאלת מיהות בעל הזכות לוותר על החיסיון בשם החברה באופן מלא וחלקי: האם בנאמן עסקינן או שמא נותרה סמכות זו בידי הדירקטוריון? ואם בסמכות של הנאמן עסקינן, אילו שיקולים עליו לשקול?

ד

(ב) שאלות הכרוכות בהליך המשפטי הכרוך בהסרת חיסיון עורך־דין-לקוח; מן המפורסמות הוא כי הליכים כגון אלו נעשים, בדרך־כלל, במסגרת ההליך הפלילי. מן הראוי לדון ולהחליט אם מצב זה משתנה בשל עובדת כניסת החברה להקפאת הליכים, ומאפשר לרשות לניירות ערך, כטענתה, לנקוט תחת זאת ב"הליך מקדים" של בקשה למתן הוראות.

ה

6. גלוי וידוע הוא כי הליך תפיסה ועיון במסמכים שחל עליהם חיסיון איננו הליך אשר תואם במובהק דיון במסגרת בקשה למתן הוראות. לא פעם עסקינן אף בהליך שהינו פלילי במהותו. סמכותה ומיומנותה של הערכאה הפלילית במקרים אלו היא להחליט אם להסיר את החיסיון ובאיזו מידה; אם ליתן לתביעה עיון בכל המסמכים או אך בחלקם ובאילו תנאים. אי לכך, החלטה מקדימה של בית־משפט זה כבית־משפט של הקפאת הליכים הינה בבחינת Pre-Ruling שלא כדיון; אין לבית־משפט זה כלים מתאימים כדי לדון במחלוקות הנובעות מהליך פלילי מקדמי כעין זה, ואין הוא מתאים להידון לפי סדרי הדין החלים בבית־משפט זה, ובמיוחד במסגרת הליך השייך לתחום האזרחי, ודאי יותר מאשר לתחום הפלילי.

ו

אכן, כדברי הרשות לניירות ערך, אף אם הייתה נוקטת בדרך חלופית של תפיסת המסמכים, הרי לא היה מתייטר דיון בשאלה זו בערכאות, אולם דיון זה היה נעשה בפני

הערכאה המוסמכת והמתאימה לדון בכך, והיא הערכאה הפלילית שם ניתן היה לדון
כיאות בגורלו של כל מסמך ומסמך שנתפס. אם אכן הייתה כוונת הרשות לניירות ערך
שאקבע באופן מקדמי כי היא רשאית לתפוס ולעיין בכל המסמכים שבהם חפצה, הרי
שבכך ניסתה לעשות "קיצור דרך" שלא כדין ולכך לא אוכל ליתן את ידי.

א

7. אלא מאי? הליך זה של התדיינות על תפיסה ועיון לא בא לעולם אלא כאשר
בעל החיסיון מתנגד להסרתו, או כאשר הוא מתנה את הסרתו בתנאים שאינם מקובלים
על התביעה. טול מקרה של נאשם בפלילים אשר אינו עומד על חיסיון עורך-דין-לקוח
אלא מוכן ליתן לתביעה לעיין בכל מסמך שתחפוץ. במקרה כגון זה לא יפתח הליך
התפיסה והעיון כלל ועיקר. יוצא כי ההליך שבו מתבקשת הכרעת אינו הליך תפיסה
ועיון במסמכים ואין בו כל קביעה או ניסיון לקבוע עמדה בשאלת זכותה של הרשות
לתפוס ולעיין במסמך כלשהו בלא הסכמת בעליו. ההליך אשר בפניי הינו הליך מקדמי
במהותו, אשר תפקידו להכריע את זהות, או אם תרצה מיהות, בעל החיסיון. לשון אחר,
הליך זה נועד לקבוע אם נאמן בהקפאת הליכים הינו האדם אשר זכותו להסכים להסרת
החיסיון וליתן לרשות לניירות ערך יכולת ואפשרות לעיין בכל המסמכים המבוקשים
על-ידיה או חלקם.

ב

ג

אם ייקבע על-ידי כי הנאמן (להבדיל מחברי הדירקטוריון לשעבר) הוא "החברה",
הרי שכל שיוצא מכך הוא כי הכדור חוזר לידי ושיקול-הדעת נתון לו: יסכים – הרי
שאותו הליך פלילי של תפיסה ועיון לא יבוא לעולם כלל ועיקר, ואי לכך לא תידרש
ערכאה שיפוטית כלשהי להכריע בו. יסרב – או יסכים בתנאים שאינם מקובלים על
הרשות לניירות ערך – אזי תידרש הרשות, כמוה כתובע פלילי רגיל, לנקוט בהליך
הרגיל לעניין זה בפני הערכאה הפלילית המוסמכת. כך או כך, עצם ההליך של תפיסה
ועיון על דקויותיו וסדרי הדין המיוחדים לו לא יידון בבית-משפט של חדלות פירעון,
באשר אין הוא מתאים כלל ועיקר להידון בו, קל וחומר שלא במסגרת בקשה אזרחית
למתן הוראות.

ד

ה

האם חיסיון עורך-דין-לקוח של החברה מוקנה לנאמן בהקפאת הליכים

ו

8. ישותה המשפטית של חברה איננה אלא קונסטרוקציה משפטית אשר באה
לשרת מטרות כלכליות ומשפטיות. אין עסקינן באדם לכל דבר ועניין המסוגל לשקול
בעצמו האם לעמוד או לוותר על זכות המוקנית לו על-פי חוק.

כל עוד בחברה סולבנטית עסקינן הרי ש"שיקול-דעתה" של הישות המשפטית
נשלט על-ידי בעלי השליטה בחברה, הפועלים בה לפי צורכיהם, שיקול-דעתם
והאינטרסים שלהם, וזאת בכפוף לכל דין.

ז

מצב זה משתנה כאשר קורסים עסקיה של החברה והיא נקלעת להליכי חדלות פירעון. חלק ממשמעותו האינהרנטית של הליך הפירוק הינו הפקעת השליטה בישות חדלת הפירעון מבעלי השליטה המקוריים והעברתה לאורגן הממונה בידי בית-המשפט של חדלות פירעון, בניגוד להליכי כינוס נכסים אשר מן הבחינה הפורמאלית אינם חורגים מהיחסים הרגילים בין נושה בעל בטוחה לחייב. ההבדל בין פירוק לכינוס, אם כך, הינו בעיקר ההבדל בין הליך קולקטיבי לבין הליך דר-צדדי. כפועל יוצא מכך, הרי בעוד שכינוס נכסים משאיר את הישות המשפטית, לכאורה, ברשות בעליה הקודמים, הרי שפירוק יורד לעצם הישות המשפטית ולכד את כל כולה ברשתו.

מעבר לדרוש יוער כי בחיי המעשה תוצאתם של הליכי כינוס הינה דומה מאוד לא פעם לזו של הליכי פירוק, באשר כל שנותר מחוץ לסמכותו של הכונס הינה ישות ערטיאלית, חסרת פעילות ונכסים (להרחבה בעניין זה ראה [פש"ר \(ת"א\) 1378/00](#) טיטן בנן בע"מ נ' ארליך [2]).

9. אם כן, מהו הדין החל בהקפאת הליכים? עסקינן בהליך שמטרתו שיקום החברה, המתאפיין ביסודות קולקטיביים הדומים מאוד לפירוק. בדרך-כלל הקפאת ההליכים כרוכה מעצם טיבה בהפקעת השליטה מידי בעלי השליטה, כאשר הנאמן או המנהל המיוחד באים בנעליהם לכל דבר ועניין, החל מניהול עסקי החברה וכלה בייצוג החברה בערכאות מקום שהדבר נדרש.

מצב זה שדירקטוריון החברה איבד בו כל תוכן וסמכות הינו עובדה המזדקרת לעין באופן בולט במיוחד בנסיבות המקרה דנן שלמעשה הדירקטוריון התפורר בו ומרבית חבריו התפטרו עוד ערב הכניסה להקפאת הליכים. עמדה המקנה את הוויתור על החיסיון בידי דירקטוריון מסוג זה שקולה לעמדה אשר מונעת ויתור עליו כלל ועיקר. מאז תחילתה של הקפאת ההליכים שימש המנהל המיוחד כאחראי האחד והיחיד על כל עסקי החברה, על כל גווניהם השונים.

זאת ואף זאת, עובדה זו של דמיון בין הקפאת הליכים לפירוק חזרה ונשנתה גם בשורה של פסקי-דין העוסקים בהקפאות הליכים; אצטט מפסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"א [3911/01](#) כספי נ' נס [1], בעמ' 767, שם נקבע, בין היתר, מפי כבוד השופטת שטרסברג-כהן כדלקמן:

"טענת המערערות שלפיה לא היה הנאמן מוסמך לבטל את הסכם המכר מחמת העדפת מירמה, היא חסרת בסיס. סמכויות הנאמן בשיקום חברה אינן מוגדרות במפורש בחוק; זהו אחד מן החסרים הרבים שבהסדר החקוק של דין שיקום החברות. כפי שהמפרק זקוק לסמכויות רחבות על-מנת להגשים את מטרת הפירוק – מימוש נכסי החברה וחלוקתם בין המחזיקים

בזכויות כנגד החברה – כך הנאמן זקוק לסמכויות רחבות על-מנת להגשים את מטרת השיקום – השגת הסדר נושים שיזרים לחברה 'חמצן פיננסי' ויוליך להבראתה, לטובת נושיה, עובדיה, בעלי מניותיה וציבורים נוספים. לפיכך נלך גם בסוגיית סמכויות הנאמן אחרי הפרקטיקה המשפטית והשיפוטית המשלימה את החסרים שבדיני שיקום החברה מתוך דיני הפירוק, ונקבע כי בידי הנאמן אותן הסמכויות המוקנות בדיני הפירוק למפרק. סמכויות אלה, המפורטות **בסעיף 307 לפקודת החברות**, הן סמכויות רחבות ביותר... (ההדגשה שלי – ר' א').

א

ב

אף לי נודמן לדון בסוגיה זו ובהחלטה שניתנה על-ידי – טרם ניתן פסק-הדין דלעיל בבית-המשפט העליון – הערתי **בפ"ד (ת"א) 11448/02** ורונדופלס בע"מ נ' קרגו אמרפורד אינטרנשיונל (1980) בע"מ [3], בפסקה 25 לפסק-הדין:

ג

"דומה, כי יש רגליים לסברה כי הקפאת הליכים דומה יותר להליך של פירוק; בניגוד לכינוס, אשר הינו הליך שפותח נושה אחד, הוא הנושה המובטח, הרי הקפאת הליכים הינה הליך קולקטיבי במובהק, המערב את כל נושי החברה ודורש את השתתפותם הפעילה, ובסופו של דבר את הסכמת רובם המכריע להסדר נושים שיחל את הליך הבראת החברה. הנאמן בהקפאת הליכים, בדומה למפרק פועל בשם החברה ותופס את ישותה. הוא אינו משמש כבעל תפקיד מטעם נושה פלוני, אלא פועל למען כלל ציבור הנושים, ובעיקר למען הנושים הבלתי מובטחים, אשר עשויים להפגע במיוחד מהליך של פירוק. לא זאת, אלא אף זאת; בהקפאת הליכים, להבדיל מפירוק, קיים גם השיקול הנכבד של נסיון להבריא את החברה, וזאת על-ידי הסדרי נושים" (ההדגשות שלי – ר' א').

ד

ה

כמו כן עסקתי בסוגיה זו גם **בפ"ד (ת"א) 1802/02** חיון נ' ארז, עו"ד [4] (החלטתי זו ניתנה לאחר שניתן פסק-הדין דלעיל של בית-המשפט העליון). באותו עניין נדונה האפשרות של החלת **סעיף 355 לפקודת החברות** [נוסח חדש], המאפשר ביטול העדפות מירמה שנעשו שלושה חודשים עובר לפירוק, בשינויים המחויבים, אף על הקפאת הליכים. בעניין זה הוספתי והערתי כהאי לי שנא:

ו

"שני ההליכים באים לעולם, כאשר החברה מגיעה לחדלות פרעון או עומדת על סיפה, והיא נתונה בסכנה להליך התפוררות, או מצויה כבר בעיצומו. הקפאת הליכים, אף כי סיומה אינו צופה חיסול של החברה אלא מכירתה למשקיע, מהווה במידה רבה 'סיומו של פרק' בחיי החברה (ובדרך-כלל, אף הפקעה סופית של החברה מידי בעלי השליטה הקודמים, באשר

ז

א החברה מועברת לבעלות חדשה לאחר הסדר הנושים). החברה נמכרת בדרך כלל כשהיא נקיה מחובות ומתביעות עבר, בעוד כל מסת התביעות של הנושים מועברת אל התקבול פרי המכירה. זאת ועוד; כפי שעסקינן בהליך קולקטיבי, המפקיד את כל ישותה של החברה ביד נאמן, מרכז את כל ההליכים תחת קורת גג אחת ומונע פעולות עצמאיות של הנושים, כך מתועלים הנושים לדרך פרעון אחת, והיא הגשת הוכחות חוב לנאמן בפרק זמן קצוב, כאשר נושה המאחר אותו נחסם כליל, בדרך-כלל, מנקיטת הליך כלשהו לפרעון חובו.

ב יוצא, כי פירוק והקפאת הליכים דומים זה לזה לא רק מבחינת בעלי השליטה, אשר שליטתם מופקעת והישות המשפטית מועברת מידיהם כליל לידי הנאמן, אלא אף מבחינת הנושים, אשר נכפפים להליך הקולקטיבי ולמסגרת הזמן הנוקשה שהוא מציב להם, ובסופו של דבר, 'מאבדים את אחיזתם' בחברה, אשר מועברת לידי הרוכש במסגרת ההסדר כשהיא נקיה מתביעות וחובות עבר" (שם [4], בפסקה 30 לפסק-הדין; ההדגשות שלי – ר' א').

ג 10. עולה מכאן כי עמדתה של ועדת האתיקה, אשר קבעה כמעט בלא לנמק כי נאמן בהקפאת הליכים דומה לכונס נכסים דווקא, עומדת בניגוד להלכה שנקבעה בבית-המשפט העליון.

ד מכאן עולה כי עצם מינוי נאמן, בדומה למינוי מפרק, מפקיע בדרך-כלל מאליו את השליטה מידי הדירקטוריון, זאת אלא אם נאמר אחרת בכתב-המינוי וזאת במפורש או במשתמע (כך למשל כאשר מובהר בצו המינוי כי הנאמן חולש רק על חלק ספציפי מנכסי החברה או ממונה לשם פעולות מוגבלות). בדרך-כלל, כאשר עסקינן בצו מינוי מפורט ורחב יריעה של נאמן אשר ברור מלשוננו ומהותו כי יועד להקנות לנאמן את כל סמכויות הניהול של החברה, הרי העובדה כי סמכות פלונית הושמטה מכתב-המינוי אין בה בכדי לרמז כי לא ניתנה בידיו. נהפוך הוא: חיי המעשה מלמדים כי דירקטוריון של חברה מבצע במהלך חיי החברה אינספור פעולות כלכליות ומשפטיות שונות ומגוונות. דרישה פורמאליסטית על הסמכת נאמן במפורש בכתב-המינוי לבצע כל אחת ואחת מהן הינה מכבידה ומיותרת. זאת בניגוד למצב שבו הנהלת החברה מוסיפה להתקיים ולנהל בפועל חלק מעסקי החברה. מכוח קל וחומר יפים דברים אלו למקרה דנן, שבו "התפוררה" הנהלת החברה כליל עוד טרם מתן צו הקפאת ההליכים.

ה 11. החלטתי זאת מתחזקת לאור האינטרסים הציבוריים הכרוכים בסוגיה העומדת בפניי; עניין לנו בחברות שקרסו, תוך גרימת נזק עצום לבנקים, עובדים, ספקים וצדדים שלישיים נוספים. כל זאת תוך חשדות למעשים אשר הינם בגדר עבירות פליליות. הנאמן, בכושרו כיד ארוכה של בית-המשפט (ובמובן מסוים אף של הנושים), מייצג אף

את האינטרס הציבורי (במובן זה גם למען הנושים) המצדיק חשיפת המהלכים השונים אשר נעשו בחברה ערב קריסתה. בנסיבות אלו אין כל מקום להותיר את שיקול-הדעת האם לוותר על החיסיון אם לאו בידי הנהלה אשר חדלה מזמן מלתפקד ואשר ייתכן (וזאת בלא לקבוע כל עמדה בדבר) כי חלק מחבריה חשודים אף הם במעשים אסורים.

א

12. מעבר לדרוש יוער כי לא ירדתי לסוף דעתה של ועדת האתיקה, ככל שאמורים הדברים בסיפה לעמדתה הנשמעת כתרתי דסתר. האם אכן, ככל שלא הוקנתה לנאמן הסמכות לוותר על החיסיון, ניתן יהיה ליתן לו הוראות לוותר עליו? האם כיוונה הוועדה הנכבדה בדבריה לכך כי מרגע שלא אוזכרה סמכות זאת בכתב-המינוי הראשוני נוצר מעין מעשה-בית-דין המונע מבית-המשפט עצמו לשוב ולהידרש לסמכות זו? אם לכך מכוונים הדברים, הרי שעם כל הכבוד אינני יכולה לקבל עמדה זו. מן המפורסמות הוא כי סמכויות נאמן, כמו עניינים רבים אחרים הקשורים לניהול הליכים מתמשכים של חדלות פירעון, הינן עניינים שבהם רשאי בית-המשפט לשוב ולעיין בהחלטותיו, וזאת אף אם נעשתה בהן קביעה מפורשת בעניין פלוני. כזאת קל וחומר במקרים כגון המקרה דנן שבהם לא נאמר ולא נקבע דבר.

ב

ג

13. אם כך, יוצא כי חיסיון עורך-דין-לקוח של החברה מוקנה לנאמן כפי שהיה מוקנה למפרק לו הייתה החברה בפירוק. כפי שהדגשתי בראשית החלטתי זו, אין בכך בכדי להוות Pre-Ruling כלשהו לעניין זכאות הרשות לעיין במסמכים החסויים, כולם או חלקם. כל שיוצא מכך הוא כי על הנאמן לשוב ולשקול היטב בדעתו, כאורגן המוסמך של החברה, האם וכיצד יהיה בויתור על החיסיון בכדי לשרת את טובת החברה.

ד

אך ברור הוא, כי משהפכו החברות חדלות פירעון ונכנסו להקפאת הליכים, שוב אין מטרתן השאת רווחים לבעלי מניותיהן הקודמים. על הנאמן לשקול את טובת החברה במצבה דהיום ולא את טובת בעלי השליטה הקודמים שלה. בלא לקבוע מסמרות בדבר, דומה כי מטרת החברה דהיום הינה השלמה בהצלחה של הליכי השיקום שהיא עוברת, תוך מיקסום ככל האפשר של אחוז הדיבידנד שיחולק לנושיה ושמירה על מקור פרנסתם של עובדיה.

ה

ו

אלא שלצד מטרה זו קיימת אף מטרה נוספת אשר הינה חלק אינהרנטי ממהות תפקידו של הנאמן כידו הארוכה של בית-המשפט; מטרה זו היא שמירת האינטרס הציבורי בגילוי האמת, ניהול חברות ביושר ומניעת טעויות והטעויות מן הסוג אשר הוביל, לכאורה, לקריסתה של תשלובת פלד-גבעוני, שחברת משב הייתה חלק ממנה.

ז

מכל המקובץ מצאתי כי הדין הראוי בנסיבות המקרה דנן הינו כדלקמן:

לאור ההלכה הפסוקה, הנאמן בהקפאת הליכים בא בנעלי האורגנים המוסמכים של החברה ואי לכך החיסיון והזכות לוותר עליו מוקנים לו.

א

על הנאמן להפעיל את שיקול-דעתו, במעמדו כאורגן המוסמך, ולהחליט האם הסרת החיסיון הינה לטובת החברה, כאשר בין שיקוליו יביא גם את האינטרס הציבורי. עם זאת יודגש: הוויתור על החיסיון איננו אוטומטי. על הנאמן לשקול היטב האם עשויה החברה במצבה דהיום להיפגע עקב כך אם לאו, ויותר מכך – עליו לבדוק האם יש בידיה את כל המידע הדרוש כדי לבוא להחלטה כזו. לצורך כך טוב יעשה אם יתייעץ עם גורמים רלוונטיים ובעלי מידע מתאים, לרבות חברי דירקטוריון החברה לשעבר. זאת במיוחד נוכח העובדה כי יש מקום, לכאורה, לחשש כי הנאמן איננו מכיר את החברה לפני ולפנים טרם מינויו, וכך גם לעניין שיקולי טובתה.

ב

ג

אם לאחר שישקול את כל השיקולים דנן יגיע הנאמן למסקנה כי ניתן להסיר את החיסיון, תזכה הרשות לניירות ערך במבוקשה. במצב זה לא יהיה צורך בכל הליך של גילוי ועיון במסמכים, שכן בעל החיסיון זכאי לוותר עליו, כולו או מקצתו, בלא כל הליך. אם יחליט הנאמן שלא להסיר את החיסיון בשלב זה ולאור כל ההסתייגויות דלעיל, כולן או חלקן, הרי שעל הרשות לניירות ערך יהיה, אם תחפוץ בכך, לפנות להליך המתאים לתפישה ועיון במסמכים כפי שהיא נוהגת מימים ימימה בפני הערכאה הדנה בהליך הפלילי עצמו, אם יהיה כזה. לעניין זה מצאתי מקום לשוב ולהדגיש: הליך מקדמי של מתן הוראות במסגרת תיק הקפאת ההליכים איננו מתאים לכך, והוא מבחינת הרשות לניירות ערך ניסיון בלתי ראוי להשיג Pre-Ruling או אף למעלה מכך – לתפוס מסמכים תוך עקיפת ההליך המתאים והראוי. לכך לא אוכל ליתן את ידי.

ד

ה

בנסיבות המקרה אינני עושה צו להוצאות.

ו

ניתנה היום, כ"ד בטבת תשס"ג (29.12.2002), בהיעדר הצדדים.

מיני-רציו:

ז

חברות – מנהל מיוחד ונאמן – סמכויותיו
הסמכות לוותר על חיסיון עורך-דין-לקוח – שיקולים – היקף הסמכות – כתב-המינוי.

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו -
הקש כאן

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

12 אסמכתא

**Westinghouse Elec. Corp. v.
Republic of Phil. _ 951 F.2d**

עמ' 125



Date and Time: Saturday, December 18, 2021 2:58:00 PM EST

Job Number: 160234321

Document (1)

1. [Westinghouse Elec. Corp. v. Republic of Phil., 951 F.2d 1414](#)

Client/Matter: -None-

Search Terms: Westinghouse Electric Corp. v. Republic of the Phillipine 951 F.2d 1414 (3d Cir. 1991).

Search Type: Natural Language

Narrowed by:

Content Type
Cases

Narrowed by
-None-



Caution

As of: December 18, 2021 7:58 PM Z

Westinghouse Elec. Corp. v. Republic of Phil.

United States Court of Appeals for the Third Circuit

January 25, 1991, Argued ; December 19, 1991, Filed

No. 90-5920

Reporter

951 F.2d 1414 *; 1991 U.S. App. LEXIS 29515 **; 35 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 1070; 22 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 377

WESTINGHOUSE ELECTRIC CORPORATION; and WESTINGHOUSE INTERNATIONAL PROJECTS COMPANY, Petitioners v. THE REPUBLIC OF THE PHILIPPINES; and NATIONAL POWER CORPORATION, Respondents and HONORABLE DICKINSON R. DEBEVOISE, UNITED STATES DISTRICT JUDGE, Nominal Respondent

Subsequent History: As Amended. As Corrected April 8, 1992.

Prior History: [**1] On Appeal From the United States District Court for the District of New Jersey. (D.C. Civil No. 88-05150)

Disposition: Denied

Core Terms

disclosure, attorney-client, work-product, documents, waived, confidentiality, disclose, mandamus, government agency, district court, cases, third party, investigations, cooperate, waiver rule, communications, work product, voluntary disclosure, Subpoenas, discovery, courts, internal investigation, privileges, partial, confidentiality agreement, privileged information, reasonable expectation, disclose information, doctrine of waiver, protected material

Case Summary

Procedural Posture

Petitioner corporations filed a petition for writ of mandamus after a decision of the United States District Court for the District of New Jersey that petitioners' disclosures of documents to federal agencies during the course of an investigation waived attorney-client privilege and work product doctrine completely, thus allowing discovery of documents in present litigation.

Overview

Petitioner corporations sought a writ of mandamus to review a lower court ruling that by disclosing documents to federal agencies during the course of investigations, petitioners waived their attorney-client privilege and work-product doctrine, so that documents could be discovered in other litigation. The court ruled that mandamus was a proper means of immediate appellate review of orders compelling the production of documents claimed to be protected by privilege or other confidentiality interests, but it denied the petition. The court held that the attorney-client privilege was waived by petitioner's voluntary disclosure of privileged communications to a third party, since the disclosure was not necessary to obtain informed legal advice. It also held that protection of the work-product doctrine was fully waived because disclosure to the agencies did

not further the doctrine's underlying goal of protecting an attorney's work product from falling into the hands of an adversary, since they were adversaries.

Outcome

The court denied the writ of mandamus in review of a lower court ruling that petitioner corporations waived attorney-client privilege and work-product doctrine by voluntarily disclosing confidential information to federal agencies because disclosure was unnecessary to obtain legal advice and did not further the goal of protecting work product from disclosure to adversaries.

LexisNexis® Headnotes

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Waiver

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN1](#) Attorney-Client Privilege, Waiver

Although the attorney-client privilege ordinarily is waived by the disclosure of privileged information to a third party, a circuit split exists over whether waiver occurs when the disclosure is made to the government. The Eighth Circuit holds that the attorney-client privilege is waived only with respect to the government, and the D.C. Circuit takes the position that the disclosure of privileged information to any third party, including the government, destroys the privilege. The D.C. Circuit's position represents the majority rule that the Third Circuit adopts.

Civil Procedure > ... > Privileged

Communications > Work Product Doctrine > Waiver
of Protections

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

[HN2](#) Work Product Doctrine, Waiver of Protections

The work-product doctrine is not absolute and may be waived.

Civil Procedure > Remedies > Writs > All Writs Act

Civil Procedure > Remedies > Writs > General
Overview

Civil Procedure > ... > Writs > Common Law
Writs > Mandamus

Civil Procedure > Appeals > Appellate
Jurisdiction > Final Judgment Rule

Governments > Courts > Creation & Organization

[HN3](#) Writs, All Writs Act

Mandamus is authorized by the All Writs Act, [28 U.S.C.S. § 1651\(a\) \(1988\)](#), which provides that the Supreme Court and all courts established by an act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law. The language of [§ 1651](#) itself establishes a prerequisite for a court's jurisdiction. Because the writ must be "in aid of" the court's jurisdiction, the case must be one that lies within some present or potential exercise of appellate jurisdiction. In addition, mandamus must not be used as a mere substitute for appeal.

Civil Procedure > Appeals > Appellate
Jurisdiction > Interlocutory Orders

[HN4](#) **Appellate Jurisdiction, Interlocutory Orders**

An order compelling or denying discovery does not fall within the orders that may be appealed under [28 U.S.C.S. § 1292\(a\)](#).

Civil Procedure > ... > Discovery > Methods of
Discovery > General Overview

Civil Procedure > Remedies > Writs > General
Overview

Civil Procedure > ... > Writs > Common Law
Writs > Mandamus

[HN5](#) **Discovery, Methods of Discovery**

Mandamus may properly be used as a means of immediate appellate review of orders compelling the production of documents claimed to be protected by privilege or other interests in confidentiality.

Civil Procedure > Appeals > Standards of
Review > Clearly Erroneous Review

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

Civil Procedure > Remedies > Writs > General
Overview

Civil Procedure > ... > Writs > Common Law
Writs > Mandamus

[HN6](#) **Standards of Review, Clearly Erroneous Review**

Mandamus is appropriate only in extraordinary situations, and the writ will be granted only where the petitioner has shown that a district court has committed a clear error of law.

Civil Procedure > Remedies > Writs > General
Overview

Evidence > Inferences & Presumptions > General
Overview

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Waiver

[HN7](#) **Remedies, Writs**

A petitioner seeking mandamus has the burden of showing that its right to mandamus relief is "clear and indisputable."

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Scope

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN8](#) **Privileges, Attorney-Client Privilege**

The purpose of the attorney-client privilege is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients. Full and frank communication is not an end in itself, however, but merely a means to achieve the ultimate purpose of the privilege: promoting broader public interests in the observance of law and administration of justice. The attorney-client privilege is founded upon the necessity,

in the interest and administration of justice, of the aid of persons having knowledge of the law and skilled in its practice, which assistance can only be safely and readily availed of when free from the consequences or the apprehension of disclosure.

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Scope

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN9](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

Because the attorney-client privilege obstructs the truth-finding process, it is construed narrowly. The privilege protects only those disclosures necessary to obtain informed legal advice which might not have been made absent the privilege.

Evidence > Privileges > Government
Privileges > Waiver

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Waiver

Evidence > Privileges > Government
Privileges > General Overview

[HN10](#) Government Privileges, Waiver

When a client voluntarily discloses privileged communications to a third party, the attorney-client privilege is waived.

Evidence > Privileges > Government

Privileges > Waiver

Evidence > Privileges > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Waiver

[HN11](#) Government Privileges, Waiver

Under traditional waiver doctrine a voluntary disclosure to a third party waives the attorney-client privilege even if the third party agrees not to disclose the communications to anyone else.

Evidence > Privileges > Government
Privileges > Waiver

Securities Law > Civil Liability
Considerations > Disclosures > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Waiver

[HN12](#) Government Privileges, Waiver

17 C.F.R. § 240.0-.04 (1978) provides that information obtained in the course of a non-public investigation must be made a matter of public record and provided upon request if the disclosure of the confidential information was not contrary to the public interest.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product Doctrine > Waiver
of Protections

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Elements

Civil Procedure > ... > Privileged
 Communications > Work Product
 Doctrine > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
 Privilege > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
 Privilege > Waiver

[HN13](#) Work Product Doctrine, Waiver of Protections

A party who discloses documents protected by the work-product doctrine may continue to assert the doctrine's protection only when the disclosure furthers the doctrine's underlying goal of protecting an attorney's work product from falling into the hands of an adversary.

Counsel: RICHARD W. CLARY (Argued), DAVID BOIES, Cravath, Swaine & Moore, Worldwide Plaza, 825 Eighth Avenue, New York, NY 10019, RAYMOND M. TIERNEY, JR. WILLIAM D. SANDERS, Shanley & Fisher, P.C., 131 Madison Avenue, Morristown, NJ 07962, JEROME J. SHESTACK, Schnader, Harrison, Segal & Lewis, Suite 3600, 1600 Market Street, Philadelphia, PA 19103, JONATHAN D. SCHILLER, Donovan, Leisure, Rogovin, Hugel & Schiller, 1250 Twenty-Fourth Street, NW, Washington, DC 20037, Attorneys for Petitioner

DAVID J. CYNAMON (Argued), MARK AUGENBLICK, P.C., ELLEN M. JAKOVIC, Shaw, Pittman, Potts & Trowbridge, 2300 N Street, NW, Washington, DC 20037, PAUL A. ROWE, ALAN S. NAAR, Greenbaum, Rowe, Smith, Ravin, Davis & Bergstein, P.O. Box 5600, Woodbridge, NJ 07095, Reichler, Appelbaum & Wippman, 1701 K Street NW, Suite 700, Washington, DC 20036, Clifford & Warnke, 815 Connecticut Avenue, NW, Washington, DC 20036, Attorneys for Respondent

Judges: Before: BECKER, HUTCHINSON, Circuit

Judges and ATKINS, District Judge * **[**2]**

Opinion by: BECKER

Opinion

[*1417] OPINION OF THE COURT

BECKER, *Circuit Judge*.

This petition for a writ of mandamus requires us to resolve an important issue that has divided the circuits: whether a party that discloses information protected by the attorney-client privilege and the work-product doctrine ¹ in order to cooperate with a government agency that is investigating it waives the privilege and the doctrine only as against the government, or waives them completely, thereby exposing the documents to civil discovery in litigation between the discloser and a third party. The issue arises in an action brought by the Republic of the Philippines (the "Republic") and its National Power Corporation ("NPC") against Westinghouse Electric Corporation and its wholly-owned

*The Honorable C. Clyde Atkins, Senior United States District Judge for the Southern District of Florida, sitting by designation.

¹ Although some writers refer to a work-product "privilege," we prefer the term "doctrine," for the doctrine encompasses both a limited immunity from discovery and a qualified evidentiary privilege. See [United States v Arthur Young & Co., 465 U.S. 805, 817-19, 104 S Ct 1495, 79 L. Ed. 2d 826 \(1984\)](#) (distinguishing work-product immunity from accountant-client testimonial privilege and rejecting both); [Upjohn Co. v United States, 449 U.S. 383, 397-402, 101 S. Ct. 677, 66 L. Ed. 2d 584 \(1981\)](#) (referring to work-product doctrine distinct from attorney-client privilege). See generally Sherman L. Cohn, *The Work Product Doctrine: Protection, Not Privilege*, [71 Geo. L.J. 917 \(1983\)](#).

subsidiary, Westinghouse International Projects Company (collectively "Westinghouse"). The Republic and the NPC allege that Westinghouse obtained a large power plant contract in the Philippines by bribing a henchman of former President Ferdinand Marcos. Their complaint charges that Westinghouse and others tortiously interfered with and conspired to tortiously interfere with the fiduciary duties that President Marcos owed to the Philippine **[**3]** people and to the NPC. The complaint seeks damages on a variety of theories.

During discovery, the Republic sought certain documents generated during an internal investigation conducted by Westinghouse's outside counsel. The investigation was a response to an investigation **[**4]** by the Securities and Exchange Commission ("SEC") into allegations that Westinghouse had obtained contracts by bribing foreign officials. Westinghouse disclosed the documents in question to the SEC in order to cooperate with the agency's investigation. Westinghouse later disclosed the same documents, as well as other, related documents, to the Department of Justice ("DOJ") in order to cooperate with an investigation conducted by the DOJ. Westinghouse's petition for mandamus follows the district court's ruling that the disclosures effected a complete waiver of the attorney-client privilege and the work-product doctrine, thus rendering the documents available to the Republic in discovery.

[*1418] For the reasons that follow, we hold that by disclosing documents to the SEC and to the DOJ, Westinghouse waived both the attorney-client privilege and the work-product doctrine with respect to those documents. We also hold that we lack jurisdiction to review Westinghouse's request for a writ of mandamus commanding the turnover of certain documents that the Republic and the NPC shared with the DOJ pursuant to an agreement for mutual legal assistance.

I. FACTUAL BACKGROUND ²

[5]** A. *The Contract*

In the mid-1970s, Westinghouse sought and obtained the prime contract to construct the first Philippine nuclear power plant and to ready it for use on a turnkey basis. ³ As part of Westinghouse's efforts to procure the contract, it retained as its "special sales representative" Herminio T. Disini, a Philippine businessman and close friend and associate of then-President Marcos. Disini agreed to promote Westinghouse's interests with the NPC, which was the Philippine government agency responsible for electric power generation and for contract negotiations on the power plant project. Westinghouse received the prime contract for the power plant. Several years later, newspaper articles appeared in the Philippine and American press, charging that the company had procured the contract by passing bribes to Philippine government officials through Disini.

[6]** B. *The SEC Investigation and Westinghouse's Disclosures Pursuant Thereto*

² A more detailed account is found in the district court's two previous opinions in this case. See [Republic of the Philippines v Westinghouse Electric Corp.](#), 714 F. Supp. 1362, 1364-67 (DNJ 1989), and [Republic of the Philippines v Westinghouse Electric Corp.](#), 132 F.R.D. 384, 385-86 (DNJ 1990). See also [Republic of the Philippines v Westinghouse Electric Corp.](#), 949 F.2d 653, 1991 U.S. App. LEXIS 26992 (3d Cir) (denying stay pending appeal of district court order directing the unsealing of material filed under seal in connection with Westinghouse's motion for summary judgment in this action).

³ A turnkey project is one in which the contractor is engaged to design, construct, and otherwise ready the plant for operation and then to turn over the key to the owner. See [Ebasco Services, Inc. v Pennsylvania Power & Light Co.](#), 402 F. Supp. 421, 424-25 (ED Pa 1975).

In January 1978, shortly after the appearance of the press reports concerning Westinghouse's alleged misconduct in connection with the Philippine nuclear plant, the SEC commenced an investigation into whether Westinghouse had violated United States securities laws by making illegal payments to obtain the contract. In March 1978, Westinghouse retained the law firm Kirkland & Ellis to conduct an internal investigation into whether company officials had made improper payments. In the course of the internal investigation, which lasted until November 1978, Kirkland & Ellis produced two letters reporting its findings.

The law firm, at the behest of Westinghouse, showed the SEC investigators one of the letter reports and, in addition, orally presented its findings to the agency. Kirkland & Ellis did not supply the SEC with any of the documents underlying the presentation and the report, and the SEC agreed not to retain the report. Westinghouse asserts that in disclosing to the SEC the results of the Kirkland & Ellis investigation, it relied upon the SEC's confidentiality regulations,⁴ as well as the Eighth **[**7]** Circuit's decision in *Diversified Industries, Inc. v Meredith*, 572 F.2d 596 (8th Cir 1977) (en banc), as creating a reasonable expectation of continuing confidentiality for the materials shown to the SEC.

In 1980, the SEC served subpoenas on Disini, based on allegations that he had engaged in illegal activities relating to the award of the prime contract for the power

⁴The SEC regulations in effect at the time provided that "information or documents obtained by the [SEC] in the course of any investigation or examination, unless made a matter of public record, shall be deemed non-public." [17 CFR § 203.2 \(1978\)](#). The regulations further provided that information or documents obtained in the course of an investigation would be deemed and kept confidential by SEC employees and officers unless disclosure was specifically authorized. [17 CFR § 240.0-4 \(1978\)](#).

[*1419] plant. Thereafter, counsel for Westinghouse and for Disini entered into a joint defense agreement, under which they agreed to exchange -- and to maintain **[**8]** confidentiality with respect to -- privileged information and work product. Counsel for Disini, the law firm Baker & McKenzie, subsequently began negotiating with the SEC on his behalf. As a result, the accounting firm Coopers & Lybrand was retained to perform audits tracing the funds that Westinghouse had paid to Disini. Coopers & Lybrand summarized the results of these audits in a report that Disini made available to the SEC, which in turn agreed to keep the contents of the report confidential and neither to copy nor to retain it. Pursuant to their joint defense agreement, Disini provided Westinghouse with a copy of the Coopers & Lybrand report. The SEC discontinued its investigation of Westinghouse in April 1983.

C.

The Department of Justice Investigations and Westinghouse's Disclosures Pursuant Thereto

In 1978, the DOJ began to investigate Westinghouse. The DOJ's investigation explored whether Westinghouse had made illegal payments to obtain contracts not only in the Philippines, but also in other countries. A grand jury subsequently issued a subpoena, with which Westinghouse complied, requesting that the company produce certain privileged documents (not at issue here) **[**9]** subject to the confidentiality protections of FRCrP 6(e). The DOJ's investigation ended when Westinghouse entered into a plea agreement concerning payments that the company admitted making in order to obtain business in Egypt.

In 1986, after Marcos was deposed as President of the Philippines, the DOJ reactivated its 1978 investigation of Westinghouse's conduct in procuring the turnkey contract on the Philippine nuclear plant. A grand jury

subpoenaed the Kirkland & Ellis letters reporting the results of Westinghouse's internal investigation, as well as all documents accumulated in connection with that investigation. In an effort to preserve its attorney-client privilege and work-product protection, Westinghouse moved to quash the subpoena. After entering into a confidentiality agreement with the DOJ, subsequently memorialized in a stipulated court order entered in the district court for the Western District of Pennsylvania, Westinghouse disclosed the subpoenaed documents to the grand jury. According to Westinghouse, this agreement, which was itself confidential, provided

that the [DOJ] review at Westinghouse counsel's office (but not keep copies of) attorney-client privileged and **[**10]** work product protected materials in the Kirkland & Ellis files, that the information contained therein would not be disclosed to anyone outside of the DOJ, and that such review of the Kirkland & Ellis documents would not constitute a waiver of Westinghouse's work product and attorney-client privileges.

See [132 F.R.D. at 385-86](#). The DOJ's investigation is apparently still ongoing (at least the record does not indicate the contrary).

D.

The Republic's Investigation

In 1987, the Republic initiated its own investigation into the contract-procurement activities of Westinghouse and a second company, Burns & Roe Enterprises, Inc., a New Jersey corporation that had obtained the architecture and engineering contract on the power plant project and that also had secured the services of Disini as a "special sales representative." The

Republic's Presidential Commission on Good Government (the "PCGG"), the government entity charged with investigating Westinghouse's and Burns & Roe's conduct, subsequently entered into an agreement with the DOJ, denominated the "Agreement on Procedures for Mutual Legal Assistance" (the "Agreement").

The Agreement, which is still in force, provides **[**11]** that the PCGG and to the DOJ will exercise their best efforts to provide one another with information and materials relevant to their concurrent investigations that can be used in any subsequent criminal, civil, and administrative proceedings. Under the Agreement, the PCGG and the DOJ also have undertaken to maintain confidentiality **[*1420]** as to all correspondence concerning shared information.

II. PROCEDURAL HISTORY

A. The Current Proceedings

In December 1988, the Republic and the NPC brought suit against Westinghouse and Burns & Roe in the district court for the District of New Jersey. In a fifteen-count complaint, the Republic and the NPC alleged breach of contract, fraud, negligence, tortious interference with fiduciary relationship, civil conspiracy, violation of the federal Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, and antitrust violations. The complaint also included a number of pendent state claims. Pursuant to a clause in its contract with the NPC, Westinghouse moved to stay the action pending arbitration. Relying on *Prima Paint Corp. v Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395, 87 S. Ct. 1801, 18 L. Ed. 2d 1270 (1967), as well as other Supreme Court **[**12]** precedents, the district court stayed all claims except (1) the claim that Westinghouse, along with Burns & Roe, tortiously interfered with Marcos's performance of the fiduciary duties that he owed to the Philippine people and (2) the

claim that the two defendants conspired to prevent Marcos from performing his fiduciary duties to the Philippine people and to the NPC.

In the course of discovery on these two claims, the Republic requested that Westinghouse produce the documents that it had made available to the SEC and to the DOJ. Westinghouse objected to this discovery request, invoking both the work-product doctrine and the attorney-client privilege. Westinghouse sought, in turn, to discover documents that the Republic had shared with the DOJ under the Agreement. The Republic resisted, asserting that these documents were protected by the work-product doctrine.

The magistrate judge supervising discovery concluded that Westinghouse had waived its attorney-client privilege regarding the documents it disclosed to the SEC and to the DOJ because at least in adversarial situations, once disclosure has been made to a government agency, any privilege is lost, notwithstanding any confidentiality **[**13]** agreement between Westinghouse and the government. He therefore ruled that Westinghouse must identify and produce all documents disclosed to the DOJ and to the SEC, although he invited Westinghouse to appeal this ruling to the district court.

The magistrate judge further held that the documents that Westinghouse had requested from the Republic were protected by the work-product doctrine and therefore were not subject to discovery. The magistrate judge reasoned that, because the DOJ is an *ally* of the Republic, the latter, by sharing information with the agency, had not subverted the principles of the adversary system in which the work-product doctrine is grounded. The magistrate judge also reasoned that the sharing of information between the DOJ and the Republic was "highly unlikely" to lead to the disclosure of the information to adversaries.

B. *The District Court's Opinion*

The district court affirmed both rulings. First, the court observed that [HN1](#) although the attorney-client privilege ordinarily is waived by the disclosure of privileged information to a third party, a circuit split exists over whether waiver occurs when the disclosure is made to the government. Because this **[**14]** court has not previously resolved the issue, the district court had to choose between the Eighth Circuit's holding in *Diversified Industries, Inc. v Meredith*, 572 F.2d 596 (8th Cir 1977) (en banc), that the attorney-client privilege is waived only with respect to the government, and the D.C. Circuit's position, articulated in *Permian Corp. v United States*, 214 App. D.C. 396, 665 F.2d 1214 (DC Cir 1981), that the disclosure of privileged information to any third party, including the government, destroys the privilege.

In *United States v Rockwell International*, 897 F.2d 1255 (3d Cir 1990), we expressly reserved the question whether the disclosure of protected information effects a complete, or only a selective, waiver of **[*1421]** the attorney-client privilege. The district court determined, however, that our earlier decision in *In re Grand Jury Investigation (Sun Co.)*, 599 F.2d 1224 (3d Cir 1979), effectively had resolved the issue for two reasons. First, the court concluded that our explicit rejection of *Diversified's* reasoning regarding the appropriate scope of the attorney-client privilege in the corporate context in *Sun Co.* **[**15]** implicitly rejected *Diversified's* reasoning in all contexts. Second, the court concluded that because we had sought in *Sun Co.* to enhance the development of a *uniform* rule concerning the application of the attorney-client privilege to corporate communications, we also would adopt the *majority* rule on whether the disclosure of privileged information to the government vitiates the privilege. The court took the D.C. Circuit's position to represent the majority rule that

we would adopt.

The district court also held that the documents that Westinghouse had disclosed to the SEC and to the DOJ were not protected by the work product doctrine set forth in [FRCP 26\(b\)\(3\)](#). Citing the Supreme Court's decision in [United States v Nobles, 422 U.S. 225, 95 S. Ct. 2160, 45 L. Ed. 2d 141 \(1975\)](#), as well as this court's decision in [Sun Co.](#), the district court emphasized that [HN2](#)^[↑] the work-product doctrine is not absolute and may be waived. [132 F.R.D. at 388-89](#). Noting that this court had not yet indicated the circumstances under which the work-product doctrine is waived, [id at 389](#), the court looked to the opinions of other courts, [id at 389-90](#). **[**16]**⁵ On the basis of those opinions, the district court concluded that "since the work-product privilege doctrine is based on maintaining a healthy adversarial system, . . . once the privileged information is disclosed to any adversary the privilege is destroyed." [id at 390](#). Implicitly determining that the SEC and the DOJ were Westinghouse's adversaries, the court held that by voluntarily disclosing information and documents to these agencies, Westinghouse had waived the right to assert the protection of the doctrine.

In contrast, the district court held that because the DOJ and the **[**17]** Republic are litigation "allies," their mutual disclosure of information under the Agreement did not give rise to a corresponding waiver of work-product protection. [id at 390-91](#). The court noted that this holding was consistent with its decision in [Shulton,](#)

⁵The decisions that the district court looked to include [In re Chrysler Motors Corporation Overnight Evaluation Program Litigation, 860 F.2d 844 \(8th Cir 1988\)](#), [In re Subpoenas Duces Tecum, 238 App. D.C. 221, 738 F.2d 1367 \(DC Cir 1984\)](#), [In re Sealed Case, 219 App. D.C. 195, 676 F.2d 793 \(DC Cir 1982\)](#), and [Chubb Integrated Systems v National Bank of Washington, 103 F.R.D. 52, 224 U.S.P.Q. \(BNA\) 1002 \(DDC 1984\)](#).

[Inc. v Optel Corp., 1987 U.S. Dist. LEXIS 10097 \(D.N.J.\)](#). [132 F.R.D. at 390](#). Following [Shulton](#), the court reasoned that "disclosing information to any ally may strengthen, rather than destroy, the adversary process, as allies who fortify their cases against their mutual adversary have a greater chance of defeating that adversary." [id at 391](#).

The district court subsequently denied Westinghouse's motions for reargument or, in the alternative, for certification pursuant to [28 U.S.C. § 1292\(b\)](#). The court, however, concluded that Westinghouse had raised "substantial questions" concerning the application of the attorney-client privilege and the work-product doctrine "which should be resolved by the Third Circuit in the last instance rather than myself." Therefore, the court granted Westinghouse's motion for a stay pending efforts to review its disclosure order.

III. APPELLATE JURISDICTION

[18]** In its petition for the extraordinary writ of mandamus, Westinghouse asks that we set aside both aspects of the district court's order, which held that (1) Westinghouse had waived the attorney-client privilege and work-product doctrine regarding the documents it disclosed to the SEC and to the DOJ and that (2) the Republic had not waived the work-product doctrine regarding the documents it disclosed to the DOJ pursuant to the Agreement for Mutual Legal Assistance. As a threshold question, we must decide whether mandamus may be used as a means of reviewing those orders.

[*1422] [HN3](#)^[↑] Mandamus is authorized by the All Writs Act, [28 USC § 1651\(a\) \(1988\)](#), which provides:

The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law.

The language of [section 1651](#) itself establishes a prerequisite for our jurisdiction: because the writ must be "in aid of" our jurisdiction, the case must be one that lies within "some present or potential exercise of appellate jurisdiction." [Bogosian v Gulf Oil Corp.](#), [738 F.2d 587, 591 \(3d Cir 1984\)](#) (quoting [United States v RMI Co.](#), [599 F.2d 1183, 1185 \(3d Cir 1979\)](#)). **[**19]** See also 16 Charles A. Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 3932 at 185 (West 1977) ("Wright & Miller"). That prerequisite plainly is satisfied in this case. Given our jurisdiction to review final judgments under [28 USC § 1291](#), it is clear that the underlying case may at some future time come within the court's appellate jurisdiction. [Bogosian](#), [738 F.2d at 591](#); see also [McClellan v Carland](#), [217 U.S. 268, 30 S. Ct. 501, 54 L. Ed. 762 \(1910\)](#) (writs of mandamus may issue in aid of appellate jurisdiction yet to be acquired).

Another prerequisite for mandamus jurisdiction emanates from the final judgment rule: mandamus must not be used as a mere substitute for appeal. 16 Wright & Miller, § 3932 at 185. That prerequisite is satisfied in this case with respect to the order compelling Westinghouse to produce the documents it disclosed to the SEC and to the DOJ. Westinghouse "has no other adequate means to attain the relief [it] desires," [Sporck v Peil](#), [759 F.2d 312, 314 \(3d Cir 1985\)](#) (quoting [Allied Chemical Corp. v Daiflon, Inc.](#), [449 U.S. 33, 34, 101 S. Ct. 188, 66 L. Ed. 2d 193 \(1980\)](#)). "When a district **[**20]** court orders production of information over a litigant's claim of a privilege not to disclose, appeal after a final judgment is an inadequate remedy." [Bogosian](#), [738 F.2d at 591](#) (citation omitted).⁶

⁶ [HN4](#)[↑] An order compelling or denying discovery does not fall within the orders that may be appealed under [28 USC § 1292\(a\)](#), see [Borden Co. v Sylk](#), [410 F.2d 843, 845 \(3d Cir 1969\)](#), and the district court wisely exercised its discretion in rejecting Westinghouse's attempt to pursue an interlocutory

Our jurisprudence also focuses attention on "the instructional goals of mandamus." [United States v Christian](#), [660 F.2d 892, 897 \(3d Cir 1981\)](#). Review would comport with that consideration, too. This court has not previously decided the important attorney-client privilege and work-product issues presented by Westinghouse's petition. Moreover, the other courts of appeals that have addressed the issue have reached contradictory results. Compare **[**21]** [Diversified](#), [572 F.2d 596](#), with [Permian](#), [214 App. D.C. 396, 665 F.2d 1214](#).

Therefore, we hold that Westinghouse's petition to set aside the district court's order directing Westinghouse to disclose the documents that it revealed to the government falls, at the threshold, within "the line of cases recognizing that [HN5](#)[↑] mandamus may properly be used as a means of immediate appellate review of orders compelling the production of documents claimed to be protected by privilege or other interests in confidentiality." [Bogosian](#), [738 F.2d at 591](#). See also [Cipollone v Liggett Group, Inc.](#), [785 F.2d 1108, 1118 \(3d Cir 1986\)](#) ("Mandamus has been held to be appropriate when a failure to issue the writ would lead to the disclosure of confidential materials."). We also hold, however, that mandamus is *not* the appropriate avenue to review the district court's order *upholding* the work-product doctrine as applied to the documents the Republic shared with the DOJ. Unlike an order compelling disclosure, the effect of which is irrevocable, an order denying discovery may be reviewed on appeal from the final judgment, and, if erroneous, may be remedied **[**22]** by granting a new trial.

The decision to examine Westinghouse's attorney-client privilege and work-product claims at the threshold does not, however, conclude the mandamus issue, but only permits further consideration of the papers. The test for appeal pursuant to [28 USC § 1292\(b\)](#).

the grant of mandamus [*1423] is rigorous indeed. As we have explained, [HN6](#) mandamus is appropriate only in extraordinary situations, [Sporck, 759 F.2d at 314](#), and the writ will be granted only where the petitioner has shown that the district court has committed a "clear error of law," *id.* Moreover, the [HN7](#) petitioner has the burden of showing that its right to mandamus relief is "clear and indisputable." *Id.* We now turn to Westinghouse's attorney-client privilege and work-product claims. As our discussion will demonstrate, this rigorous test is not met here.

IV. THE ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE AND THE SELECTIVE WAIVER THEORY

The central question regarding Westinghouse's attorney-client privilege claim is the validity of the celebrated and controversial selective waiver⁷ theory fashioned by the Eighth Circuit in *Diversified Industries, Inc. v Meredith*, 572 F.2d 596 (8th Cir 1978) (en banc), and resoundingly rejected by [*23] the D.C. Circuit in [Permian Corp. v United States, 214 App. D.C. 396, 665 F.2d 1214 \(D.C. Cir 1981\)](#), and subsequent cases.⁸ In

⁷ Although the rule in *Diversified* is often referred to as the "limited waiver rule," we prefer not to use that phrase because the word "limited" refers to two distinct types of waivers: selective and partial. Selective waiver permits the client who has disclosed privileged communications to one party to continue asserting the privilege against other parties. Partial waiver permits a client who has disclosed a portion of privileged communications to continue asserting the privilege as to the remaining portions of the same communications. See Breckinridge L. Willcox, *Martin Marietta and the Erosion of the Attorney-Client Privilege and Work-Product Protection*, 49 *Md L Rev* 917, 922 (1990); Developments in the Law, *Privileged Communications*, 98 *Harv L Rev* 1450, 1630-31 (1985).

⁸ See [In re Subpoenas Duces Tecum, 238 App. D.C. 221, 738 F.2d 1367 \(D.C. Cir 1984\)](#); [In re Sealed Case, 219 App. D.C. 195, 676 F.2d 793 \(D.C. Cir 1982\)](#).

Diversified, the Eighth Circuit held that disclosure of material protected by the attorney-client privilege to the SEC during a formal investigation constituted only a selective waiver of the privilege, and that therefore the material could not be discovered in subsequent civil litigation.

[**24] It is often stated that [HN8](#) the purpose of the attorney-client privilege is to encourage "full and frank communication between attorneys and their clients." See, for example, [Upjohn Co. v United States, 449 U.S. 383, 389, 101 S. Ct. 677, 66 L. Ed. 2d 584 \(1981\)](#). Full and frank communication is not an end in itself, however, but merely a means to achieve the ultimate purpose of the privilege: "promoting broader public interests in the observance of law and administration of justice." *Id.* See also Developments, 98 *Harv L Rev* at 1644 (cited in note 7). The Supreme Court recognized this underlying rationale for the privilege long ago, when it stated:

[The attorney-client privilege] is founded upon the necessity, in the interest and administration of justice, of the aid of persons having knowledge of the law and skilled in its practice, which assistance can only be safely and readily availed of when free from the consequences [**25] or the apprehension of disclosure.

[Hunt v Blackburn, 128 U.S. 464, 470, 9 S. Ct. 125, 32 L. Ed. 488 \(1888\)](#) (quoted in [Upjohn, 449 U.S. at 389](#)). See also Edward W. Cleary, ed, *McCormick on Evidence*, § 87 at 204 (West 1972) ("The proposition is that the detriment to justice from a power to shut off inquiry to pertinent facts in court, will be outweighed by the benefits to justice (not to the client) from a franker disclosure in the lawyer's office.").

[HN9](#) Because the attorney-client privilege obstructs the truth-finding process, it is construed narrowly. [In re](#)

[Grand Jury Investigation \(Sun Co.\)](#), 599 F.2d 1224, 1235 (3d Cir 1979); [In re Grand Jury Investigation of Ocean Transportation](#), 196 App. D.C. 8, 604 F.2d 672, 675 (D.C. Cir 1979); [Radiant Burners, Inc. v American Gas Association](#), 320 F.2d 314, 323 (7th Cir 1963).⁹

The privilege "protects *only* those disclosures--necessary to obtain informed legal [*1424] advice--which might not have been made absent the privilege." [Fisher v United States](#), 425 U.S. 391, 403, 96 S. Ct. 1569, 48 L. Ed. 2d 39 (1976) (emphasis added). Accordingly, voluntary [**26] disclosure to a third party of purportedly privileged communications has long been considered inconsistent with an assertion of the privilege. [United States v AT&T](#), 206 App. D.C. 317, 642 F.2d 1285, 1299 (D.C. Cir 1980). As one commentator cogently explained:

If clients themselves divulge such information to third parties, chances are that they would also have divulged it to their attorneys, even without the protection of the privilege. Thus, once a client has revealed privileged information to a third party, the basic justification for the privilege no longer applies . . .

Comment, *Stuffing the Rabbit Back into the Hat: Limited Waiver of the Attorney-Client Privilege in an Administrative [**27] Agency Investigation*, 130 U Pa L Rev 1198, 1207 (1982). Consequently, it is well-settled that [HN10](#) when a client voluntarily discloses privileged communications to a third party, the privilege is waived. See [Rockwell](#), 897 F.2d at 1265. See also 8 Wright & Miller, § 2016 at 127 and n71; id, § 2024 at

⁹Regarding the narrow construction given privileges in general, see [University of Pennsylvania v EEOC](#), 493 U.S. 182, 110 S. Ct. 577, 582, 107 L. Ed. 2d 571 (1990); [Tramell v United States](#), 445 U.S. 40, 50, 100 S. Ct. 906, 63 L. Ed. 2d 186 (1980); [In re Grand Jury Investigation](#), 918 F.2d 374, 383 (3d Cir 1990).

210 (citing cases).

When disclosure to a third party is necessary for the client to obtain informed legal advice, courts have recognized exceptions to the rule that disclosure waives the attorney-client privilege. For example, courts have held that the client may allow disclosure to an "agent" assisting the attorney in giving legal advice to the client without waiving the privilege. 8 Wigmore, *Evidence* § 2301 at 583 (McNaughton rev 1961); McCormick, *Evidence* § 92 at 188. Courts have also held that the client may disclose communications to co-defendants or co-litigants without waiving the privilege. See, for example, [Hunydee v United States](#), 355 F.2d 183, 184-85 (9th Cir 1965). These exceptions are consistent with the goal underlying the privilege because each type of disclosure is sometimes necessary for the client to obtain informed [**28] legal advice.

Westinghouse in essence asks that we recognize another exception to the waiver doctrine, one designed to accommodate voluntary disclosure to government agencies. In this regard, we note preliminarily that numerous cases have applied the traditional waiver doctrine to communications disclosed to government agencies. See Note, *The Limited Waiver Rule: Creation of an SEC-Corporation Privilege*, 36 *Stan L Rev* 789, 792 and ¹⁷ (1984) (citing cases finding waiver when disclosures made to various government agencies, including the IRS, the DOJ, the Department of Labor, and the SEC).

In *Diversified*, the Eighth Circuit departed from the traditional waiver doctrine by recognizing an exception

¹⁷ Doe also moved to quash the grand jury's subpoena seeking additional documents related to those already disclosed. We do not discuss this aspect of *Doe* because it concerns the effect of a partial disclosure and the instant case involves only a selective disclosure.

for voluntary disclosures made in cooperation with SEC investigations. The court's explanation for its departure consists, in its entirety, of the following sentence:

To hold otherwise may have the effect of thwarting the developing procedure of corporations to employ independent outside counsel to investigate and advise them in order to protect stockholders, potential stockholders and customers.

572 F.2d at 611.¹⁰

[29]** In rejecting *Diversified*, the D.C. Circuit observed that it could not see how the availability of a selective waiver "would serve the interests underlying the [attorney-client privilege]." *Permian*, *665 F.2d at 1220*. The court reasoned that selective waiver "has little to do with" the privilege's purpose -- protecting the confidentiality of attorney-client communications in order to encourage clients to obtain informed legal assistance. *Id.* The court explained that while voluntary cooperation with government investigations "may be a laudable activity, . . . it is hard to understand how such conduct improves the attorney-client **[*1425]** relationship." *Id. at 1221*. The court then advanced a second reason for rejecting the selective waiver rule, stating:

The client cannot be permitted to pick and choose among his opponents, waiving the privilege for some and resurrecting the claim of confidentiality to obstruct others, or to invoke the privilege as to communications whose confidentiality he has already compromised for his own benefit. . . . The attorney-client privilege is not

¹⁰ Westinghouse cites *Byrnes v IDS Realty Trust*, *85 F.R.D. 679 (SDNY 1980)*, and *In re Grand Jury Subpoena Dated July 13, 1979*, *478 F. Supp. 368 (ED Wis 1979)*, as following *Diversified*. Both cases appear to have involved partial disclosures, a topic we discuss in note 13. In addition, in both cases, the court was construing Eighth Circuit precedent. We thus conclude that *Diversified* still stands alone.

designed for such tactical employment.

Id.

We find the first part of the D.C. **[**30]** Circuit's reasoning persuasive. The Eighth Circuit's sole justification for permitting selective waiver was to encourage corporations to undertake internal investigations. Unlike the two widely recognized exceptions to the waiver doctrine we discussed at page 1424, selective waiver does not serve the purpose of encouraging full disclosure to one's attorney in order to obtain informed legal assistance; it merely encourages voluntary disclosure to government agencies, thereby extending the privilege beyond its intended purpose. See Note, 36 Stan L Rev at 804 (noting that selective waiver rule merely encourages disclosure to government agencies); *Developments*, 98 Harv L Rev at 1645, 1647 (noting concern that selective waiver rule extends breadth of attorney-client privilege). Moreover, selective waiver does nothing to promote the attorney-client relationship; indeed, the unique role of the attorney, which led to the creation of the privilege, has little relevance to the selective waiver permitted in *Diversified*. See Note, 36 Stan L Rev at 804. The traditional waiver doctrine provides that disclosure to third parties **[**31]** waives the attorney-client privilege unless the disclosure serves the purpose of enabling clients to obtain informed legal advice. Because the selective waiver rule in *Diversified* protects disclosures made for entirely different purposes, it cannot be reconciled with traditional attorney-client privilege doctrine. Therefore, we are not persuaded to engraft the *Diversified* exception onto the attorney-client privilege. Westinghouse argues that the selective waiver rule encourages corporations to conduct internal investigations and to cooperate with federal investigative agencies. We agree with the D.C. Circuit that these objectives, however laudable, are beyond the intended purposes of the attorney-client privilege, see

[Permian, 665 F.2d at 1221](#) , and therefore we find Westinghouse's policy arguments irrelevant to our task of applying the attorney-client privilege to this case. In our view, to go beyond the policies underlying the attorney-client privilege on the rationale offered by Westinghouse would be to create an entirely new privilege.

Several factors counsel against the creation of a new privilege allowing parties to disclose communications to government **[**32]** agencies without waiving the attorney-client privilege. First, because privileges obstruct the truth-finding process, the Supreme Court has repeatedly warned the federal courts to be cautious in recognizing new privileges. See, for example, [University of Pennsylvania, 110 S. Ct. at 582](#) (cited in note 8). In addition, the Supreme Court has been "especially reluctant to recognize a privilege in an area where it appears that Congress has considered the competing concerns but has not provided the privilege itself." *Id.* In 1984, Congress rejected an amendment to the Securities and Exchange Act of 1934, proposed by the SEC, that would have established a selective waiver rule regarding documents disclosed to the agency. See *SEC Statement in Support of Proposed § 24(d) of the Securities and Exchange Act of 1934*, in 16 *Sec Reg & L Rep* at 461 (March 2, 1984).

Moreover, although a selective waiver rule might increase voluntary cooperation with government investigations, a new privilege must "promote[] sufficiently important interests to outweigh the need for probative evidence." *Trammel*, 445 U.S. at 50 (cited in note 8). We do not question **[**33]** the importance of the public interest in voluntary cooperation with government investigations. We have little reason to believe, however, that this interest outweighs "the fundamental principle **[*1426]** that 'the public . . . has a right to every man's evidence.'" [University of Pennsylvania, 110 S Ct](#)

[at 582](#) (citations omitted).¹¹

In addition, we do not think that a new privilege is necessary to encourage voluntary cooperation with government investigations. Indeed, no such privilege was established at the time Westinghouse decided to cooperate with the SEC and the DOJ. When Westinghouse first disclosed privileged materials to the SEC, only one **[**34]** court of appeals had adopted the selective waiver rule. By the time Westinghouse made its disclosures to the DOJ, another court of appeals had trenchantly rejected the selective waiver rule. We find it significant that Westinghouse chose to cooperate despite the absence of an established privileged protecting disclosures to government agencies. We also note that many other corporations also have chosen to cooperate with the SEC despite the lack of an established privilege protecting their disclosures. See Note, 36 *Stan L Rev* at 822 (noting that over 425 corporations participated in the SEC's Voluntary Disclosure Program¹² in 1979, when only one court of

¹¹We also note that some commentators have expressed concern that the selective waiver rule, while furthering the public policy of encouraging voluntary cooperation with government investigations, might run afoul of another public policy, namely the policy embodied in the Freedom of Information Act. See, for example, Note, 36 *Stan L Rev* at 806-13.

¹²The SEC developed its Voluntary Disclosure Program in the mid-1970s, when it was investigating the political "slush fund" practices of several corporations. Realizing that it lacked the resources to investigate each case fully, the SEC encouraged corporations to appoint special committees, composed of directors not affiliated with management, to conduct independent investigations of the corporations' practices. These investigations were conducted by outside counsel responsible only to the special committees and their results were shared with the SEC staff. See [In re Sealed Case, 219 App. D.C. 195, 676 F.2d 793, 800-01 \(D.C. Cir 1982\)](#).

appeals had adopted the selective waiver rule).

[35]** Our rejection of the selective waiver rule does not depend, however, on the second reason the D.C. Circuit gave in *Permian* for rejecting *Diversified*. Generally, the "fairness doctrine" is invoked in partial (as opposed to selective) disclosure cases.¹³ **[**36]** This case involves selective, rather than partial, disclosure. The courts and commentators disagree about whether there is anything unfair about selective disclosure.¹⁴ Here it is unnecessary to decide the question. We need not find unfairness to the Republic in order to find waiver because we have concluded already that the attorney-

¹³We have explained the distinction between partial and selective disclosures in note 7. When a party discloses a portion of otherwise privileged materials while withholding the rest, the privilege is waived only as to those communications actually disclosed, unless a partial waiver would be unfair to the party's adversary. See, for example, *In re Von Bulow*, 828 F.2d 94 (2d Cir 1987). If partial waiver does disadvantage the disclosing party's adversary by, for example, allowing the disclosing party to present a one-sided story to the court, the privilege will be waived as to all communications on the same subject.

¹⁴In *Permian* and its progeny, the D.C. Circuit has taken the view that it is inherently unfair for a party to selectively disclose privileged information in one proceeding but not another. See *Permian*, 665 F.2d at 1221; *In re Subpoenas Duces Tecum*, 238 App. D.C. 221, 738 F.2d 1367, 1370 (D.C. Cir 1984); *In Re Sealed Case*, 219 App. D.C. 195, 676 F.2d 793, 817-24 (D.C. Cir 1982). We hesitate to rely on this rationale, however, for in our view, when a client discloses privileged information to a government agency, the private litigant in subsequent proceedings is no worse off than it would have been had the disclosure to the agency not occurred. See Developments, 98 Harv L Rev at 1631 n.14; see also Note, *Limited Waiver of the Attorney-Client Privilege upon Voluntary Disclosure to the SEC*, 50 Fordham L Rev 963, 981-82 (1982). But see Comment, 130 U Pa L Rev at 1226.

client privilege protects only those disclosures necessary to encourage clients to seek informed legal advice and that Westinghouse's disclosures were not made for this purpose.

Westinghouse further contends, however, that the SEC's regulations concerning confidentiality and the stipulated court order memorializing the confidentiality agreement **[**37]** between Westinghouse and the DOJ must be regarded as preserving the attorney-client privilege with respect to the information disclosed because of Westinghouse's expectations of confidentiality engendered thereby. We reject Westinghouse's **[*1427]** argument that it did not waive the privilege because it reasonably expected that the SEC and the DOJ would maintain the confidentiality of the information that it disclosed to them.

Even though the DOJ apparently agreed not to disclose the information, [HN11](#)[↑] under traditional waiver doctrine a voluntary disclosure¹⁵ to a third party waives the attorney-client privilege even if the third party agrees not to disclose the communications to anyone else. See, for example, *Rockwell*, 897 F.2d at 1265 ("The attorney-client privilege does not apply to communications that are intended to be disclosed to third parties *or that in fact are so disclosed.*") (emphasis added). See also 8 Wigmore, *Evidence* § 2327 at 636; Note, 36 Stan L Rev at 792. We also note that the agreement between Westinghouse and the DOJ preserved Westinghouse's

¹⁵We consider Westinghouse's disclosure to the DOJ to be voluntary even though it was prompted by a grand jury subpoena. Although Westinghouse originally moved to quash the subpoena, it later withdrew the motion and produced the documents pursuant to the confidentiality agreement. Had Westinghouse continued to object to the subpoena and produced the documents only after being ordered to do so, we would not consider its disclosure of those documents to be voluntary.

right to invoke the attorney-client privilege only as to the DOJ -- and does not appear in **[**38]** any way to have purported to preserve Westinghouse's right to invoke the privilege against a different entity in an unrelated civil proceeding such as the instant case.

Moreover, even if Westinghouse could preserve the privilege by conditioning its disclosure upon a promise to maintain confidentiality, no such promise was made here regarding the information disclosed to the SEC. As Westinghouse emphasizes, SEC regulations in effect at the time of Westinghouse's disclosures to that agency provided that the SEC would maintain confidentiality as to information **[**39]** and documents obtained in the course of any investigation. See [17 CFR §§ 203.2, 240.0-4 \(1978\)](#). We do not think, however, that these regulations justified a reasonable belief on Westinghouse's part that the attorney-client privilege would be preserved with respect to the Kirkland & Ellis letter and the other information disclosed to the SEC. As the Republic observes, the very regulations on which Westinghouse relies explicitly provided that [HN12](#) information obtained in the course of a non-public investigation must be made a matter of public record and provided upon request if the disclosure of the confidential information was "not contrary to the public interest." 17 CFR § 240.0-.04 (1978). Moreover, as the Republic further notes, the SEC unsuccessfully sought to have the Securities and Exchange Act of 1934 amended to include a specific provision establishing a selective waiver rule protecting corporate disclosures to the agency. See *SEC Statement in Support of Proposed § 24(d) of the Securities and Exchange Act of 1934*, in 16 Sec Reg & L Rep at 461 (March 2, 1984). That the SEC itself sought such legislation suggests that the SEC did not interpret its regulations to confer the selective **[**40]** waiver that Westinghouse would have

us find in them.¹⁶

V. WESTINGHOUSE'S CLAIM FOR PROTECTION UNDER THE WORK-PRODUCT DOCTRINE

Westinghouse also argues that the work-product doctrine shields the documents that it disclosed to the SEC and to the DOJ from the Republic. Once again, Westinghouse's argument requires us to choose between positions taken by the Eighth and D.C. Circuits. In order to evaluate those positions, however, we must begin with a review of the purpose underlying the work-product doctrine.

The purpose of the work-product doctrine differs from that of the attorney-client privilege. See, for example, Stephen **[*1428]** A. Saltzburg, *Corporate and Related Attorney-Client Privilege Claims: A Suggested Approach*, [12 Hofstra L Rev 279, 303 n121 \(1984\)](#); **[**41]** Willcox, 49 Md L Rev at 922-23. As we have explained, the attorney-client privilege promotes the attorney-client relationship, and, indirectly, the functioning of our legal system, by protecting the confidentiality of communications between clients and their attorneys. In contrast, the work-product doctrine promotes the adversary system directly by protecting the confidentiality of papers prepared by or on behalf of attorneys in anticipation of litigation. Protecting attorneys' work product promotes the adversary system by enabling attorneys to prepare cases without fear that their work product will be used against their clients. [Hickman v Taylor, 329 U.S. 495, 510-11, 67 S. Ct. 385, 91 L. Ed. 451 \(1947\)](#); [United States v AT&T, 206 App. D.C. 317, 642 F.2d 1285, 1299 \(D.C. Cir 1980\)](#).

¹⁶We do not infer an intention to prohibit the selective waiver rule from Congress's inaction. Rather, we mention the SEC's proposal to show that the agency responsible for construing the regulations on which Westinghouse relies did not interpret them as establishing a selective waiver rule.

A disclosure to a third party waives the attorney-client privilege unless the disclosure is necessary to further the goal of enabling the client to seek informed legal assistance. Because the work-product doctrine serves instead to protect an attorney's work product from falling into the hands of an adversary, a disclosure to a third party does not necessarily waive the protection [**42] of the work-product doctrine. Most courts hold that to waive the protection of the work-product doctrine, the disclosure must enable an adversary to gain access to the information. See, for example, [AT&T, 642 F.2d at 1299](#). See also 8 Wright & Miller, § 2024 at 210 (citing cases).

We agree that the purpose of the work-product doctrine requires us to distinguish between disclosures to adversaries and disclosures to non-adversaries. We also find Westinghouse's argument that the DOJ and the SEC were not its adversaries to be without merit. Unlike a party who assists the government in investigating or prosecuting another, see [AT&T, 642 F.2d at 1300](#) (party assisting DOJ investigation of another not an adversary to DOJ), Westinghouse was the target of investigations conducted by the agencies. Under these circumstances, we have no difficulty concluding that the SEC and the DOJ were Westinghouse's adversaries. See also [In re Subpoenas Duces Tecum, 238 App. D.C. 221, 738 F.2d 1367, 1372 \(D.C. Cir 1984\)](#) ("Subpoenas") ("no question" that target of SEC investigation was SEC's adversary).

The more difficult question is whether Westinghouse's disclosure to [**43] these two adversaries waives the protection of the work-product doctrine as against the Republic. Even though the courts generally agree that disclosure to an adversary waives the work-product doctrine, they disagree over the reasons behind this principle and thus, over its application to specific circumstances.


For example, the Eighth Circuit has found the mere fact of disclosure to one adversary sufficient to waive the work-product doctrine as against other adversaries, even when the first adversary agreed not to disclose the protected documents to anyone else. The court took this position in [In re Chrysler Motors Corp. Overnight Evaluation Program Litigation, 860 F.2d 844 \(8th Cir 1988\)](#). That case involved a corporation that had disclosed protected materials to its adversaries voluntarily in a civil suit during settlement negotiations and pursuant to a confidentiality agreement. The United States Attorney subsequently sought access to the materials for use in a related criminal action against the corporation. With little explanation, the Eighth Circuit held that, despite the confidentiality agreement, the corporation had waived the work-product doctrine by voluntarily [**44] disclosing the materials to an adversary. [860 F.2d at 846-47](#).

In contrast, the D.C. Circuit has employed an analysis that considers the fairness of selectively disclosing work product, the discloser's expectations of confidentiality, and the policy underlying the work-product doctrine. The court applied this analysis in *Subpoenas*, which held that a corporation that had voluntarily disclosed materials protected by the work-product doctrine to the SEC, in order to take advantage of the agency's Voluntary Disclosure [*1429] Program, had waived the work-product doctrine as against the corporation's shareholders, who sought access to the same materials for use in their subsequent civil suit against the corporation. The court first concluded that it was unfair to selectively disclose work product to one adversary and not to another. See [738 F.2d at 1372](#). The court then determined that the corporation "did not have any proper expectations of confidentiality which might mitigate the weight against them of such general considerations of fairness." *Id.* Finally, the court decided that the policy considerations behind the work-product

doctrine did not call for recognizing **[**45]** an exception for the SEC's Voluntary Disclosure Program. The court explained:

A healthy adversary system affords protection to an attorney's trial preparation as against actual and potential opponents. . . . It is said that [voluntary disclosure to government agencies] will be hindered unless the work product privilege covers it. *Permian* . . . has already rejected, for the attorney-client privilege, an exception for such disclosure, saying, "we cannot see how 'the developing procedure of corporations to employ independent outside counsel to investigate and advise them' would be thwarted by telling a corporation that it cannot disclose the resulting reports to the SEC if it wishes to maintain their confidentiality." The same choice is open under the work product privilege.

[Id at 1375](#) (citations omitted).

We hold that Westinghouse's disclosure of work product to the SEC and to the DOJ waived the work-product doctrine as against all other adversaries. As we explained at page 1424, parties who have disclosed materials protected by the attorney-client privilege may preserve the privilege when the disclosure was necessary to further the goal underlying **[**46]** the privilege. We require the same showing of relationship to the underlying goal when a party discloses documents protected by the work-product doctrine. In other words, [HN13](#)  a party who discloses documents protected by the work-product doctrine may continue to assert the doctrine's protection only when the disclosure furthers the doctrine's underlying goal.

Two considerations inform our formulation of this standard for waiving the work-product doctrine. First, we are mindful of the general principle that evidentiary privileges are to be strictly construed. See [University of Pennsylvania, 110 S Ct at 582](#) (cited in note 8). Second,

the work-product doctrine recognizes a *qualified* evidentiary protection, in contrast to the absolute protection afforded by the attorney-client privilege. [United States v Nobles, 422 U.S. 225, 239, 95 S. Ct. 2160, 45 L. Ed. 2d 141 \(1975\)](#). The protection of the work-product doctrine, unlike that of the attorney-client privilege, may be overcome by a showing of substantial need, and "like other qualified privileges, [it] may be waived." *Id.* These two considerations persuade us that the standard for waiving the work-product doctrine **[**47]** should be no more stringent than the standard for waiving the attorney-client privilege.

Applying this standard here, we hold that Westinghouse's disclosures to the SEC and to the DOJ waived the protection of the work-product doctrine because they were not made to further the goal underlying the doctrine. When a party discloses protected materials to a government agency investigating allegations against it, it uses those materials to forestall prosecution (if the charges are unfounded) or to obtain lenient treatment (in the case of well-founded allegations). These objectives, however rational, are foreign to the objectives underlying the work-product doctrine. Moreover, an exception for disclosures to government agencies is not necessary to further the doctrine's purpose; attorneys are still free to prepare their cases without fear of disclosure to an adversary as long as they and their clients refrain from making such disclosures themselves. Creating an exception for disclosures to government agencies may actually hinder the operation of the work-product doctrine. If internal investigations are undertaken with an eye to later disclosing the results to a government agency, the outside **[**48]** counsel conducting the investigation may hesitate **[*1430]** to pursue unfavorable information or legal theories about the corporation. Thus, allowing a party to preserve the doctrine's protection while disclosing work product to a

government agency could actually discourage attorneys from fully preparing their cases.

We also reject Westinghouse's argument that it did not waive the work-product protection because it reasonably expected the agencies to keep the documents it disclosed to them confidential. Even if we had found that the agencies had made such an agreement, see discussion at pages 1427-30, it would not change our conclusion.

To support its contention that we should be persuaded by its alleged expectations of confidentiality, Westinghouse relies upon two cases decided by the D.C. Circuit, *Subpoenas and In re Sealed Case*, 219 App. D.C. 195, 676 F.2d 793 (D.C. Cir 1982). *Sealed Case* involved a disclosure that was both selective and partial. Consequently, the court analyzed the waiver question in terms of the fairness doctrine typically applied to cases involving partial disclosures. Although *Subpoenas* involved only a selective disclosure, the court also relied **[**49]** upon the fairness analysis employed in *Sealed Case* when it implied that had the disclosing party reasonably expected confidentiality, its expectations would have mitigated against the "unfairness" of selective disclosure. We have distinguished between partial and selective disclosures of materials protected by the attorney-client privilege, see note 7, and we have observed that the type of disclosure at issue in this case is selective disclosure. We also have explained that the fairness doctrine applies in cases in which there has been a partial (as opposed to selective) disclosure of communications protected by the attorney-client privilege. See pages 1426-27. Our analysis limiting the application of the fairness doctrine to *partial* disclosure applies equally in the context of the work-product doctrine. We decline to extend the fairness doctrine to cases involving selective disclosures because, as we explained at note 13, we do not see how disclosing protected materials to one

adversary disadvantages another. Therefore, *Subpoenas* and *Sealed Case* do not aid Westinghouse's cause.

In *In re John Doe*, 662 F.2d 1073 (4th Cir 1981), **[**50]** the Fourth Circuit also found the lack of a confidentiality agreement significant in determining whether a party had waived the work-product doctrine. *Doe*, however, is easily distinguished from the instant case. *Doe* arose when a criminal defendant informed the United States Attorney that Doe, his former lawyer, had advised him to give false testimony and to bribe witnesses. The United States Attorney instigated a grand jury investigation of Doe and presented to the grand jury documents that Doe had prepared while representing his former client and then inadvertently turned over to the client. Doe moved that the documents be returned to him and that the grand jury be dismissed as tainted by its improper consideration of material protected by the work-product doctrine.¹⁷

[51]** The Fourth Circuit focused on "a concern inherent in the work product rule: that since an attorney's work is for his client's advantage, opposing counsel or adverse parties should not gain the use of that work through discovery." *662 F.2d at 1081*. It reasoned that in order to waive the protection of the doctrine by disclosing material to a third party, the disclosure must indicate "conscious disregard" of the possibility that an adversary would gain access to the material. *Id.* The court then announced the following standard:

To effect a forfeiture of work product protection by waiver, disclosure must occur in circumstances in which the attorney cannot reasonably expect to limit the future use of the otherwise protected material.

Id.

Applying that standard, the court determined that Doe

had waived the protection of the work-product doctrine. At the time **[*1431]** Doe released the documents, his relationship with his former client was strained. Moreover, Doe failed to take steps to limit the client's future use of the documents. Therefore, the court concluded that Doe's disclosure "substantially and freely increased the possibility of disclosure" to anyone and thus waived the **[**52]** work-product protection. [Id at 1082.](#)

Unlike the instant case, *Doe* involved an inadvertent disclosure to a party who, while no longer sharing common interests with Doe, was not clearly an adversary. Under those circumstances, the court found it significant that Doe had taken no steps to protect the confidentiality of the documents he disclosed to his former client. Fear of waiving the doctrine's protection by an inadvertent disclosure, or by a disclosure to a non-adversary, might well chill attorneys from fully preparing their cases. Therefore, when the disclosure is either inadvertent or made to a non-adversary, it is appropriate to ask whether the circumstances surrounding the disclosure evidenced conscious disregard of the possibility that an adversary might obtain the protected materials. Thus, had the DOJ and the SEC not been Westinghouse's adversaries, and had we concluded that Westinghouse reasonably expected the agencies to keep the material that it disclosed to them confidential, we might reach a different result. But because Westinghouse deliberately disclosed work product to two government agencies investigating allegations against it, the Fourth Circuit's **[**53]** analysis in *Doe* does not apply here. ¹⁸

¹⁸ The district court did not distinguish between opinion and non-opinion work product when it decided that Westinghouse had waived the protection of the work-product doctrine. The Fourth Circuit has made this distinction in [In re Martin Marietta Corp., 856 F.2d 619 \(4th Cir 1988\)](#), cert denied, **490 U.S.**

[54]** VI. CONCLUSION

For the foregoing reasons, we conclude that Westinghouse waived the attorney-client privilege and the work-product doctrine when it disclosed otherwise protected documents to the SEC and to the DOJ. Therefore, the district court did not commit clear error in ordering Westinghouse to produce the disputed material. Accordingly, the petition for a writ of mandamus will be denied.

End of Document

1011, 109 S. Ct. 1655, 104 L. Ed. 2d 169 (1989), a case involving a waiver effected by a disclosure that was both partial and selective. The distinction between opinion and non-opinion work product was developed by the Supreme Court in *Hickman* to explain that a showing of necessity is sufficient to overcome the protection of the work-product doctrine when the documents sought do not contain opinion work product, i.e., writings which reflect an attorney's mental impressions, conclusions, opinions or legal theories. [329 U.S. at 508](#). We acknowledge that the work product at issue here undoubtedly is of both varieties. The parties have not argued, however, that the distinction is significant in answering the entirely different question of whether the protection of the doctrine has been waived, nor does it appear to us to be significant on this record. See Willcox, 49 Md L Rev at 933-34.

13 אסמכתא

Diversified Indus. v. Meredith_
572 F.2d 596

עמ' 148



Date and Time: Saturday, December 18, 2021 2:59:00 PM EST

Job Number: 160234349

Document (1)

1. [Diversified Indus. v. Meredith, 572 F.2d 596](#)

Client/Matter: -None-

Diversified Indus., Inc. v. Meredith 572 F.2d 596 (8th Cir. 1977):

Search Type: Natural Language

Narrowed by:

Content Type
Cases

Narrowed by
-None-

Diversified Indus. v. Meredith

United States Court of Appeals for the Eighth Circuit

April 11, 1977, Submitted ; August 9, 1977, Filed

No. 77-1043

Reporter

572 F.2d 596 *; 1977 U.S. App. LEXIS 12089 **; 1977-2 Trade Cas. (CCH) P61,591; 23 Fed. R. Serv. 2d (Callaghan) 1473

Diversified Industries, Inc., Petitioner, v. The Honorable James H. Meredith, Chief Judge of the United States District Court for the Eastern District of Missouri, Respondent

corporate minutes referencing the documents because the documents fell within the scope of the attorney-client privilege and the work product doctrine under [Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(3\)](#).

Subsequent History: **[**1]** Petition for Writ of Mandamus, February 15, 1978

Overview

Petitioner corporation sought to protect from discovery the contents of a memorandum and a written report prepared by counsel as well as corporate minutes referencing the report and sought a writ of mandamus affording that protection. The court denied petitioner's writ of mandamus. The court held that neither the attorney-client privilege nor the work product doctrine under [Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(3\)](#) protected disclosure of the memorandum because it contained no confidential information. The court held that the attorney-client privilege did not apply to the report because counsel was not hired by petitioner to provide legal services or advice, but rather was employed for the purpose of making an investigation of facts and to make business recommendations with respect to petitioner's future conduct. Further, the report was not work product because it was not done in preparation for any trial or in anticipation of litigation. Additionally, the court held that neither the attorney-client privilege or work product doctrine extended to the corporate minutes because the minutes were not privileged in themselves, and the memorandum and report were not privileged.

Disposition: The petition for the writ of mandamus is denied.

Core Terms

law firm, memorandum, district court, employees, disclosure, minutes, legal services, communications, privileged, work product, advice, attorney-client, recommendations, discovery, documents, copper, lawyer-client, interviewed, immunity, mandamus, parties, anticipation of litigation, preparation

Case Summary

Procedural Posture

Petitioner corporation sought a writ of mandamus directed at the Chief Judge of the United States District Court for the Eastern District of Missouri protecting discovery of contents of a memorandum and written report prepared for petitioner by counsel, as well as

Outcome

The court denied petitioner corporation's writ of mandamus because the contents of a memorandum and written report prepared by counsel and minutes referencing the documents were not protected by either the attorney-client privilege or the work product doctrine because the memorandum was not confidential, the report was not completed for litigation purposes, counsel was not hired for a legal purpose, and the minutes were not privileged.

LexisNexis® Headnotes

Civil Procedure > ... > Writs > Common Law
Writs > Mandamus

Civil Procedure > Remedies > Writs > General
Overview

[HN1](#) [↓] Common Law Writs, Mandamus

The writ of mandamus is not ordinarily available to a litigant to obtain appellate review of interlocutory discovery orders entered by a district court as litigation proceeds. However, where a claim of attorney-client privilege has been raised in and rejected by a district court, we have held that mandamus is available as a means of immediate appellate review.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

Legal Ethics > Client Relations > Duties to

Client > Duty of Confidentiality

[HN2](#) [↓] Privileged Communications, Work Product Doctrine

That confidential communications between an attorney and his client are absolutely privileged from disclosure against the will of the client. That rule expresses the "attorney-client" privilege proper. Information or materials assembled by or for a person in anticipation of litigation or in preparation for trial may be qualifiedly privileged from disclosure to an opposing party. That rule is known as the "work product" rule. [Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(3\)](#).

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Waiver

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN3](#) [↓] Attorney-Client Privilege, Waiver

The attorney-client privilege applies only if (1) the asserted holder of the privilege is or sought to become a client; (2) the person to whom the communication was made (a) is a member of the bar of a court, or his subordinate and (b) in connection with this communication is acting as a lawyer; (3) the communication relates to a fact of which the attorney was informed (a) by his client (b) without the presence of strangers (c) for the purpose of securing primarily either (i) an opinion on law or (ii) legal services or (iii) assistance in some legal proceeding, and not (d) for the purpose of committing a crime or tort; and (4) the privilege has been (a) claimed and (b) not waived by the client.

Evidence > Privileges > Attorney-Client

Privilege > General Overview

[HN4](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

Where legal advice of any kind is sought from a professional legal advisor in his capacity as such, the communications relevant to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal advisor except the protection be waived.

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > Scope

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > General Overview

[HN5](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

While the attorney-client privilege, where it exists, is absolute, the adverse effect of its application on the disclosure of truth may be such that the privilege is strictly construed.

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > General Overview

[HN6](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

In order for the attorney-client privilege to be applicable, the parties to the communication in question must bear the relationship of attorney and client. Moreover, the attorney must have been engaged or consulted by the client for the purpose of obtaining legal services or advice--services or advice that a lawyer may perform or give in his capacity as a lawyer, not in some other capacity. A communication is not privileged simply because it is made by or to a person who happens to be a lawyer.

Criminal Law & Procedure > ... > Miranda Rights > Self-Incrimination Privilege > Right to Counsel During Questioning

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > Scope

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > General Overview

[HN7](#) Self-Incrimination Privilege, Right to Counsel During Questioning

Whether the parties to a given communication are, respectively, attorney and client is a question which ordinarily presents no difficulty. A problem arises, however, where the client is a corporation that can communicate or receive communications only by or through its human agents. In such a case the question arises as to whether the attorney-client privilege extends to communications by or to all classes of corporate agents or employees or whether the privilege is limited to communications by or to only limited classes of such agents or employees.

Evidence > Privileges > Clergy Privilege > Elements

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > General Overview

Evidence > Privileges > Clergy Privilege > General Overview

[HN8](#) Clergy Privilege, Elements

Two tests exist with respect to whether an employee of a corporation is a "client" for purposes of the lawyer-client privilege when dealing with communications from such employee to the lawyer for the corporation. The

test most widely employed, apparently is the "control group" test, which requires that the communicant be in a position to control or take a substantial part in a decision about any action to be taken upon the advice of the lawyer, or that the communicant be a member of a group having such authority. The other test is the Decker test, which holds that an employee of a corporation, though not a member of its control group, is sufficiently identified with the corporation so that his communication to the corporation's lawyer is privileged where the employee made the communication at the direction of his superiors and where the subject matter upon which the lawyer's advice was sought by the corporation and dealt with in the communication was within the performance by the employee of the duties of his employment.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

Civil Procedure > Discovery & Disclosure > General
Overview

Civil Procedure > ... > Discovery > Methods of
Discovery > General Overview

Civil Procedure > ... > Discovery > Methods of
Discovery > Inspection & Production Requests

[HN9](#) **Privileged Communications, Work Product Doctrine**

[Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(3\)](#) provides: Subject to the provisions of subdivision (b)(4) of this rule, a party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under subdivision (b)(1) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or by or for that other party's representative (including his attorney, consultant,

surety, indemnitor, insurer, or agent) only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials in the preparation of his case and that he is unable without undue hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means. In ordering discovery of such materials when the required showing has been made, the court shall protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of an attorney or other representative of a party concerning the litigation.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Scope

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN10](#) **Privileged Communications, Work Product Doctrine**

Qualified immunity or privilege accorded to "work product" by the rule is to some extent broader than the absolute attorney-client privilege that has been discussed. While the "work product" may be, and often is, that of an attorney, the concept of "work product" is not confined to information or materials gathered or assembled by a lawyer. Further, a communication may be immune from discovery as work product even though it was not made to or by a "client" of an attorney.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

[HN11](#) **Privileged Communications, Work Product**

Doctrine

Information or materials sought to be protected as "work product" must have been obtained "in anticipation of litigation or for trial." Otherwise, the privilege, often referred to as "qualified immunity" is not available.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

[HN12](#)  **Privileged Communications, Work Product
Doctrine**

The work product rule does not come into play merely because there is a remote prospect of future litigation.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

[HN13](#)  **Privileged Communications, Work Product
Doctrine**

Prudent parties anticipate litigation, and begin preparation prior to the time suit is formally commenced. Thus the test for "work product" should be whether, in light of the nature of the document and the factual situation in the particular case, the document can fairly be said to have been prepared or obtained because of the prospect of litigation. But the converse of this is that even though litigation is already in prospect, there is no work product immunity for documents prepared in the regular course of business rather than for purposes of the litigation.

Administrative Law > Judicial
Review > Remedies > Mandamus

Civil Procedure > Discovery &
Disclosure > Discovery > Subpoenas

Evidence > Privileges > Government
Privileges > Waiver

Civil Procedure > ... > Discovery > Privileged
Communications > General Overview

Evidence > Privileges > Government
Privileges > General Overview

[HN14](#)  **Remedies, Mandamus**

A voluntary surrender of privileged material to a governmental agency in obedience to an agency subpoena does not constitute a waiver of the privilege for all purposes, including its use in subsequent private litigation in which the material is sought to be used against the party which yielded it to the agency.

Counsel: Mr. Thomas J. Guilfoil, St. Louis, Missouri, made argument for Petitioner and filed appearance for Petitioner. Additional appearances were filed by Messrs. J. Richard McEachern and Jim J. Shoemake, St. Louis, Missouri. Briefs for Petitioner were filed by Messrs. Jim J. Shoemake, Thomas J. Guilfoil and J. Richard McEachern, St. Louis, Missouri.

Mr. Thomas E. Wack, St. Louis, Missouri, made argument for Respondent. Appearances for Respondent were filed by Messrs. Thomas E. Wack and Walter M. Clark, St. Louis, Missouri. Briefs for Respondent were filed by Messrs. Wack and Clark.

Rebuttal was made by Mr. Guilfoil. Comments were made by Mr. Wack.

Judges: Lay, Heaney and Henley, Circuit Judges.
Heaney, Circuit Judge, concurring and dissenting.

Opinion by: HENLEY

Opinion

[*598] HENLEY, Circuit Judge.

This is an original petition for a writ of mandamus directed at The Honorable James H. Meredith, Chief Judge of the United States District Court for the Eastern District of Missouri, by Diversified Industries, Inc. which is the defendant in a [*599] case pending in the district court entitled *The Weatherhead Company, Plaintiff v. [**2] Diversified Industries, Inc., Defendant*, Docket No. 76-623C(1). In the instant proceeding Diversified seeks to protect from discovery the contents of a certain memorandum, dated June 19, 1975, and a written report, dated December, 1975, both prepared for the benefit of Diversified by the Washington, D.C. law firm of Wilmer, Cutler & Pickering, hereinafter called Law Firm. Petitioner also seeks to protect certain corporate minutes in which reference is made to the memorandum and report of Law Firm.

Weatherhead sought to obtain the materials in question by means of pretrial interrogatories and a motion for production of documents to which Diversified objected. In November, 1976 the district court overruled the objections without opinion. Diversified moved for reconsideration and alternatively asked the district court to certify the questions presented as appropriate for interlocutory appeal under [28 U.S.C. § 1292\(b\)](#). On December 30, 1976 respondent refused both reconsideration and [§ 1292\(b\)](#) certification, and in that connection filed a memorandum opinion. Finally, on January 6, 1977 the district court affirmatively ordered disclosure of the materials and Diversified applied to this court [**3] for relief.

Petitioner contends that the documents in question are not subject to disclosure because they fall within the scope of the traditional attorney-client privilege and also

are protected by the "work product" privilege dealt with in the leading case of [Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 91 L. Ed. 451, 67 S. Ct. 385 \(1947\)](#), and now expressed in [Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(3\)](#) which became effective in 1970.

Respondent, actually Weatherhead, denies that the material in question is covered by either privilege, and also contends that any originally existing privilege was waived effectively for purposes of the litigation in the district court when petitioner turned the material over to the Securities and Exchange Commission without protest in response to an agency subpoena in the course of an investigation that the Commission was conducting.

We heard the matter preliminarily on January 14, 1977 and entered an order staying operation of the district court's order of January 6 as it affected Law Firm's memorandum and report and portions of the corporate minutes of Diversified relating to those documents pending final disposition of the case. We also called for the filing of briefs within a [**4] comparatively short period of time.

We have considered the petition, the response thereto, the exhibits tendered by the respective parties, and their briefs. And we have also considered in camera material that was submitted to the district court and later to us. That material includes the memorandum and report of Law Firm and copies of the minutes of certain meetings of Diversified's Board of Directors.

[HN1](#) [↑] The writ of mandamus is not ordinarily available to a litigant to obtain appellate review of interlocutory discovery orders entered by a district court as litigation proceeds. However, where a claim of attorney-client privilege has been raised in and rejected by a district court, we have held that mandamus is available as a means of immediate appellate review.

Pfizer, Inc. v. Lord, District Judge, 456 F.2d 545, 547-48 (8th Cir. 1972). See also *Harper & Row Publishers v. Decker, 423 F.2d 487 (7th Cir. 1970)*, *aff'd without opinion by an equally divided Supreme Court, 400 U.S. 348, 27 L. Ed. 2d 433, 91 S. Ct. 479 (1971)*. We concluded, therefore, that we should consider the instant petition on the merits.

Petitioner is a Delaware corporation with its principal place of business in Clayton, **[**5]** Missouri. Its operations include sales of scrap copper which is the principal component of brass. Some and perhaps many of petitioner's sales are made in interstate commerce.

Weatherhead is an Ohio corporation having its principal place of business at Cleveland. It is engaged in the manufacture and sale of brass and brass products, and it maintains a mill at Angola, Indiana.

[*600] For a number of years prior to the filing of its suit against Diversified in July, 1976 Weatherhead purchased large quantities of copper from Diversified which copper was shipped from Clayton to Angola. Naturally, there were extensive dealings between employees of Weatherhead engaged in the purchasing of copper and employees of Diversified engaged in the sale of copper. Diversified sold copper not only to Weatherhead but also to other purchasers.

In 1974 and 1975 Diversified became engaged in two lawsuits in federal court in the Eastern District of Missouri, which litigation involved what is commonly known as a "proxy fight." In the course of that litigation it came to light that Diversified may have established and maintained a "slush fund" which was used to bribe purchasing agents of other business entities including **[**6]** Weatherhead, and perhaps for other improper purposes.

Disclosures made in the course of the 1974-75 litigation, which litigation had no direct relationship to the suit that

is now pending in the district court, attracted the interest of the Securities and Exchange Commission. In due course the Commission conducted an official investigation of the affairs of Diversified and other corporations and individuals, and it later filed a suit for an injunction against Diversified and others in the United States District Court for the District of Columbia; a consent decree was entered in that case in late 1976.

In July, 1975 Weatherhead commenced its suit against Diversified in the district court alleging an unlawful conspiracy between Diversified and Weatherhead employees whereby the latter were paid large sums of money out of Diversified's alleged "slush fund" to procure the purchase from Diversified by Weatherhead of large amounts of inferior copper. Weatherhead alleged conspiracy, tortious interference with the contractual relationships between itself and its employees, and violation of § 4 of the Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. § 15. On the common law counts of the complaint actual and punitive **[**7]** damages and an accounting of profits were sought. Treble damages were sought under the antitrust count. We assume that Diversified denies liability.

Weatherhead has employed extensive discovery in the case in the district court and doubtless has been able to acquire much information of value to it. However, Weatherhead has not yet been able to obtain access to Law Firm's memorandum and report.

The history of those documents may be summarized as follows.

The 1974-75 litigation involving Diversified was settled amicably and before any official action had been taken by the SEC. However, the Board of Directors of Diversified concluded that it should cause an investigation to be made of the business practices of the company in the context of the disclosures that had been

made in the course of the litigation. In the spring of 1975 Law Firm was employed to make that investigation and to report the results thereof to Diversified's Board. Law Firm was not employed to give legal advice to Diversified and was not employed to represent Diversified in any pending or potential litigation. The reason for the employment of Law Firm was its supposed expertise in the relevant field.

The memorandum of June [**8] 19, 1975 was of a purely preliminary nature and was written at a time when the employment of Law Firm was still somewhat tentative. Basically, the memorandum is a statement of historical matters, and an outline of how Law Firm proposed to conduct the investigation. The memorandum also discussed the extent to which information developed by the investigation would be immune from disclosure should disclosure be sought officially. As to the method of investigation, Law Firm stated that it proposed to interview individuals, including employees of Diversified, and Law Firm requested the Board to instruct corporate employees to cooperate in the investigation and to participate in interviews with Law Firm's representatives. Law Firm also indicated that it intended to examine relevant records, and [*601] that it might find it necessary or convenient to employ an independent firm of accountants to assist in the investigation.

This memorandum was satisfactory to the Board, and Diversified employees were instructed to cooperate with Law Firm and to furnish information to Law Firm's representatives.

The December, 1975 report was quite different from the June memorandum. The December document was a full [**9] and detailed report of the investigation; it identified persons who had been interviewed and set out the substance of what they had said; it also identified individuals who had refused to give any information. The

report also dealt with the accounting aspect of the investigation which had been handled by the firm of Arthur Andersen & Co. The report further contained a number of recommendations both on the part of Law Firm and on the part of the accountants.

It may be doubted that the report itself would be admissible in evidence at a trial of the Weatherhead-Diversified case, but it obviously contains a great deal of material which is relevant to the controversy between the parties, and might well be extremely useful to counsel for Weatherhead in discovering and developing relevant and admissible evidence.

Included in the in camera material that we have examined are copies of corporate minutes covering meetings of the Board held from time to time between early May, 1975 and July, 1976. Those minutes would be privileged, if at all, only to the extent that they may reveal privileged matter communicated by Law Firm.

The minutes of many of the meetings refer to the fact that Law Firm had [**10] been employed, that a report had been received including recommendations, and that the recommendations were to be followed. For the most part, however, the minutes say nothing about what was in the report or what the recommendations were.

One exception is the minutes of a meeting of the Board that was held on September 3, 1975, while the investigation was in progress. Two representatives of Law Firm attended the meeting and advised the Board as to the status of the investigation and as to some of the Law Firm's tentative findings.

The in camera material also includes a memorandum, dated January 30, 1976, from Mr. Woodlief, the President of Diversified, to all corporate officers and heads of subsidiaries and divisions of the company. And that memorandum reveals to some extent the results of the investigation.

Coming now to the issues, it should be kept in mind that we are dealing with a claim of privilege based on two separate and distinct rules. The first is the long established rule [HN2](#) that confidential communications between an attorney and his client are absolutely privileged from disclosure against the will of the client. That rule expresses the "attorney-client" privilege proper. The **[**11]** second rule is that information or materials assembled by or for a person in anticipation of litigation or in preparation for trial may be qualifiedly privileged from disclosure to an opposing party. That rule is known as the "work product" rule, and, as indicated, is now covered by [Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(3\)](#). Both rules are discussed thoroughly in 8 WRIGHT & MILLER, FEDERAL PRACTICE & PROCEDURE, CIVIL, §§ 2017 and 2021-28.

In the frequently cited case of [United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. 357, 358-59 \(D. Mass. 1950\)](#), Judge Wyzanski stated the conditions under which the attorney-client privilege is applicable. He said:

. . . [HN3](#) The privilege applies only if (1) the asserted holder of the privilege is or sought to become a client; (2) the person to whom the communication was made (a) is a member of the bar of a court, or his subordinate and (b) in connection with this communication is acting as a lawyer; (3) the communication relates to a fact of which the attorney was informed (a) by his client (b) without the presence of strangers (c) for the purpose of securing primarily either (i) an opinion on law or (ii) legal services or (iii) assistance in **[*602]** some legal proceeding, **[**12]** and not (d) for the purpose of committing a crime or tort; and (4) the privilege has been (a) claimed and (b) not waived by the client.

A shorter definition of the privilege, cited with approval

in 8 WRIGHT & MILLER, *op. cit.*, p. 133, is contained in [Wonneman v. Stratford Securities Co., 23 F.R.D. 281, 285 \(S.D. N.Y. 1959\)](#): ". . . [HN4](#) where legal advice of any kind is sought from a professional legal advisor in his capacity as such, the communications relevant to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal advisor except the protection be waived."

[HN5](#) While the privilege, where it exists, is absolute, the adverse effect of its application on the disclosure of truth may be such that the privilege is strictly construed. [Radiant Burners, Inc. v. American Gas Ass'n., 320 F.2d 314, 323 \(7th Cir. 1963\)](#); [Underwater Storage, Inc. v. United States Rubber Co., 314 F. Supp. 546, 547-48 \(D. D.C. 1970\)](#); [United States v. United Shoe Machinery Corp., supra, 89 F. Supp. at 358](#).

[HN6](#) In order for the privilege to be applicable, the parties to the communication in question must bear the relationship of attorney and client. Moreover, **[**13]** the attorney must have been engaged or consulted by the client for the purpose of obtaining legal services or advice--services or advice that a lawyer may perform or give in his capacity as a lawyer, not in some other capacity. A communication is not privileged simply because it is made by or to a person who happens to be a lawyer. 8 WRIGHT & MILLER, *op. cit.*, p. 136. See [Underwater Storage, Inc. v. United States Rubber Co., supra; In re Natta, 264 F. Supp. 734, 741 \(D. Del. 1967\), aff'd on other issues, 388 F.2d 215 \(3d Cir. 1968\)](#); [Georgia-Pacific Plywood Corp. v. United States Plywood Co., 18 F.R.D. 463, 464 \(S.D. N.Y. 1956\)](#); [Zenith Radio Corp. v. Radio Corp. of America, 121 F. Supp. 792, 794 \(D. Del. 1954\)](#).

[HN7](#) Whether the parties to a given communication are, respectively, attorney and client is a question which ordinarily presents no difficulty. A problem arises,

however, where the client is a corporation that can communicate or receive communications only by or through its human agents. In such a case the question arises as to whether the privilege extends to communications by or to all classes of corporate agents or employees or whether the privilege is limited to communications [**14] by or to only limited classes of such agents or employees.

On that question the authorities are clearly divided. The existing state of the law was stated succinctly by District Judge Warriner in [Virginia Electric & Power Co. v. Sun Shipbuilding & Dry Dock Co.](#), 68 F.R.D. 397, 400 (E.D.Va. 1975):

[HN8](#) [↑] Two tests exist with respect to whether an employee of a corporation is a "client" for purposes of the lawyer-client privilege when dealing with communications from such employee to the lawyer for the corporation. The test most widely employed, apparently is the "control group" test formulated by the decision in [Philadelphia v. Westinghouse Electric Corporation](#), 210 F. Supp. 483 (E.D.Pa.1962). This test requires that the communicant be in a position to control or take a substantial part in a decision about any action to be taken upon the advice of the lawyer, or that the communicant be a member of a group having such authority.

The control group test was rejected in [Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker](#), 423 F.2d 487 (7th Cir. 1970), *aff'd per curiam by equally divided Court*, 400 U.S. 348, 91 S. Ct. 479, 27 L. Ed. 2d 433 (1971). The *Decker* test holds that an employee of a corporation, though [**15] not a member of its control group, is sufficiently identified with the corporation so that his communication to the corporation's lawyer is privileged where the employee made the communication at the direction

of his superiors and where the subject matter upon which the lawyer's advice was sought by the corporation and dealt with in the communication was within the performance by the employee of the duties of his employment.

[*603] Reference may also be made to the opinion of District Judge Hamphill in [Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.](#), 397 F. Supp. 1146, 1163-67 (D. S.C. 1974).

[HN9](#) [↑] As to the work product rule, [Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(3\)](#) in pertinent part provides:

(3) *Trial Preparation: Materials.*

Subject to the provisions of subdivision (b) (4) of this rule, a party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under subdivision (b) (1) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or by or for that other party's representative (including his attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent) only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials in the preparation of [**16] his case and that he is unable without undue hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means. In ordering discovery of such materials when the required showing has been made, the court shall protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of an attorney or other representative of a party concerning the litigation. . . .

From a reading of [Rule 26\(b\)\(3\)](#) and of the discussion of the work product rule appearing in 8 WRIGHT & MILLER, *op. cit.*, §§ 2021-28, it is at once apparent that the [HN10](#) [↑] qualified immunity or privilege accorded to "work product" by the rule is to some extent broader

than the absolute attorney-client privilege that has been discussed. While the "work product" may be, and often is, that of an attorney, the concept of "work product" is not confined to information or materials gathered or assembled by a lawyer. Further, a communication may be immune from discovery as work product even though it was not made to or by a "client" of an attorney.

However, the text of the rule makes it clear that the [HN11](#) information or materials sought to be protected as "work product" must have been obtained "in anticipation **[**17]** of litigation or for trial." Otherwise, the privilege, often referred to as "qualified immunity" is not available.

With the foregoing in mind, we pass to a consideration of Diversified's claim of privilege with respect to the several documents that are in controversy here.

We have no difficulty in upholding the action of the district court in refusing to accord protection to Law Firm's memorandum of June 19, 1975. That memorandum contained no confidential information. It did little more than reveal the relationship between the parties, the purpose for which Law Firm had been engaged, and the steps which the Firm intended to take in discharging its obligation to Diversified. Such a document is not privileged. See *Colton v. United States*, [306 F.2d 633, 636 \(2d Cir. 1962\)](#), cert. denied, *371 U.S. 951, 9 L. Ed. 2d 499, 83 S. Ct. 505 (1963)*; *Bailey v. Meister Brau, Inc.*, [55 F.R.D. 211, 214-15 \(N.D. Ill. 1972\)](#); 8 WRIGHT & MILLER, *op. cit.*, p. 138.

The questions presented with respect to the December, 1975 report of Law Firm are more difficult. We have concluded, however, that the report is not entitled to protection on the basis of either attorney-client privilege or work product immunity.

We **[**18]** find it unnecessary to decide whether the persons interviewed by the Firm's representatives

should be considered as "clients" because we are persuaded that Law Firm was not hired by Diversified to provide legal services or advice. It was employed solely for the purpose of making an investigation of facts and to make business recommendations with respect to the future conduct of Diversified in such areas as the results of the investigation might suggest. The work that Law Firm was employed to perform could have been performed just as readily by non-lawyers aided to the extent necessary by a firm of public accountants. Thus Diversified has failed to satisfy one of the requisites of a successful claim of attorney-client privilege.

That the contents of the report constituted "work product" cannot be denied; nor is there any question that the report contained **[*604]** the mental impressions, conclusions and opinions of those who wrote it, including their interpretations of what the interviews with individuals revealed.

However, it is obvious that Law Firm's work was not done in preparation for any trial, and we do not think that the work was done in "anticipation of litigation," as that term is used **[**19]** in [Rule 26\(b\)\(3\)](#), although, of course, all parties concerned must have been aware that the conduct of employees of Diversified in years past might ultimately result in litigation of some sort in the future.

It may be conceded to Diversified that material may be assembled in "anticipation of litigation" even though no suit has actually been filed. However, [HN12](#) the work product rule does not come into play merely because there is a remote prospect of future litigation. [Zenith Radio Corp. v. Radio Corp. of America, supra, 121 F. Supp. at 795.](#)

In 8 WRIGHT & MILLER, *op. cit.*, pp. 198-99, it is said:

. . . [HN13](#) Prudent parties anticipate litigation, and begin preparation prior to the time suit is

formally commenced. Thus the test should be whether, in light of the nature of the document and the factual situation in the particular case, the document can fairly be said to have been prepared or obtained because of the prospect of litigation. But the converse of this is that even though litigation is already in prospect, there is no work product immunity for documents prepared in the regular course of business rather than for purposes of the litigation.

Law Firm's investigation was not made and its report [**20] was not prepared because of any prospect of litigation involving Diversified. Law Firm was employed simply because the Board of Directors of Diversified wanted to know what actually had been going on and wanted to frame policies and procedures that in the future would protect it against repetitions of the prior misdeeds, if any, of its employees committed in the past.

As to the corporate minutes involved in the case, little need be said. Those minutes were not privileged in themselves, and since the report of Law Firm is not privileged, the minutes are not privileged to the limited extent to which they may disclose contents of the memorandum and report.

Since we conclude that the materials are not privileged, we do not reach the question of waiver raised by Weatherhead, which is a serious one.¹

The petition for the writ of mandamus is denied.

¹We would be reluctant to hold that [HN14](#) [↑] voluntary surrender of privileged material to a governmental agency in obedience to an agency subpoena constitutes a waiver of the ~~privilege for all purposes, including its use in subsequent private litigation in which the material is sought to be used against the party which yielded it to the agency.~~

Concur by: HEANEY

Dissent by: HEANEY [**21]

Dissent

HEANEY, Circuit Judge, concurring and dissenting.

I agree that we should consider the petition for mandamus on its merits. I am, moreover, convinced that Diversified did not waive its lawyer-client privilege by voluntarily surrendering privileged material to the SEC in obedience to a subpoena from that agency. "A waiver of the privilege must occur in the same proceeding in which it is sought to be invoked." *United States v. Goodman*, 289 F.2d 256, 259 (4th Cir.), vacated and remanded on other grounds, 368 U.S. 14, 7 L. Ed. 2d 75, 82 S. Ct. 127 (1961); *Bucks County Bank & Trust Company v. Storck*, 297 F. Supp. 1122, 1123 (D. Hawaii 1969); 8 *Wigmore on Evidence* § 2276 at 470-472 (McNaughton rev. 1961). *But see* Supreme Court Standard 511; *In Re Penn Central Commercial Paper Litigation*, 61 F.R.D. 453, 464 n.25 (S.D.N.Y. 1973).

I disagree, however, with the majority's holding that no lawyer-client privilege existed as to the June 19, 1975, memorandum of Wilmer, Cutler & Pickering, to the December, 1975, report of Wilmer, Cutler & Pickering and to the minutes of the Board of Directors of September 3, 1975, to the [*605] [**22] extent that they contained excerpts from the law firm's memorandum or report.

The majority opinion is, in my view, contrary to Supreme Court Standard 503 relating to the lawyer-client privilege which reads, in relevant part, as follows:¹

¹Even though Congress failed to adopt Supreme Court

(a) Definitions.--As used in this rule:

(1) A "client" is a person, public officer, or corporation, association, or other organization or entity, either public or private, who is rendered professional legal services by a lawyer, or who consults a lawyer with a view to obtaining professional legal services from him.

* * * *

(3) A "representative of the lawyer" is one employed to assist the lawyer in the rendition of professional legal services.

(4) A communication is "confidential" if not intended to be disclosed to third persons other than those to whom disclosure is in furtherance of the rendition of professional legal services to the client or those reasonably necessary for the transmission of the communication.

(b) General rule of privilege.--A client has a privilege to refuse to disclose and to prevent any other person from disclosing confidential communication made for the purpose of facilitating the rendition of professional legal services to the [**23] client, (1) between himself or his representative and his lawyer or his lawyer's representative, or (2) between his lawyer and the lawyer's representative, or (3) by him or his lawyer to a lawyer representing another in a matter of common interest, or (4) between representatives of

the client or between the client and a representative of the client, or (5) between lawyers representing the client.

Under the standard, the privilege extends to communications between the lawyer and the client for the purposes of obtaining legal services or advice. Advisory Committee Note to Supreme Court Standard 503. The client need not be involved in litigation for the privilege to attach. *See 8 Wigmore on Evidence* §§ 2294-2295 (McNaughton rev. 1961).

Wilmer, Cutler & Pickering was retained by Diversified in order to obtain professional legal services. The corporation sought and indeed received something infinitely more important than a report from a lay investigator or a detective. The law firm submitted a comprehensive report detailing specific conduct considered by it to be violative of the law and characterizing various employees of the corporation as being cooperative or uncooperative with its investigation. The report contained recommendations as to a course of conduct to be followed by Diversified to avoid future violations of the law.

The Association of the Bar of the City of New York stated, in 1970, that "rules of evidence should not result in discouraging communications to lawyers made in a good faith effort to promote compliance with the complex laws governing corporate activities." Report of the Committee on Federal Courts of the Association of the Bar of the City of New York, 43-45, May, 1970, *quoted in 2 Weinstein's Evidence*, para. [**25] 503[01] at 503-12, n.1. I agree with this observation. Lawyers are acting in a professional capacity when they undertake a comprehensive examination of a corporation's activities in order to determine whether the corporation is operating in accordance with the law and make recommendations on how to avoid illegal activities in the future. This is true whether or not the legal firm

Standard 503 as part of the Federal Rules of Evidence, it still serves as a useful guide to the law of privileges to be applied in the federal courts. The standard, with a few minor exceptions, is a restatement of the lawyer-client privilege at common law. McLaughlin, *The Treatment of Attorney-Client and Related Privileges in the Proposed Rules of Evidence for the United States District Courts*, 26 *The Record* 31 (1971). [**24] "Consequently, despite the failure of Congress to enact a detailed article on privileges, Standard 503 should be referred to by the courts." 2 *Weinstein's Evidence* P503[02] at 503-17 (1975).

conducting the investigation is expected to engage in litigation.

Since, unlike the majority, I am persuaded that the law firm was retained by [*606] Diversified to provide legal services or advice, it is necessary to determine whether the Diversified employees interviewed by the law firm, or its representatives, should be considered to be "clients" of the law firm. There are two principal approaches to this question. Under one approach, the lawyer-client privilege is limited to only those communications by and to the control group of the corporation.² *City of Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, 210 F. Supp. 483 (E.D. Pa.), *mandamus and prohibition denied sub nom. General Electric Co. v. Kirkpatrick*, 312 F.2d 742 (3rd Cir. 1962), *cert. denied*, 372 U.S. 943, 9 L. Ed. 2d 969, 83 S. Ct. 937 (1963). This [**26] approach is not a realistic one and was expressly rejected by the Seventh Circuit in *Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker*, 423 F.2d 487 (7th Cir. 1970), *affirmed by an equally divided Court*, 400 U.S. 348, 27 L. Ed. 2d 433, 91 S. Ct. 479 (1971). I would adopt the Seventh Circuit approach together with modifications suggested in 2 *Weinstein's Evidence* P503(b) [04] (1975). I would first require the corporation to show that the lawyer was acting as a legal adviser when the communication was made. The mere receipt by a lawyer of a routine report would not make the communication privileged. Second, I would require that the subject matter of the communication be the performance by the employee of the duties of his employment. This would remove from the scope of the privilege any communication which is within the employee's knowledge solely because he

happened to witness or observe an event. Third, the corporation must establish that the communication was not disseminated beyond those with the need to know. I think it is clear that all of the requirements are met here.

In my judgment, justice will be furthered if we extend the lawyer-client privilege to situations of this type. It will encourage corporations to seek out wrongdoing in their own house and to do so with lawyers who are not only professionally trained but who are obligated by their code of ethics to make a thorough and complete report.

End of Document

²The control group approach was followed in the first draft of Rule 503, but was deleted in the second draft because of [**27] the 4-4 split in the Supreme Court on the issue in *Decker v. Harper & Row Publishers, Inc.*, 400 U.S. 348, 27 L. Ed. 2d 433, 91 S. Ct. 479 (1971).

14 אסמכתא

**Teachers Ins. & Annuity Ass_n v.
Shamrock Broadcasting**

עמ' 164



Date and Time: Saturday, December 18, 2021 3:00:00 PM EST

Job Number: 160234362

Document (1)

1. [Teachers Ins. & Annuity Ass'n v. Shamrock Broadcasting Co., 521 F. Supp. 638](#)

Client/Matter: -None-

Search Terms: Teachers Ins. and Annuity Ass'n. v. Shamrock Broadcasting Co 521 F. Supp. 638 (S.D.N.Y. 1981)

Search Type: Natural Language

Narrowed by:

Content Type
Cases

Narrowed by
-None-

Teachers Ins. & Annuity Ass'n v. Shamrock Broadcasting Co.

United States District Court for the Southern District of New York

July 20, 1981

No. 79 Civ. 3369 (WCC)

Reporter

521 F. Supp. 638 *; 1981 U.S. Dist. LEXIS 13668 **; 32 Fed. R. Serv. 2d (Callaghan) 289; Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P98,248; 8 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 1124

TEACHERS INSURANCE AND ANNUITY ASSOCIATION OF AMERICA, Plaintiff, v. SHAMROCK BROADCASTING COMPANY, INC., Defendant

Core Terms

disclosure, documents, waived, investigations, attorney-client, confidentiality, cases, subpoena, communications, purposes, disclosing, reservation, involuntary, encouraged, cooperation, principles, Loans, waiver of the privilege, outside counsel, right to assert, public policy, proceedings, instances, Pictures, grounds, parties, courts

Case Summary

Procedural Posture

Defendant moved to compel plaintiff to produce certain documents in the United States District Court for the Southern District of New York, alleging plaintiff had waived attorney-client privilege with respect to the documents, since plaintiff had turned them over to a governmental agency in response to the agency's subpoena.

Overview

Plaintiff filed suit against defendant to recover damages

for defendant's failure to honor plaintiff's exercise of defendant's stock warrants at an exercise price plaintiff felt it was entitled. Defendant asserted an affirmative defense that the overall agreement of the warrant exercise price violated securities laws and common law. To support its argument, defendant sought to compel production of certain plaintiff's documents, asserting that plaintiff had voluntarily waived any attorney-client privilege when it turned over the documents to the Securities Exchange Commission (SEC), in response to the agency's subpoena. The court found that plaintiff may have waived the privilege since plaintiff did not object to the subpoena on the grounds of privilege. If there was an absence of a claim of confidentiality it would render plaintiff's production and disclosure of the documents to the SEC voluntary. As such, plaintiff's voluntary waiver would bar plaintiff's assertion of the attorney-client privilege.

Outcome

The court held that plaintiff may have waived the attorney-client privilege by not obtaining a protective order when turning over documents to the SEC, if plaintiff did not stipulate or expressly reserve a claim of privilege. There was to be a hearing on if the documents were privileged, which documents were turned over to the SEC, and whether express claims of confidentiality were made as to the documents at the time they were

so disclosed.

LexisNexis® Headnotes

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN1](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

The purpose of the attorney-client privilege is to encourage full and frank discussions between attorney and client, and thus aid the attorney in giving advice to the client, aid the client in complying with the law, and serve the overall public interest in ensuring adequate legal representation for litigants and encouraging knowledge of and compliance with the law.

Civil Procedure > ... > Discovery > Privileged
Communications > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN2](#) Discovery, Privileged Communications

Because the attorney-client privilege covers materials which otherwise would be discoverable, and thus limits the opposing party's access to evidence, it is to be construed as narrowly as is consistent with its purpose.

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN3](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

One of the most critical attributes of the attorney-client privilege is that it protects only communications which

the client has made in confidence and has kept confidential.

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

Evidence > Privileges > General Overview

[HN4](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

If a third party is present when a communication is made, no attorney-client privilege attaches.

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Waiver

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN5](#) Attorney-Client Privilege, Waiver

If a client voluntarily discloses an oral communication or makes public a document containing a communication otherwise privileged, he is held to have waived the attorney-client privilege.

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN6](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

Disclosure is not a waiver if it is compelled by court order or made pursuant to a stipulation reserving the right to assert the privilege.

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

Evidence > Privileges > General Overview

[HN7](#) Privileges, Attorney-Client Privilege

When a party discloses part of an otherwise privileged communication, he must in fairness disclose the entire communication, or at least so much of it as will make the disclosure complete and not misleadingly one-sided. Thus, the disclosure of only part of a document or some of a series of documentary communications has been deemed an involuntary waiver of the privilege with respect to so much of the undisclosed document or documents as will make the disclosure complete.

Counsel: **[**1]** Kaye, Scholer, Fierman, Hays & Handler, New York City, for plaintiff; Sheldon Oliensis, Milton Sherman, Karen E. Katzman, New York City, of counsel.

Hall, McNicol, Hamilton, Clark & Murray, New York City, for defendant; Ronald S. Herzog, Barbara A. Mentz, New York City, of counsel.

Opinion by: CONNER

Opinion

[*639] OPINION AND ORDER

This case is presently before the Court on the motion of defendant Shamrock Broadcasting Company, Inc. ("Shamrock") to compel plaintiff Teachers Insurance and Annuity Association of America ("Teachers") to produce certain documents, [Rule 37\(d\), F.R.Civ.P.](#) At issue is whether Teachers waived the right to assert the attorney-client privilege with respect to documents which it previously turned over to the Securities and Exchange Commission ("SEC") in response to an agency subpoena. For purposes of this motion, it has been assumed that (1) absent a waiver, the attorney-

client privilege would attach to the documents sought; (2) all the documents sought were in fact turned over to the SEC; and (3) Teachers turned them over without making any express claims of confidentiality or attorney-client privilege.

Background

Teachers brought this action **[**2]** initially against the Starr Broadcasting Group, Inc. ("Starr") to recover damages for Starr's failure to honor Teachers' exercise of two Starr stock warrants at the exercise price to which Teachers contended it was entitled. After the lawsuit was commenced, Starr merged with Shamrock; the parties subsequently agreed to substitute Shamrock for Starr as the defendant in this action.

Shamrock asserts as an affirmative defense that the warrant exercise price claimed by Teachers, Starr's primary lender, was granted to Teachers by Starr only in the context of an overall agreement violative of the securities laws and of common-law principles. Starr avers that under that agreement, Teachers, in conspiracy with four individual principals and directors of Starr, consented to Starr's acquisition of certain unprofitable movie theatre and other investments made by those directors in return for an increase in the rate of return on Teachers' outstanding loans to Starr and a reduction in the exercise price of Starr stock warrants already held by Teachers. The 1975 transactions in which Starr acquired the investments of its four directors **[*640]** were the subject of an SEC investigation; in **[**3]** the course of that investigation, the SEC issued a subpoena on September 22, 1976 requiring Teachers to produce:

"(f)or the period January 1, 1970 to the present, all records, statements and documents, including but not limited to correspondence, notes, memoranda, loan office credit files, agreements and proposed agreements, contracts, applications, account

information, studies, reports, statements of account, minutes of any loan committee or executive committee meetings, financial statements, appraisals, telephone logs, appointment calendars, cancelled checks, deposit slips and all other papers, records and documents, and drafts of any of the foregoing which relate directly or indirectly to any of the following:

"1. Loans to the Starr Broadcasting Group, Inc. and its subsidiaries and affiliates;

"2. Loans to any present or former officers or directors of the Starr Broadcasting Group, Inc.;

"3. Loans to Ryder Pictures, Inc.;

"4. Loans to Bryan Pictures, Inc.;

"5. Loans to Sitco Ltd. (the limited partnership through which, Shamrock alleges, the four Starr officers and directors acquired the movie theatres and other investment properties ****4** later transferred to Starr); and

"6. All other accounts (other than ordinary checking accounts) maintained by or in which there is a beneficial interest, for individuals or other entities affiliated with the Starr Broadcasting Group, Inc., its officers and directors; Ryder Pictures, Inc.; Bryan Pictures, Inc.; or Sitco, Ltd."

The subpoena further recites that the SEC may seek a court order directing compliance should Teachers not produce the documents called for; that the information sought was to be used "principally for the purpose of investigating possible violations of the federal securities laws"; and that the information obtained might also be used "(in) any proceeding where the Federal securities laws are in issue or in which the Commission or past or present members of its staff is a party or otherwise involved in an official capacity." ¹

¹ In 1979, the SEC filed a complaint in the United States District Court for the District of Columbia charging Starr, its

****5** Discussion

Because the case law is in apparent conflict as to whether a disclosure of material protected by an attorney-client privilege to an investigating government agency constitutes waiver of the privilege, I will review the cases and underlying principles in some detail.

Wigmore summarizes the general principle of the attorney-client privilege as follows:

"(1) Where legal advice of any kind is sought (2) from a professional legal advisor in his capacity as such, (3) the communications relating to that purpose, (4) made in confidence (5) by the client, (6) are at his instance permanently protected (7) from disclosure by himself or by the legal advisor, (8) except the protection be waived." VIII Wigmore, Evidence § 2292 (McNaughton rev. ed. 1961).

HN1 [↑] The purpose of the privilege is to encourage full and frank discussions between attorney and client, and thus aid the attorney in giving advice to the client, aid the client in complying with the law, and serve the overall public interest in ensuring adequate legal representation for litigants and encouraging knowledge of and ****6** compliance with the law. *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 101 S. Ct. 677, 66 L. Ed. 2d 584 (1981); *In re Horowitz*, 482 F.2d 72, 81 (2d ****61** Cir.), cert. denied, 414 U.S. 867, 94 S. Ct. 64, 38 L. Ed. 2d 86 (1973). **HN2** [↑] Because the privilege

directors, including the four officer-directors whose investment holdings were transferred to Starr, and a bank which had financed acquisitions by Sitco, Ltd., the four officer-directors' investment vehicle, with violations of Section 17(a) of the Securities Act of 1933, Sections 7, 10(b), 13(a), 13(d), 14(a) and 16(a) of the Securities Exchange Act of 1934, applicable regulations issued under those sections, and Regulation G of the Federal Reserve Board. That lawsuit was terminated by a consent decree without any admission of liability by the defendants.

covers materials which otherwise would be discoverable, and thus limits the opposing party's access to evidence, it is to be construed as narrowly as is consistent with its purpose. Horowitz, supra, 482 F.2d at 81; In re Grand Jury Subpoena, 81 F.R.D. 691, 693 (S.D.N.Y.1979); VIII Wigmore, Evidence § 2192.

HN3 One of the most critical attributes of the privilege is that it protects only communications which the client has made in confidence and has kept confidential. Horowitz, supra, 482 F.2d at 81-82 (ruling that clients waived privilege by submitting to their accountants records which included privileged matter: "It is not asking too much to insist that if a client wishes ****7** to preserve the privilege under such circumstances, he must take some affirmative action to preserve confidentiality," id. at 82). Thus, HN4 if a third party is present when a communication is made, no privilege attaches, see McCormick on Evidence (1972 ed.) § 91 and cases cited therein. And HN5 if a client voluntarily discloses an oral communication or makes public a document containing a communication otherwise privileged, he is held to have waived the privilege. Horowitz, supra; R. J. Hereley & Son v. Stotler, 87 F.R.D. 358 (N.D.Ill.1980); United States v. Aronoff, 466 F. Supp. 855 (S.D.N.Y.1979). However, HN6 disclosure is not a waiver if it is compelled by court order, Transamerica v. IBM, 573 F.2d 646, 651 (9th Cir. 1978) (Waterman, J.); Duplan Corp. v. Deering Milliken, 397 F. Supp. 1146 (D.S.C.1975), or made pursuant to a stipulation reserving ****8** the right to assert the privilege, IBM v. United States, 471 F.2d 507 (2d Cir. 1972).

Another attribute of the privilege is that it cannot be used "as a sword," offensively i. e., that a party cannot, by selective invocation of the privilege, disclose documents or give testimony favorable to that party while failing to disclose cognate material unfavorable to

that party. VIII Wigmore, Evidence, § 2327. As a corollary to this principle, courts have ruled that HN7 when a party discloses part of an otherwise privileged communication, he must in fairness disclose the entire communication, or at least so much of it as will make the disclosure complete and not misleadingly one-sided. Thus, the disclosure of only part of a document or some of a series of documentary communications has been deemed an "involuntary waiver" of the privilege with respect to so much of the undisclosed document or documents as will make the disclosure complete. Herely, supra; Aronoff, supra.

Certain cases have suggested an additional gloss to discussions of both voluntary waiver ****9** and involuntary waiver, or forced disclosure for the sake of completeness: that because cooperation with government investigations should be encouraged, and because application of normal principles of waiver to disclosures made to government investigating agencies might discourage such disclosure, normal waiver principles should be applied only if a ruling that the disclosing parties had waived the privilege would not adversely affect the government's ability to investigate. See, e.g., Diversified Industries, Inc. v. Meredith, 572 F.2d 596, 611 (8th Cir. 1977) (investigations by independent outside counsel into allegations of corporate misconduct should be encouraged); Byrnes v. IDS Realty Trust, 85 F.R.D. 679 (S.D.N.Y.1980); In re Grand Jury Subpoena dated July 13, 1979, 478 F. Supp. 368 (E.D.Wis.1979); Duplan v. Deering Milliken, supra, 397 F. Supp. at 1163. Other cases, however, have rejected this reasoning. See In re Weiss, 596 F.2d 1185 (4th Cir. 1979); In re Penn Central Commercial Paper Litigation, 61 F.R.D. 453 (S.D.N.Y.1973).

Analytically, the present motion concerns "voluntary waiver" ****10** by full disclosure, not an "involuntary waiver" based on the completeness rule, since it has been stipulated for purposes of the motion that all the

documents defendant seeks were disclosed in full to the SEC in response to the 1976 SEC subpoena. To be considered are (1) whether plaintiff's disclosure to the SEC was in fact voluntary, and thus represented [*642] a decision by Teachers that it had no interest in keeping these particular communications confidential, and (2) whether, even if Teachers voluntarily waived its right to assert the privilege at the time it turned over the documents to the SEC, this Court should, for reasons of public policy, disregard the usual strict construction of the waiver doctrine as applied to the attorney-client privilege and deem the privilege to have been waived only for purposes of the SEC investigation.

1. Voluntariness of Waiver

On this record, there is no basis for concluding that Teachers' disclosure to the SEC was involuntary or compelled. While Teachers made the disclosure pursuant to an agency subpoena, Teachers could have objected to the subpoena on grounds of privilege, see, e.g., *Osterneck v. E. T. Barwick Industries*, 82 F.R.D. 81, 83 (N.D.Ga.1979); [**11] cf. *Aronoff, supra* (stipulation on waiver of privilege discussed between United States Attorney and client in securities-related investigation); *17 C.F.R. § 200.80-83* (provisions for asserting claim of confidentiality to cover Freedom of Information Act requests for documents produced to the SEC). Instead, Teachers chose to produce the material requested without objection. This is not analogous to the court-ordered disclosure in *Transamerica, supra*, or *Duplan, supra*, nor to the appearance of federal agents on the disclosing parties' premises which was deemed potentially coercive in *United States v. New Wrinkle*, 1954 Trade Cases P 67,883 (S.D.Ohio 1954), cited in *Duplan, supra*. The production and disclosure were voluntary.

2. Limitation of Waiver

As indicated above, this issue turns on whether the public interest in securing ready compliance with SEC subpoenas overrides the public interest in encouraging full and complete discovery by limiting invocation of the attorney-client privilege to those instances in which it will protect communications which the client has consistently sought to keep private.

This [**12] issue should first be distinguished from that raised in certain cases cited by the parties which discuss waiver in the context of a request or demand for underlying or background documents after a client has disclosed a report or summary to the SEC. There, the issue is completeness, or involuntary waiver, and decisions have turned on considerations of fairness, i. e., how much additional material need be disclosed to make the communication already disclosed complete or not misleading, and the ability of the requesting party to gain the desired documents elsewhere. See, e.g., the decisions of the lower courts in *Upjohn, supra*, on the waiver issue (an issue not raised in that case before the Supreme Court) at *600 F.2d 1223, 1227 and n.12 (6th Cir. 1979)*, and at 78-1 U.S.T.C. P 9437 (W.D.Mich.1978); *In re Grand Jury* dated July 13, 1979, *supra* (when report discussing interviews turned over to SEC, privilege not waived as to interview notes themselves); *Byrnes v. IDS Realty Trust*, 85 F.R.D. 679, 689 (S.D.N.Y.1980); see also Memorandum and Order of Magistrate Harold J. Raby, dated December 28, 1979, in *Byrnes* at 3 (issue [**13] whether prior "submission (to the SEC) of materials relating to " the documents sought in *Byrnes* amounted to a waiver) (emphasis added).

In three cases cited above, *Diversified*, *In re Penn Central* and *Aronoff*, courts have specifically considered whether voluntary disclosures of communications to the SEC waived the privilege for purposes of later civil litigation in which production of those communications was sought.

In Aronoff, the court reached the issue of what communications had actually been disclosed to the SEC and determined that a waiver would occur only with respect to the precise disclosures made, *id. at 858-60*. It did not reach the issue of whether a public policy rationale would bar the use of direct disclosures to the SEC in subsequent proceedings.

In *In re Penn Central*, then Chief Judge Edelstein of this district was supervising consolidated discovery proceedings in private securities law actions brought by purchasers of Penn Central commercial paper [*643] prior to the Penn Central bankruptcy. Plaintiffs sought to compel production of transcripts of certain testimony before the SEC and documents previously submitted to the SEC by counsel to The First Boston [**14] Corporation, managing underwriters of an offering in which the syndicate included the principal defendant. The testimony and documents had been supplied to the SEC in response to a request by SEC investigators. Plaintiffs contended that counsel's failure to assert the privilege on behalf of his client before the SEC constituted an absolute waiver of the privilege. Defendant maintained that the privilege had not been waived on two grounds. The first was that "as a matter of public policy," disclosure in a nonpublic SEC investigation should not be deemed to be a waiver because, if it were deemed a waiver, "parties will be reluctant to cooperate with government authorities in such investigations." *Id. at 462*. The second was that disclosing counsel only consented to a limited waiver for purposes of the SEC investigation. *Id. at 462-63*. Judge Edelstein ruled generally that since no claim was made that the disclosure was not voluntary or made without an opportunity to claim the privilege, the privilege would, under usual standards, have been waived; that the public policy argument concerning encouragement of government investigations was contrary to the weight of authority limiting [**15] the

instances of application of the privilege to those instances in which secrecy and confidentiality have been maintained; and that allowing invocation of the privilege as to counsel's disclosures to the SEC would, in effect, be to permit selective waiver of the privilege, in violation of the requirements of fairness and completeness. *Id. at 464* and n.26. In denying specific claims of privilege for the documents turned over to the SEC, he relied on, inter alia, *United States v. Krasnov*, *143 F. Supp. 184 (E.D.Pa.1956)*, aff'd, *355 U.S. 5, 78 S. Ct. 34, 2 L. Ed. 2d 21 (1957)*, in which the court ruled that when documents had been produced in response to a grand jury subpoena without any claim of attorney-client privilege, the privilege was waived. *143 F. Supp. at 190-91*.

In *Diversified*, the issue before the court was whether a corporate defendant, Diversified Industries, had waived its right to assert the privilege with respect to a memorandum and report prepared by a law firm hired by the corporation to investigate the corporation's establishment of a "slush fund" and instances of reported bribery with slush fund monies and minutes of the [**16] board of directors discussing the memorandum and subsequent report. All of these documents had been turned over to the SEC without protest in response to an agency subpoena issued during an SEC investigation into the affairs of the corporation. Anticipating the decision of the Supreme Court in *Upjohn*, the Eighth Circuit, sitting en banc, ruled that the report and the relevant portions of the corporate minutes were privileged. The court then determined that the corporation, by turning these documents over to the SEC, had waived the privilege only for purposes of the SEC investigation itself, not for purposes of subsequent litigation:

"As *Diversified* disclosed these documents in a separate and nonpublic SEC investigation, we conclude that only a limited waiver of the privilege

occurred. See *Bucks County Bank & Trust Company v. Storck*, 297 F. Supp. 1122 (D.Haw.1969). Cf. *United States v. Goodman*, 289 F.2d 256, 259 (4th Cir.), vacated on other grounds, *368 U.S. 14 (82 S. Ct. 127, 7 L. Ed. 2d 75)* ... (1961). To hold otherwise may have the effect of thwarting the developing procedure of corporations to employ independent outside counsel **[**17]** to investigate and advise them in order to protect stockholders, potential stockholders and customers.

"In concluding, we note that the litigants are not foreclosed from obtaining the same information from non-privileged sources. Litigants may still examine business documents, depose corporate employees and interview nonemployees, (and) obtain preexisting documents and financial records not prepared by Diversified for the purpose of communications with the law firm in confidence." *572 F.2d at 611*.

[*644] In *Bucks County*, cited in *Diversified*, the court ruled that a client did not waive the attorney-client privilege by testifying at a suppression hearing in a criminal prosecution of the client. The court construed all testimony given at such a hearing as nonpublic, i. e., intended to remain undisclosed, since the evidence adduced at a suppression hearing "... is not usable against the defendant even in the criminal case in chief in connection with which a return of property or suppression of evidence is sought." *297 F. Supp. at 1123*.

In *Goodman, supra*, the second case relied on by the *Diversified* court, the privilege whose **[**18]** waiver was at issue was the *Fifth Amendment* privilege against self-incrimination. The court there ruled that a defendant's prior disclosure to investigating officials in connection with an earlier legal proceeding does not constitute a

waiver of the *Fifth Amendment* privilege with respect to a subsequent legal proceeding.

In *Byrnes* and *In re Grand Jury Subpoena* dated July 13, 1979, the courts, when faced, as noted above, with the different legal issue of whether partial disclosure required complete disclosure of all privileged communications on the subject matter on fairness grounds, indicated in dicta that even as to the documents or testimony actually furnished to the SEC, the privilege should not be deemed to have been waived for purposes of later proceedings. Judge Tenney in *Byrnes* stated that, because of the posture of the case, he was obliged to follow Eighth Circuit law, i. e., *Diversified*; but that, in any event, he would rule that disclosure to the SEC was not an absolute waiver because "voluntary disclosures to agencies should be encouraged rather than requiring that agency requests or subpoenas be fought to the hilt," *85 F.R.D. at 689*. In the Wisconsin grand **[**19]** jury case, the court stated:

"... I do not believe that limited release of the report to the Securities and Exchange Commission, the Internal Revenue Service and New York grand jury should preclude the corporations from asserting the privilege as to the notes (interview notes taken by outside counsel retained to investigate 'questionable payments' by corporate employees). It is apparent that voluntary cooperation with the Securities and Exchange Commission or with an Internal Revenue Service or grand jury investigation would be substantially curtailed if such cooperation were deemed to be a waiver of a corporation's attorney-client privilege." *Id. at 372-73*.

In *In re Weiss*, 596 F.2d 1185 (4th Cir. 1979), the Fourth Circuit declined to follow *Diversified* and cited *In re Penn Central* in ruling that when a lawyer had been given permission by his clients to testify in a private SEC investigation about certain otherwise privileged matters,

the privilege had been waived, and the attorney could be compelled to testify on those matters in a subsequent grand jury proceeding.

Finally, in the analogous area of waiver of work-product immunity, recent decisions have impliedly **[**20]** rejected the Diversified rationale by indicating that that privilege could be waived by disclosure to investigating government agencies if the disclosure was inconsistent with the maintenance of secrecy from the disclosing party's adversary. *United States v. AT&T*, 1980-2 Trade Cases P 63,533 (D.C.Cir.1980); *Litton v. AT&T*, No. 76 Civ. 2512 (WCC), opinion dated October 24, 1980; [GAF Corp. v. Eastman Kodak](#), 85 F.R.D. 46 (S.D.N.Y.1979). These cases have recognized that the work-product privilege could be maintained if disclosure were conditioned by a stipulation of confidentiality or if subsequent use of the documents were limited by a protective order covering the initial production, see *United States v. AT&T*. They did not suggest that the policy consideration of encouraging cooperation with government investigations should limit findings of waiver.

After considering the general principles outlined in Horowitz, Wigmore and McCormick, the specific decisions on waiver as a result of production to the SEC, and the underlying policy arguments, I am of the opinion that disclosure to the SEC should be deemed to be a complete waiver **[*645]** of the attorney-client **[**21]** privilege unless the right to assert the privilege in subsequent proceedings is specifically reserved at the time the disclosure is made.

As both Wigmore and McCormick indicate, the very rationale of the privilege rests on the consideration that the matters for which the privilege is sought are private. In Horowitz, Judge Friendly reaffirmed that the client must take pains to ensure that the confidentiality of the communications has been preserved before he may

invoke the privilege. This consideration underlies the rejection of the public policy argument for limited waiver in *In re Penn Central*.

Diversified, the only case directly on point in opposition to *In re Penn Central*, does not advance any compelling reason for overriding this basic attribute of the attorney-client privilege. First, the two cases relied upon in *Diversified*, *Bucks County* and *Goodman*, do not appear to compel a ruling in this case that the privilege was not absolutely waived. The SEC investigation here, while "nonpublic" in the sense that information gathered by the SEC was not immediately made part of a public record, was nevertheless a proceeding which could quite possibly result in litigation, as the subpoena **[**22]** itself indicated. In addition, under the applicable regulations, the information gathered would be made public at the close of the proceeding unless a Freedom of Information Act confidentiality request were made. Thus, the SEC proceeding did not have the private nature which the court in *Bucks County* found to exist with respect to a suppression hearing. Moreover, *Bucks County's* ruling rests on an analogy to the policy grounds protecting a criminal defendant's right to press [Fourth](#) and [Fifth Amendment](#) challenges to the introduction of evidence without waiving the privilege against self-incrimination at trial. *Goodman*, the other case cited in *Diversified*, rests on the principle that a party only waives the [Fifth Amendment](#) privilege against self-incrimination by a disclosure in the legal proceeding in which the privilege is claimed, i. e., that waiver of that privilege in one proceeding does not constitute an absolute waiver of the privilege for subsequent proceedings. Such constitutional considerations limiting application of usual waiver principles are not implicated here, where no [Fourth Amendment](#) protections apply and where no possible self-incrimination has been suggested.

[23]** Second, the reliance of the *Diversified* court on

the need to encourage hiring of outside counsel to investigate suspected instances of corporate conduct is inapposite here.

Diversified's third rationale, that the availability of the desired information elsewhere should preclude a determination of waiver with respect to documents actually turned over to the SEC, is unpersuasive here. Such a consideration is analytically appropriate to the fairness test to be applied in the partial disclosure or involuntary waiver situation, see VIII Wigmore § 2327, where the concern is that the opposing party obtain a complete version of the communication. There, the court need not rule that "involuntary waiver" has occurred if the opposing party has access to the complete communication through other sources. This, however, is a complete disclosure situation; the issue is not whether the opposing party has a fair picture of the nature of the communication, but whether the confidentiality of the communication integral to the attorney-client privilege has been breached. The availability of the information from sources other than the disclosing party has no bearing on whether the disclosing party **[**24]** has preserved the confidentiality of the communication.²

Finally, it is not apparent to this Court that, as suggested in *Diversified*, *Byrnes*, and the Wisconsin grand jury case, a ruling that waiver has occurred in those cases **[*646]** where the disclosing party has simply turned over material to the SEC without reservation will have so deleterious an effect on the SEC's ability to investigate that this consideration should wholly

outweigh the usual limited application of the attorney-client privilege. The courts in those three cases appear to have assumed that only two treatments of the waiver issue exist: (1) absolute waiver at the time of disclosure, potentially discouraging corporate **[**25]** cooperation with the SEC (or as in *Diversified*, corporate-sponsored investigations by outside counsel) or (2) no waiver whatsoever for purposes of subsequent litigation. However, a third alternative exists, as suggested both in cases discussing the attorney-client privilege, see *Aronoff, supra*; *Osterneck, supra*; *In re Penn Central, supra*, and in cases discussing the work-product privilege, see *United States v. AT&T, supra*: waiver only if the documents were produced without reservation; no waiver if the documents were produced to the SEC under a protective order, stipulation or other express reservation of the producing party's claim of privilege as to the material disclosed. It does not appear that such a reservation would be difficult to assert, nor that it would substantially curtail the investigatory ability of the SEC, as such stipulations or protective orders have clearly been used in investigations by the SEC, Justice Department and United States Attorneys, and as the SEC regulations provide for designation of documents turned over as confidential under the Freedom of Information Act, analogous to a reservation of confidentiality **[**26]** for purposes of the attorney-client privilege. Moreover, a contemporaneous reservation or stipulation would make it clear that, as required in *Horowitz*, the disclosing party has made some effort to preserve the privacy of the privileged communication, rather than having engaged in abuse of the privilege by first making a knowing decision to waive the rule's protection and then seeking to retract that decision in connection with subsequent litigation.

Accordingly, the Court will not rule that *Teachers* has not waived the privilege as a matter of law; and must reach the specific privilege, disclosure and reservation

² This discussion is equally applicable to *Byrnes, 85 F.R.D. at 689*, where the Court indicated approval of a general limited waiver standard in a partial or incomplete disclosure case and then suggested that the limited waiver principle would be applied only if it were supported by considerations of fairness.

issues assumed for purposes of this motion. The parties shall contact the Court within five days of the date of this Opinion and Order to arrange referral to a Magistrate, for hearing and determination, of the specific issues of whether the documents sought were in fact privileged, which documents were turned over to the SEC, and whether express claims of confidentiality were made as to the documents turned over at the time they were so disclosed.

SO ORDERED.

End of Document

אסמכתא 15

ת"צ (מחוזי ת"א) 21851-03-15
וינברגר נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ,
פס' 42-43 לפסק הדין של השופטת רונן
(פורסם בנבו, 22.6.2016)

עמ' 177

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 21851-03-15 וינברגר נ' בנק מזרחי טפחות בעמ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

בפני כבוד השופטת רות רונן

המבקש: אביגדור משה וינברגר
ע"י ב"כ עוה"ד מנור ושמש

נגד

המשיבים:

1. בנק מזרחי טפחות בעמ ע"י ב"כ עוה"ד כספי, לייזרוב וקוכמן
2. משה וידמן
3. צבי אפרת
4. רון גזית
5. ליאורה עופר
6. אבי זיגלמן
7. מרדכי מאיר
8. גדעון סיטרמן
9. יוסף שחק
10. יהונתן קפלן
11. סבינה בירן
12. יואב אשר נחשון
13. אברהם יעקב נוימן
14. אסנת רונן
15. אלדד פישר
- משיבים 2-15 ע"י ב"כ עוה"ד כהן, לשם ושות'
16. משה ורטהיים
17. עופר השקעות בע"מ
18. אחים עופר אחזקות (1989) בע"מ
19. ל. י. נ. (אחזקות) בע"מ
- משיבים 16-19 ע"י ב"כ עוה"ד ברקמן, וקסלר בלום ושות'

חקיקה שאוזכרה:

[חוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 \[נוסח משולב\]: סע' 30, 30\(א\).](#)

[חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968: סע' 36\(ר1\).](#)

[חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998: סע' 14](#)

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 48, 48\(א\), 52](#)

[חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961: סע' 48, 48\(א\), 90](#)

[פקודת הבנקאות, 1941: סע' 15א](#)

כתבי עת:

[לימור זר-גוטמן, "הבטחת תקשורת חופשית בין", הפרקליט, ספר דויד וינר - על משפט פלילי ואתיקה \(2009\) 79](#)

מיני-רציו:

* הדברים שהוחלפו בישיבות השונות המתייחסים לשירות המקצועי שנתנו עורכי הדין השונים לבנק הם חסויים, והדרך היחידה להתגבר על החיסיון הוא אם יוכח כי הבנק ויתר עליו. אין לראות בהעברת החומר לרשות ניירות ערך כוויתור על טענת החיסיון.

* עורכי-דין – חיסיון – תחולתו

* ראיות – חיסיון – בין לקוח לעורך-דינו

* ראיות – חיסיון – בין לקוח לעורך-דינו ועובדיו

במסגרת הדיון בבקשה לאישור תביעה ייצוגית, הגיש המבקש בקשה לצירוף מסמכים וגילויים. לאחר דיון בטענות הצדדים, נקבע כי הבקשה מתקבלת, וכי על הבנק לצרף לעיון המבקש מסמכים שונים. בכלל זה נקבע בין היתר כי הבנק יעביר לעיון המבקש "תכתובות בין הבנק לבין רשות ניירות ערך" ומסמכים שונים אחרים.

בית המשפט פסק כלהלן:

המידע המושחר המתייחס לשיחות שהיו עם עורכי הדין השונים של הבנק הוא מידע החוסה תחת חיסיון עורך דין לקוח. הבנק הוכיח את שני התנאים לקיומו של החיסיון – מדובר בדברים שהוחלפו בין נציגי הבנק לבין מי שהיו עורכי הדין של הבנק; כאשר דברים אלה מתייחסים (ברובם הגדול) באופן ברור ומובהק לשירות המקצועי שנתנו עורכי הדין הללו לבנק בהתייחס לחקירת הרשויות האמריקאיות את הבנק.

טענתו המרכזית של המבקש הייתה כי גם אם על הדברים המושחרים בישיבות השונות אכן חל מלכתחילה חיסיון, הרי הבנק ויתר על החיסיון הזה כאשר הוא העביר את הפרוטוקולים לידיה של הרשות לניירות ערך.

כדי לקבוע האם ניתן להסיק מהתנהלותו של הלקוח כי הוא מוותר על החיסיון של חילופי הדברים בינו לבין עורך הדין, יש לבחון את מכלול הנסיבות הכרוכות בהתנהלות זו: האם מדובר במסירת מידע בנסיבות בהן ניתן להסיק כי הלקוח אינו רואה אותו כסודי, או שמא מדובר בנסיבות בהן ניתן לקבוע כי הלקוח מבקש לחלוק את המידע עם גורם רשמי, הפועל מכוח סמכותו החוקית, תוך שהוא מוסר את המידע תוך בקשה לשמור על סודיותו.

בנסיבות בהן לא ניתן ואף לא רצוי להסיק ויתור על סודיות המידע, לא ניתן לקבוע כי על המידע שהועבר לא חל עוד החיסיון. מאחר שאלה הן הנסיבות במקרה דנן, יש לקבוע כי העברת המידע לרשות לניירות ערך, אין בה כדי לשלול את המסקנה לפיה מדובר במידע שחל עליו חיסיון עורך דין לקוח, וכי ככזה הבנק אינו חייב לגלותו.

החלטה

1. המבקש הגיש בקשה לאשר לו להגיש תביעה ייצוגית נגד המשיב (להלן: "הבנק") וגורמים אחרים. בבקשה נטען כי המשיבים כולם הפרו את חובתם לגלות בדוחות הכספיים של הבנק לרבעון השני והשלישי של שנת 2014, אודות הפרשות שנעשו בדוחות הכספיים בגין חקירה המתנהלת נגד הבנק בארצות הברית. על-פי הטענה מדובר במידע מהותי למשקיע הסביר, אשר אי-גילוי גרם נזק למשקיעים.
2. במסגרת הדיון בבקשה דנן לאישור תביעה ייצוגית, הגיש המבקש בקשה לצירוף מסמכים וגילויים. ביום 2.2.2016 ניתנה החלטה בבקשה זו (החלטה זו תכונה להלן: "ההחלטה"). בהחלטה נקבע, לאחר דיון בטענות הצדדים, כי הבקשה מתקבלת, וכי על הבנק לצרף לעיון המבקש מסמכים שונים. בכלל זה נקבע בין היתר כי הבנק יעביר לעיון המבקש "תכתובות בין הבנק לבין רשות ניירות ערך" ומסמכים שונים אחרים.

בקשת הבנק לאחר ההחלטה

3. לאחר שניתנה ההחלטה, פנה הבנק לבית-המשפט למסמך שכותרתו "הודעה ובקשה מטעם המשיב 1". בהודעה זו ציין הבנק כי במסגרת התכתובות שלו עם הרשות לניירות-ערך (שתכונה להלן גם: "הרשות"), הוא התבקש על ידי הרשות לצרף כל פרוטוקול של ישיבת דירקטוריון או ועדה מוועדותיו הנוגעות לחקירה. הבנק פעל בהתאם והעביר את החומר המבוקש לידי הרשות. ואולם, לגישתו של הבנק, חלק מהעניינים אליהם מתייחסות תכתובות אלה לרבות הפרוטוקולים ותוכנם, הוא חסוי. הבנק עתר כי בטרם העברת החומר לעיון המבקש, בית-המשפט יתיר לו "להשחיר" את העניינים החסויים, שלגישתו אין להתיר בהם עיון.

בקשתו של הבנק התייחסה לשלושה סוגי חסיונות - (1) מידע שלא ניתן לגילוי לצדדים שלישיים לפי הוראות הדין בארצות הברית; (2) מידע שחל עליו חסיון עורך-דין - לקוח; ו-(3) מידע והתייחסויות שהם חסויים במסגרת הכנה להליכים משפטיים עתידיים. עוד נטען כי העיון במידע המושחר עלול לפגוע באינטרסים שונים של הבנק. לכן עתר הבנק כאמור כי בית המשפט יתיר השחרה של חלק מהמסמכים, כדי למנוע פגיעה חמורה בבנק.

תגובת המבקש

4. המבקש הגיב לאמור בהודעת הבנק. לגישתו, הבנק התנהל בחוסר תום-לב, תוך שניסה למעשה לבצע "מקצה שיפורים" בהתייחס לקביעות שנקבעו בהחלטה. בין היתר התייחס המבקש לעובדה שהבנק מבקש עתה, לאחר שניתנה ההחלטה, למנוע עיון במסמכים, וזאת חרף העובדה שהבנק התייחס במסגרת בקשתו המקורית לשאלת חיסיון המסמכים. המבקש טען כי אין מקום לכך שבית-המשפט יעיין מחדש בהחלטה.

5. לגופו של ענין טען המבקש כי יש לדחות את טענת הבנק לגבי החיסיון שנטען לפי הוראות הדין האמריקאי.

באשר לחיסיון עורך-דין לקוח, נטען כי הבנק לא פירט את המסמכים שחוסים תחת החיסיון הזה. עוד נטען כי חיסיון של עורך-דין מול לקוחו חל גם ביחסים הרגולטוריים של הלקוח מול הרשות לניירות-ערך. מכאן שאילו רצה הבנק להימנע מגילוי לרשות של המסמכים שאותם הוא מבקש להימנע מלגלות עתה, הוא היה זכאי לעשות זאת. לכן, ומשהמסמכים שגילויים מתבקש הועברו בסופו של דבר על-ידי הבנק לעיון הרשות מבלי שהבנק טען לחיסיון כלשהו, ברי כי הבנק ויתר על טענת החיסיון, והוא מושתק מלטעון לחיסיון היום. עוד נטען כי לא ברור כיצד פרוטוקולים של ישיבות דירקטוריון של הבנק חוסים תחת חיסיון עורך-דין - לקוח.

באשר לחיסיון הנטען של מסמכים שהוכנו לקראת משפט, נטען כי הבנק אינו מבהיר מהם המסמכים שהוכנו על-ידי לקראת משפט. מעבר לכך, תנאי לכך שמסמכים יחסו תחת חיסיון זה הוא כי מדובר במסמכים שהמטרה העיקרית בהכנתם היתה הכנה לקראת הליך משפטי. לכן היה על הבנק להראות כי הפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון שהוא מבקש שלא לגלותם, הוכנו במיוחד לצורך ההליך המשפטי. עוד נטען כי מדובר בחיסיון שהוא יציר הפסיקה, ולכן הוא אינו מוחלט אלא יחסי.

תשובת הבנק

6. הבנק השיב לתגובת המבקש.

הוא טען כי המסמכים נושא הבקשה הם מסמכים שהרשות לניירות-ערך דרשה ממנו לגלות לה בפנייתה אליו מיום 19.1.2015. הבנק טען כי המסמכים שהמבקש מבקש לעיין בהם חורגים באופן ברור מעניינה של הבקשה לאישור, וכי מטעם זה אין להיעתר לבקשתו. הבנק חזר וטען כי במסגרת ההחלטה, בית-המשפט לא הורה באופן מפורש על גילויים של הפרוטוקולים מישיבות הדירקטוריון של הבנק, ואין לכן למבקש ציפייה לגיטימית כי פרוטוקולים אלה יגולו לו.

7. הבנק טען כי יש לדחות את טענת המבקש ביחס לחוסר תום-הלב שהוא מייחס לו. הבנק חזר וטען כי במסגרת תגובתו לבקשה המקורית של המבקש (במסגרתה ניתנה ההחלטה), הוא התייחס לסוגית גילוי המסמכים ולא לסוגית העיון בהם. בתגובתו הוא טען כי רק אם עמדתו בבקשת הגילוי תידחה, יהיה מקום לבחון באופן עצמאי את טענותיו בנוגע לחסיונם של המסמכים כולם או חלקם, וזאת במסגרת השלב השני בהליך – שלב העיון במסמכים.

הבנק הוסיף כי הוא לא פירט בהודעה מטעמו את החלקים בפרוטוקולים שאותם הוא ביקש להשחיר, משום שמדובר בנושאים חסויים שהוא אינו יכול לחשוף אותם. הוא ציין כי התקשורת בינו לבין רשויות החקירה בארצות-הברית נוגעת לחקירה שהיא תלויה ועומדת, וכי מטעם זה, ובהתאם לחוות-דעת המומחה שהוא הגיש בצירוף להודעתו, אין לאפשר למבקש לעיין במסמכים אלה.

8. הבנק חזר וטען כי חלקי המסמכים שהוא מבקש להשחירם מכילים מידע והתייחסויות שעליהם חל חיסיון עורך-דין - לקוח וחסיון של מסמכים שנערכו כהכנה להליך משפטי עתידי. הבנק טען כי הוא אינו יכול לפרט את הדברים, משום שהם חסויים. הוא הוסיף כי הוא לא ויתר על כל חיסיון, וכי בגילוי המידע לרשות לניירות-ערך הוא פעל בהתאם להוראת הרשות שניתנה מכוח הוראות החוק. לכן, הגילוי לרשות אינו מהווה ויתור על החיסיון כלפי צדדים שלישיים. הבנק הדגיש כי הוראות החוק מחייבות את הרשות בסודיות, וכי כאשר המסמכים הועברו לרשות, הם הועברו תחת בקשה מפורשת שלו לשמור על סודיותם.

עוד ציין הבנק כי המבקש לא התייחס כלל ועיקר לפגיעה באינטרסים הלגיטימיים של הבנק.

ישיבת יום 17.5.2016

9. ביום 17.5.2016 התקיימה ישיבת בית-משפט בה נדונה בקשת הבנק ביחס לעיון במסמכים ולהשחרת חלקים מהם. בהחלטה שהתקבלה בישיבה זו ניתנו הנחיות ביחס למסמכים הנוגעים לרשויות החקירה האמריקאיות, תוך שנקבע בהסכמת הצדדים כי "החברה תפנה לרשויות החקירה האמריקאיות כדי לברר האם יש מניעה להעביר לעיונו של ב"כ המבקש, תחת התחייבות לסודיות, את המסמכים המבוקשים על ידיו. אם לא תהיה מניעה כזו, יועברו המסמכים הללו כמבוקש וזאת ככל שהם חלק מהמסמכים שהועברו בזמנו לרשות לניירות ערך ושהבקשה מתייחסת אליהם". לכן, ולאור ההסכמה וההחלטה שהתקבלה בעקבותיה, אין

מקום להכריע בשלב זה בטענות הצדדים הנוגעות למסמכים הנוגעים לחקירה ברשויות החקירה האמריקאיות.

10. בהתייחס לטענות אחרות של הבנק – אלה הנוגעות לחיסיון עורך-דין - לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לצורך הכנה להליכים משפטיים עתידיים, נקבע בהחלטה כי הבנק יעביר את החומר במלואו לעיון בית-המשפט, תוך הפניה לאותם חלקים שהבנק מבקש שהחיסיון יחול עליהם (קרי הקטעים אותם הוא מבקש להשחיר), ובית-המשפט ייתן החלטה ביחס לכל אחד מהעניינים הללו. יוער כי מכוח החלטה זו נפתח הדיון בשאלת העיון במסמכים, חרף האמור בהקשר זה בהחלטה הקודמת מיום 2.2.2016, וזאת בהתאם לסמכותו של בית-המשפט לעיין מחדש בהחלטות ביניים שניתנו על-ידיו.

המסמכים שהוגשו על ידי הבנק בהמשך לישיבת יום 17.5.2016

11. בהתאם להחלטה הנ"ל מיום 17.5.2016, העביר הבנק לעיון בית-המשפט את המסמכים שהוא מבקש שבית-המשפט יורה על חסיונם. מסמכים אלה כללו קטעים מתוך פרוטוקולים של ישיבות דירקטוריון של ועדת הביקורת של הבנק משנת 2014 בהם נדונה החקירה המתנהלת בארצות-הברית כפי שאלה הועברו לעיון הרשות (כל המסמכים הללו צורפו במסגרת "חוצץ א" ל" לקלסר המסמכים). לחוצץ זה צורפו גם התכתובות בין הבנק לבין הרשות לניירות-ערך, ותכתובות בין הבנק לבין המפקח על הבנקים.

בנוסף הועברו לעיון בית המשפט פרוטוקולים של הבנק משנת 2013 שאף הם צורפו למכתב הבנק לרשות מיום 5.2.2015 (והם הוגשו במסגרת "חוצץ ב" לקלסר). לגישת הבנק, הדיונים בפרוטוקולים הללו אינם רלבנטיים לנושא הבקשה לאישור דן, המתייחסת לגילוי הפרשות שביצע הבנק ברבעונים השני והשלישי של שנת 2014, ולו רק מכוח העובדה שדיונים אלה התקיימו זמן רב קודם לכן. הבנק ביקש, בהתייחס לפרוטוקולים משנת 2013 שבחוצץ ב', כי בית-המשפט ידחה את בקשת המבקש לעיין בהם.

12. הבנק ציין כי במסמכים שהועברו לעיון בית-המשפט מצויים בין היתר "פרוטוקולים בהם משתקפים דיונים חסויים של הבנק (באמצעות האורגנים המוסמכים שלו) עם יועצים משפטיים פנימיים וחיצוניים שלו, או דיונים פנימיים באורגנים של הבנק, בהם נדונו ותוארו חילופי דברים עם יועצים משפטיים של הבנק או דברים שנמסרו על ידי אותם יועצים משפטיים" (ס' 12 למסמך שנספח לקלסרים שהבנק הגיש לעיון בית המשפט).

הבנק ציין כי בבקשת הגילוי המקורית שהגיש המבקש, הוא עתר לגילוי חליפת המכתבים בין הבנק לבין הרשות לניירות-ערך, והוא לא בקש לצרף כל פרוטוקול של הדירקטוריון או ועדה מוועדותיו הנוגעת לחקירה. בקשה כזו – לו היתה מוגשת - היתה (כך נטען) נדחית ככל הנראה, בהיותה "מסע דיגי" אסור שאין לו כל קשר עם הבקשה לאישור.

13. הבנק הוסיף וציין כי הוא ביצע השחרות במסמכים והעביר לעיון בית המשפט גם את המסמכים המקוריים, באופן שבית המשפט יוכל לבחון את ההשחרות המבוקשות. לגישתו, ההשחרות במסמכים נוגעות לעניינים החסויים בחיסיון עורך-דין - לקוח, ולהליכים משפטיים קיימים או צפויים בארה"ב, שוויץ וישראל, ובכלל זה חילופי דברים ועמדות מזמן אמת עם הרשויות הרלוונטיות, שגם אינם רלוונטיים.

הבנק עתר כי אם בית-המשפט ייעתר לבקשת המבקש גם ביחס למסמכים שבחוצץ ב' לקלסר, כי בית-המשפט יתיר לו להשחיר את החלקים שסומנו על-ידיו במסמכים אלה. הבנק ציין בהקשר זה כי בית-המשפט רשאי לבחון את מידת הרלוונטיות של הפרוטוקולים משנת 2013, וזאת בין היתר לצורך האיזון בין האינטרסים הנוגדים של הצדדים, ותוך בחינת השאלה עד כמה המסמך שמבוקש לעיון בו הוא חיוני לקידום עניינו של הצד המבקש את העיון.

14. עוד עתר הבנק כי בכל מקרה ייקבע כי המסמכים יועברו לעיון ב"כ המבקש בלבד, בכפוף להתחייבות שלו לשמור על סודיות המסמכים והתחייבות כי לא ייעשה בהם שימוש אלא לצורך בקשת האישור.

תגובת המבקש להודעת הבנק

15. המבקש הגיב להודעת הבנק.

לטענתו, יש לדחות את עמדת הבנק בתגובה. באשר לטענות המתייחסות לחיסיון עורך-דין - לקוח, נטען כי הבנק ויתר על החיסיון שעה שהוא העביר את המסמכים לרשות ניירות-ערך, ולכן דין טענותיו של הבנק בהקשר זה - להידחות. המבקש ציין כי חיסיון עורך-דין - לקוח הוא חיסיון שהלקוח רשאי לוותר עליו. הוא הוסיף כי הבנק לא הבהיר – ולא בכדי – איך התכתבות שלו עם הרשות לניירות-ערך חוסה תחת חיסיון עורך-דין - לקוח. זאת לאור העובדה שרק מסמכים שהוחלפו בין עורך-הדין לבין הלקוח או "אדם אחר מטעמו", כפופים לחיסיון ואילו רשות אינה "אדם אחר מטעם הלקוח".

המבקש הוסיף כי גם גילוי מסמכים במסגרת תיק משפטי אחר מהווה ויתור על חסיונם. הוא הדגיש כי לו היה הבנק מבקש לשמור על חיסיון המסמכים, הוא לא היה מגלה את הפרוטוקולים לרשות ניירות-ערך, כאשר הוא היה רשאי לטעון את טענות החיסיון גם כלפי הרשות. לכן, משעה שהוא מסר את המסמכים לרשות, יש לראותו כמי שוויתר על חסיונם של המסמכים.

16. המבקש ציין כי אין מקום להתיר לבנק לחזור ולהעלות את טענותיו לפיהן המסמכים המבוקשים אינם רלוונטיים – שכן סוגיה זו הוכרעה זה מכבר, ובית-המשפט לא התיר לבנק לחזור ולהעלותה. המבקש הוסיף כי אין מקום לקבל את טענות הבנק לגבי חסיון בשל הליך משפטי צפוי. זאת משום שכדי שטענה זו תתקבל, היה על הבנק להוכיח כי מדובר במסמך שישנה הסתברות של ממש כי יוגש הליך בעתיד, מצד אחד; ומהצד השני – להוכיח כי המטרה הדומיננטית של הכנת המסמך היתה לשם אותו הליך משפטי.

במקרה דנן הבנק לא טען לקיומה של הסתברות של ממש לקיומו של הליך משפטי בארה"ב. יתרה מזאת, הבנק גם אינו טוען כי המטרה העיקרית של הכנת המסמכים היתה לשם אותו הליך בארה"ב. הבנק אינו צד להליכים בחו"ל בשלב זה. המבקש התייחס גם לציטוט שציטט הבנק מדו"ח מבקר המדינה, תוך שהוא הזכיר כי דו"ח זה אינו קביל בכל הליך משפטי (בהתאם ל**חוק מבקר המדינה** [נוסח משולב] תשי"ח – 1958, **ס' 30(א)**).

תשובת הבנק

17. ברשות בית-המשפט הגיש הבנק ביום 22.6.2016 תשובה נוספת לעמדת המבקש. בתגובה זו הוא חזר וטען כי חל חיסיון על חילופי דברים עם יועצים משפטיים של הבנק במסגרת דיונים של אורגנים של הבנק. לגישתו בית-המשפט התיר למבקש להתייחס לטענה זו, אולם הוא לא עשה כן.

18. עוד נטען כי יש לדחות את עמדת המבקש ביחס לויתור כביכול של הבנק על החיסיון לאור העברת הפרוטוקולים לעיונה של רשות ניירות-ערך. לגישתו, העברת המסמכים לרשות אינה דומה לויתור וולונטרי שאליו התייחסו פסקי-הדין אליהם הפנה המבקש. המסמכים הועברו לרשות בהמשך לפנייתה מיום 19.1.2015, פנייה שנעשתה מכוח סמכותה של הרשות לפי **ס' 36(ו1)** לחוק ניירות-ערך התשכ"ח – 1968. בהתאם לסעיף "חייב אדם" לפי דרישת הרשות למסור לה מסמכים תוך המועד שנקבע בדרישה. הפרת הוראת הרשות עלולה להביא להטלת סנקציות שונות על

המפר. תשובת הבנק לרשות הועברה במסגרת דיווח שאינו פומבי, תוך בקשה לשמור על הסודיות ותוך הבהרה כי אין במכתב משום פגיעה בכל זכות של הבנק.

מסקנה דומה עולה – כך נטען – מהחלטתה של כב' השופטת קרת-מאיר [בפטר \(ת"א\) 1630/02 עזבון המנוח עזרא הראל ז"ל נ' תעשיות רוגוזין בפירוק](#) [פורסם בנבו] (26.10.2004). כך עולה גם מהספרות המשפטית (מאמרה של דר. לימור זר-גוטמן שיאזכר להלן); [ומסעיף 14 לחוק חופש המידע](#) הקובע כי הוראות החוק לא יחולו על כל גוף או רשות שיש להם סמכויות חקירה על פי דין, לגבי מידע שנאסף לצורכי חקירה.

מסקנה זו לפיה מסירת מסמכים לרשות מכוח סמכותה לפי דין אינה עולה כדי ויתור על חיסיון, נובעת גם מהחשיבות של פיקוח יעיל על-ידי רשויות הפיקוח, תוך הבטחת שיתוף פעולה בין המפקח למפוקח. מדובר – כך נטען – במרקם עדין ומיוחד של פיקוח, ויש לנקוט זהירות רבה בכל ניסיון ל"כוונון" שונה שלו.

19. הבנק התייחס גם לטענת המבקש לגבי העדר הרלוונטיות של המסמכים. הוא טען כי בית-המשפט רשאי לבחון נושא זה כענין שבשגרה, וכי ההחלטה מביום 2.2.2016 התייחסה רק לשאלת הרלוונטיות של ההתכתבות של הבנק עם המפקח על הבנקים ועם הרשות, ולא לסוגיית הרלוונטיות של הפרוטוקולים שצורפו לפי בקשת הרשות למכתב הבנק.

20. הבנק הוסיף והתייחס לנושא חיסיון הליכים משפטיים קיימים או צפויים. הוא טען כי ההשחרות נוגעות לעניינים חסויים גם במסגרת חיסיון זה, בהתייחס להליכים צפויים בארה"ב, בשוויץ או בישראל. נטען כי אין ממש בהקשר זה בטענה לפיה מי שנחקר הוא בנק מזרחי בשוויץ ולא הבנק, וכך עולה בין היתר מהדוחות הכספיים של הבנק לרבעון השני של שנת 2014. עוד צוין כי טענת המבקש לגבי ה"הסתברות להליכים משפטיים בהקשרם של החקירות" אינה ברורה. ההתייחסות בדוחות הכספיים לרבעון השני והשלישי היא תחת הכותרת "הליכים משפטיים".

21. הבנק שב והפנה לדוח מבקר המדינה בסוגית תיאום ושיתוף פעולה הלוקים בחסר לדעתו בין המפקח על הבנקים לבין רשות ניירות-ערך, ועמדת המפקח על הבנקים בענין ההפרשות נושא הבקשה לאישור. הבנק ציין כי הוא מודע להוראת [ס' 30 לחוק מבקר המדינה](#) [נוסח משולב] התשי"ח – 1958 שלפיו דוח של המבקר שהוצא במילוי תפקידו לא ישמש ראיה בהליך משפטי. חרף הוראה זו הוא מבקש להביא את

הדברים לפני בית-המשפט לאור עמדת המבקר שבית-המשפט יתבקש לייחס לה את המשקל הראוי, ועל-מנת לחסוך בזמן שיפוטי יקר.

דיון

22. כעולה מההחלטה מיום 17.5.2016, הצדדים הגיעו להסכמה ביחס למסמכים הנוגעים לחקירה המתבצעת ברשויות החקירה האמריקאיות. הנושא היחיד שנותר לדיון – כך עולה מההחלטה, הוא חסיונם של אותם חלקים בפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון של הבנק, וזאת – בהתייחס לטענת חסיון עורך-דין – לקוח ובהתייחס לטענת החיסיון של מסמכים שהוכנו לצורכי הליך משפטי. לצורך בירור טענה זו – וטענה זו בלבד, נדרש הבנק להציג את המסמכים ה"מושחרים" לבית-המשפט, כדי שבית-המשפט יוכל לקבוע האם אכן יש לקבל את טענות החיסיון שהועלו, ואם כן – ביחס לאילו מהקטעים שהושחרו.

עיון בקטעים המושחרים מעלה כי רובם ככולם מתייחסים לדיונים של הבנק עם יועצים משפטיים פנימיים וחיצוניים שלו, ביחס לחקירה שהתנהלה נגד הבנק בפני רשויות החקירה בארצות-הברית.

23. לצורך הכרעה בטענות הצדדים, יש לבחון אם כן מספר נושאים – ראשית יש לקבוע האם הדברים שנאמרו בישיבות השונות במסגרתם צוטטו עמדותיהם של היועצים המשפטיים של הבנק, חוסים תחת חסיון עורך-דין לקוח.

אם התשובה היא חיובית, יהיה מקום לבחון האם הוכח שהבנק ויתר על החיסיון הזה. בהקשר זה יהיה מקום לברר את זהות הנוכחים בישיבות הדירקטוריון והוועדות (קרי האם נוכחו בהן מי שאינם נציגים של הבנק באופן שניתן לראות את בנק כמי שוויתר על החיסיון לאור נוכחותם). כן יהיה מקום לברר את ההשלכה של העובדה שהבנק העביר את המסמכים לידי הרשות לניירות-ערך ולא טען לחסיונם, והאם בעשותו כן יש לראותו כמי שוויתר על חסיון המסמכים.

לאחר מכן וככל שיהיה בכך צורך, יהיה מקום לבחון את טענת הבנק ביחס לחסיון מסמכים שהוכנו לצורכי הליך משפטי.

24. אקדים ואציין בראשית הדברים כי הצדדים לא התייחסו כלל לשאלת האפשרות של תאגיד להעלות טענת חיסיון עו"ד – לקוח כנגד בעלי-מניותיו. בקשת האישור דן מוגשת – כך עולה ממנה – בשמם של בעלי-מניות בבנק אשר רכשו מניות בין יום 13.8.2014 ועד יום 26.2.2015. השאלה האם הבנק יכול בכלל להעלות טענת חיסיון

נגד בעלי-מניותו היא שאלה מורכבת, תלויה נסיבות ושאינה נקיה מספקות. יתכן שיש מקום להבחין בהקשר זה בין סוגי תביעות שונים (ובכלל זה תביעות נגזרות ותביעות ייצוגיות). לכן, לא סברתי כי מן הראוי לדון בה ולבחון אותה בלא שמי מהצדדים התייחס אליה.

מאחר שלצדדים ניתנו מספר אפשרויות להוסיף ולטעון בנושא החיסיון, לא הייתי סבורה כי מן הראוי לפנות אל הצדדים ולבקש מהם לשוב ולהתייחס לנושא זה בטרם מתן החלטה זו. לכן, החלטה זו ניתנת ללא התייחסות לשאלה הנ"ל, אשר נותר את ההכרעה בה למקרה אחר בו יועלו טענות מפורשות ביחס אליה.

חיסיון עורך דין לקוח- רקע קצר

25. מקורו של חיסיון עורך-דין לקוח הוא [בפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], התשל"א – 1971. [ס' 48\(א\) לפקודת הראיות](#) קובע כי -

"דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החיסיון".

[סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין](#) התשכ"א – 1961 קובע את ההוראה המשלימה [לס' 48 הנ"ל](#). נקבעה בו החובה האתית על עורך-הדין לשמור על החיסיון, כאשר הסעיף אוסר על עורך-הדין לגלות **"דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי"**.

26. חיסיון עורך-דין - לקוח הוא אחד החסיונות הבודדים המוגדרים כחסיונות מוחלטים ולא יחסיים. לכן, כאשר נקבע כי מסמך או דברים מסוימים חוסים תחת החיסיון, בית-המשפט אינו יכול להורות על גילוי המידע ולהסיר את החיסיון גם אם מדובר במידע שנחופך כדי להגיע לחקר האמת. יחד עם זאת החיסיון הוא אישי ולא "חפצי" כלומר הוא אינו חל על המידע עצמו.

27. חיסיון עורך-דין לקוח נועד להבטיח תקשורת חופשית בין עורך-הדין ללקוח, וזאת מתוך הנחה כי תקשורת כזו היא הכרחית לצורך הבטחת הליך הוגן. הליך הוגן נחשב הליך בו ניתנת ללקוח זכות להיות מיוצג - זכות שהוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית (ר' [לימור זר גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח באמצעות חיסיון עורך דין לקוח וחסות הסודיות האתית"](#) – קריאה לרפורמה" [ספר](#)

דויד וינר 79 (להלן: "זר-גוטמן"). לביקורת על הצידוקים לחיסיון, ר' זר-גוטמן בעמ' 83-85.

אחד הצידוקים לקיומו של החיסיון נעוץ בהנחה לפיה רק כאשר הלקוח מספר לעורך-הדין שלו את כל העובדות, יכול עורך-הדין לתת לו שירות משפטי הולם. אם הלקוח יחשוש מפני גילוי המידע אותו הוא מוסר לעורך-הדין, הוא עלול להימנע ממסירת העובדות במלואן. מטרתו של החיסיון, כך נקבע, הוא כדי ש"הלקוח יחוש בטוח וחופשי להציג בפני עורך-דינו את התמונה המלאה, שהובילה אותו לשכור את שירותיו, והוא יוכל לזכות בייצוג משפטי הולם והוגן" (ר' [רע"פ 751/15 אברג'יל](#) נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] 9.12.2015, להלן: "ענין אברג'יל").

ההלכה הפסוקה התייחסה לא אחת לחשיבות שהלקוח יקבל ייעוץ והגנה על זכויותיו ו"לא יחשוש שדברים שעברו בינו לבין עורך-דינו יתגלו לצד שכנגד ויהיו לו לרועץ" (ר' [ע"א 327/68 זינגר נ' ביינון, פ"ד כב\(2\) 604](#)), ולהכרח לאפשר ללקוח לאסוף באין מפריע את החומר הדרוש לשם ניהול המשפט ולהביאו בפני עורך-הדין שלו ללא חשש שדבריו יתגלו (ר' [ע"א 407/73 גואנשיר נ' חברת החשמל, פ"ד כט\(1\) 171](#), ור' גם יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1071 (2009)).

28. הנטל להוכיח קיומו של חיסיון חל על הטוען לו (ר' פס"ד [אברג'יל](#)). לצורך הוכחת קיומו של חיסיון, יש להוכיח את שני התנאים המנויים [בס' 48](#) הנ"ל [לפקודת הראיות](#) – **התנאי הראשון** מחייב קיומם של יחסי עורך-דין לקוח בעת קבלת המידע; **התנאי השני** דורש כי למידע או למסמך יהיה קשר ענייני לשירות המקצועי. שירות זה אינו כולל מדרך הטבע רק שירות בין כותלי בית-המשפט אלא הוא כולל כל שירות במסגרתו נדרשים המומחיות והידע המקצועיים שיש לעורכי-דין (ר' זר גוטמן, עמ' 91).

29. עוד יש לציין כי [ס' 48\(א\)](#) הנ"ל מתייחס לפי לשונו לאיסור על **עורך-הדין** למסור מסמכים חסויים כראיה. המדינה טענה בעבר כי החיסיון אינו חל כאשר המשטרה תפסה מסמכים אצל הלקוח. המדינה התבססה על לשון החוק ("לא ימסור עורך-הדין כראיה") ועל הטענה לפיה יש מקום להצר את גבולות החסיונות השונים (ר' זר גוטמן בעמ' 93-95 והפסיקה אליה היא מפנה שם). יחד עם זאת, נראה כי אין חולק עוד היום כי מסמכים חסויים ייחשבו ככאלה גם כאשר הם מצויים בחזקתו של הלקוח. [בת"פ \(מחוזי ת"א\) מדינת ישראל נ' רובינשטיין ושות' בע"מ](#), [פורסם בנבו] פ"מ תשמ"ב (1) 89 (1992) נקבע בהקשר זה כי -

"דעתי היא כי מה שקובע לענין החיסיון תחולתו והיקפו מכוח סעיף 48 **לפקודת הראיות**, הינו מהותו של המסמך והעובדה כי הוחלף במערכת יחסי האמון בין עורך הדין לבין לקוחו, ולא מיקומו הגיאוגרפי של המסמך. כל עוד לא ויתר הלקוח על החיסיון... עומדת לו הזכות המהותית לשמירת החיסיון ואין חשיבות לעובדה היכן נמצאו או נתפסו המסמכים".

בפסק הדין ברע"פ 8873/07 רע"פ 10573/08 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (להלן: "ענין היינץ"), חזרה בה המדינה מעמדתה ביחס למיקומם של המסמכים, וקיבלה את העיקרון לפיו גם מסמך שנתפס אצל הלקוח יכול להיות חסוי אם הוא עומד בתנאי החיסיון המהותיים (ר' זר-גוטמן עמ' 95). באותו ענין נקבע כי העובדה שהמסמכים מצויים בחזקת הלקוח משליכה רק על הקושי בהוכחת חסיונם. כך-

"בעוד שהנחת המוצא ביחס למסמכים שנתפסו אצל עורך-הדין היא כי הללו הגיעו לחזקתו לצורך מתן ייעוץ ושירות מקצועי, לא קיימת הנחה דומה ביחס למסמכים שנתפסו אצל הלקוח. הנטל להוכיח אחרת – ולא באופן לכאורי – מוטל, כאמור, על שכמו של הטוען לחיסיון" (פס"ד היינץ).

האם הדברים שהושחרו חוסים תחת חיסיון עורך דין לקוח?

30. ניישם אם כן את העקרונות שלעיל על החומר שהבנק מבקש שבית המשפט יימנע מגילוי, לאור היותו חסוי. כאמור, הקלסר שהגיש הבנק כולל - במסגרת חוץ א' - קטעים מתוך פרוטוקולים של ישיבות דירקטוריון וועדת הביקורת של הבנק משנת 2014 ובמסגרת חוץ ב' - קטעים מתוך פרוטוקולים של ישיבות דירקטוריון של הבנק משנת 2013 (כל הישיבות הללו יכונן להלן יחד: "הישיבות"). לטענת הבנק, בכל הישיבות נכחו "נושאי משרה או עובדים בבנק". בחלק מהישיבות נכחו גם רואי-החשבון המבקרים של הבנק ובישיבה אחת - המפקח על הבנקים וצוותו.

31. הבנק צירף לעיון בית-המשפט בלבד, רשימה של כל הנוכחים בכל הישיבות שהפרוטוקולים שלהן צורפו לעיון בית המשפט. מהרשימה הזו (שלבקשת הבנק אינני חושפת את תוכנה), עולה כי אכן בישיבות השונות נכחו חברי דירקטוריון של הבנק, עובדים של הבנק וכי בישיבות מסוימות רואה-החשבון המבקר של הבנק והמפקח על הבנקים (לנושא הנוכחות של גורמים אלה נתייחס בפרק הבא הנוגע לויתור אפשרי על החיסיון). בין הנוכחים בחלק מהמקרים היה גם היועץ-המשפטי של הבנק, שסיפק הסברים שונים והשיב על שאלות.

32. הקטעים המושחרים מתייחסים ברובם הגדול (ובכפוף לחריגים בודדים שאליהם נתייחס בשולי ההחלטה) לדיווח אודות חילופי דברים בין עורכי-הדין השונים של הבנק לבין נציגים של הבנק. כאמור, חלק מהקטעים המושחרים הם תשובות של היועץ-המשפטי של הבנק לשאלות שהוא נשאל.

אני סבורה כי המידע המושחר המתייחס לשיחות שהיו עם עורכי-הדין השונים של הבנק הוא מידע החוסה תחת חיסיון עורך דין לקוח. לטעמי, הבנק הוכיח את שני התנאים לקיומו של החיסיון –

מדובר בדברים שהוחלפו בין נציגי הבנק לבין מי שהיו עורכי-הדין של הבנק (ועל כך אין מחלוקת); כאשר דברים אלה מתייחסים (ברובם הגדול ובכפוף לחריגים מעטים שיפורטו להלן) באופן ברור ומובהק לשירות המקצועי שנתנו עורכי-הדין הללו לבנק בהתייחס לחקירת הרשויות האמריקאיות את הבנק.

33. ביתר פירוט, ובלא לחשוף את תוכן הקטעים שהושחרו, אציין כי עיון באמור בחלקי הפרוטוקולים של הישיבות שהבנק בקש להשחיר, מעלה כי מדובר בין היתר בדיווחים אודות מגעים עם רשויות החקירה האמריקאיות ועם עורכי-הדין שם; מגעים עם עורכי-הדין הנוגעים לתשלום שכר-הטרחה שלהם; מגעים הנוגעים לפגישה עם עורכי-הדין האמריקאיים תוך דיון בדרך הפעולה מול הרשויות האמריקאיות; דיווח אודות פגישות עם רשויות החקירה האמריקאיות; דיווח אודות ניסיונות להסדרים; הערכות של עורכי-הדין ביחס לסיכויי הבנק בהתנהלות מול רשויות החקירה האמריקאיות ועוד. בפרוטוקולים נוספים ישנו דיווח אודות עמדת עורכי-הדין הישראלים של הבנק.

כפי שהבהרתי לעיל, השירות המקצועי שעורך-הדין נותן ללקוח שלו אינו כולל כמובן רק הופעות בבית-המשפט והוא יכול בהחלט לכלול גם ייעוץ וחיווי-דעה ביחס לחקירה המתנהלת נגד הלקוח, תוך בחינת הסיכונים המוטלים על הלקוח, סקירת אפשרויות הפעולה השונות וכיו"ב עניינים, שכולם מהווים חלק מהשירות, וככאלה – הדיאלוג במסגרתם כלול במסגרת החיסיון.

34. המידע נושא הבקשה הוא מידע "מדרג שני" – אין מדובר בדברים שהוחלפו בין עורכי-הדין לבין מי מנציגי הבנק, אלא בדיווחים אודות דברים שמסרו עורכי-הדין של החברה – במסגרת דברים שהוחלפו בין עובדים ואורגנים שונים של הבנק לבין עצמם בישיבות של דירקטוריון הבנק וועדת הביקורת שלו. כאמור, לפחות בחלק מהישיבות נכחו גם היועצים-המשפטיים של הבנק.

יחד עם זאת, אינני סבורה כי יש בכך כדי לשלול את קיומו של החיסיון. הבנק – ככל תאגיד – הוא גוף משפטי המורכב מבני-אדם: עובדים ואורגנים. כדי ש"הבנק" יהיה מודע לתוכנו של הייעוץ המקצועי שניתן על ידי עורכי-הדין שלו, על האורגנים השונים להעביר מידע זה בינם לבין עצמם. העברה כזו של מידע איננה שוללת מהמידע את אופיו, ואיננה שוללת לכן את תוקפו של החיסיון. מסקנה אחרת תחייב כי כדי להבטיח קיומו של חיסיון, יידרש עורך-הדין לפגוש במקביל ובו זמנית את כל האורגנים והעובדים הרלוונטיים של החברה, ולהיות נוכח בכל מפגש איתם. תוצאה כזו אינה סבירה או רצויה.

35. אינני סבורה אם כן כי יש מקום להבחין בין הדברים שהוחלפו בין עורך-הדין לבין אחד הנציגים של הבנק (בהנחה שדברים אלה מבחינת תוכנם כלולים בחיסיון, בהיותם חלק מהשירות המקצועי של עורך-הדין), לבין ה"העברה" של המידע אודות אותם דברים עצמם, בין מי ששמע אותם בפועל לבין נציגים, עובדים ואורגנים אחרים של הבנק – שכולם נדרשים להיות מודעים לתוכן הדברים, כדי לאפשר להם לקבל החלטה ביחס אליהם. נראה כי המבקש במקרה דנן אף אינו טוען אחרת.

36. עוד יש לציין בהקשר זה כי לצורך בחינת החלקים המושחרים בפרוטוקולים השונים, הבאתי בחשבון את הקושי להבחין ולהפריד בצורה ברורה בין אותם דברים החוסים תחת החיסיון, לבין הדברים שאינם חוסים תחתיו. יוער כי ב"כ הבנק אכן לא ביקשו להשחיר פרוטוקולים שלמים אלא רק חלקים בהם. יחד עם זאת, אם בפיסקה מסוימת מובאים הן דברים החוסים באופן מובהק תחת החיסיון והן דברים שאינם חוסים תחתיו בצורה מובהקת, לא מצאתי לנכון להפריד בין החלקים השונים, ודאי מקום בו ישנו קושי מובהק לעשות כן.

מבחינה זו מקובלים עלי דבריו של כב' השופט כבוב בתנ"ג (כלכלית) 628-08-14 קראוסקופף נ' החברה לישראל בע"מ [פורסם בבנ] (7.1.2015) שם נקבע כי "קשה לי מאוד לעשות הפרדה דיכוטומית בין חלקה הראשון של הישיבה לבין חלקה המאוחר יותר ולקבוע שמשום מעורבותו המהותית של היועץ המשפטי רק בשלב מאוחר יותר של הדיון, הרי אין מקום לקבל את טענת החיסיון לגבי החלק הראשון של הדיון. הפרדה שכזו תהא הפרדה מלאכותית ולא רצויה".

37. סיכומה של נקודה זו – הדברים שהוחלפו בישיבות השונות המתייחסים לשירות המקצועי שנתנו עורכי-הדין השונים לבנק הם חסויים, והדרך היחידה להתגבר על החיסיון הוא אם יוכח כי הבנק ויתר עליו. לענין זה נידרש עתה.

האם העברת המסמכים לרשות ניירות-ערך שוללת את טענת החיסיון?

38. טענתו המרכזית של המבקש היתה כי גם אם על הדברים המושחרים בישיבות השונות אכן חל מלכתחילה חיסיון, הרי הבנק ויתר על החיסיון הזה כאשר הוא העביר את הפרוטוקולים לידיה של הרשות לניירות-ערך. הטעון נובע מהעובדה שהדרך היחידה להתגבר על חיסיון עורך-דין - לקוח היא על-ידי ויתור של הלקוח על החיסיון. המבקש טוען כי ניתן להסיק ממשלוח החומר לידי הרשות כי הבנק ויתר על החיסיון. זאת משום שהבנק היה רשאי להעלות את טענת החיסיון גם במסגרת היחסים שלו עם הרשות, ולהימנע ממשלוח החומר לידיה. משהוא לא עשה כן – יש לראותו אם כן כמי שויתר על החיסיון.

נבחן את הטענה הזאת.

ויתור הלקוח על החיסיון מבטל את החיסיון

39. חיסיון עורך-דין - לקוח אכן נחשב להיות חיסיון של הלקוח. הלקוח הוא בעל הזכות לכך שהמידע שהוא החליף עם עורך-דינו יהיה חסוי. לכן, הלקוח רשאי גם לוותר על החיסיון, ומשהוא עשה כן "רשאי עורך-הדין למסור עדות או כל ראייה אחרת הנוגעת לשירות המקצועי שהעניק לו" (ר' פס"ד אברג'יל).

זר-גוטמן במאמרה שנזכר לעיל מסכמת את ההלכה הפסוקה ביחס לויתור – "ויתור הלקוח על החיסיון צריך להיות מודע, כשהוא מבין את משמעות הויתור. בנוסף, ויתור הלקוח על החיסיון צריך להיות מפורש, ורק לאחר שהלקוח הבין שמדובר בויתור על חיסיון. מנגד, ויתור הלקוח על חיסיון יכול להיעשות גם במשתמע, כמו למשל כאשר השיחה עם עורך-הדין מתבצעת בנוכחות אדם שלישי שאינו איש סודו של הלקוח. אך אם נוכחות הצד השלישי כפויה, כמו במקרה של שיחה בין עורך-דין ללקוח בבית-המעצר, אין ויתור על חיסיון. דוגמה נוספת לויתור משתמע היא כאשר מספר לקוחות מיוצגים במשותף בהסכמה על ידי אותו עורך-דין, שאז הדברים והמסמכים שהוחלפו בין כל אחד מהם לעורך-הדין בקשר לייצוג המשותף אינם חסויים בפני הלקוחות המשותפים האחרים אך נותרים חסויים כלפי צד שלישי" (בעמ' 96).

זר-גוטמן במאמרה מתייחסת בין היתר למקרים בהם מסמכים הועברו לצד שכנגד בשוגג וללא כוונה. היא מציינת כי לגישתה מן הראוי שלא לראות בהעברה שגויה כזו כויתור על החיסיון (ר' דיון בעמ' 99 למאמר).

40. העברת מסמכים לידי צד שלישי שאינו הלקוח או עורך-הדין עשויה אם כן בנסיבות המתאימות להיחשב כוויתור של הלקוח על החיסיון. ויתור כזה הוא ויתור משתמע. מכאן כי ההעברה של המסמכים תוכל להיחשב לוויתור משתמע אם אכן עולה ממנה כי הלקוח ויתר על החיסיון. האם העברת המסמכים לרשות לניירות-ערך על-ידי הבנק היא התנהלות שניתן להסיק ממנה ויתור של הבנק על החיסיון?

העברת המסמכים במקרה דנן לידי הרשות לניירות-ערך

41. כאמור, המבקש טען כי כאשר הבנק העביר את המסמכים נושא הבקשה דנן לידיה של הרשות לניירות-ערך, יש לראותו כמי שוויתר על החיסיון שעמד לרשותו, בהנחה שהיה לו חיסיון כזה. הבנק טען מנגד שלא ניתן לראות בהעברת המסמכים לרשות כוויתור על חיסיון משום שמדובר בגילוי מידע לרשות בהתאם להוראה שניתנה מכוח החוק (ס' 36(ו)(1) לחוק ניירות ערך התשכ"ח – 1968. גילוי כזה – כך נטען – אינו יכול להיחשב לוויתור על החיסיון כלפי צדדים שלישיים, לא כל שכן כאשר הוראות הדין מחייבות את הרשות בסודיות, וכאשר המסמכים הועברו לרשות על-ידי הבנק תחת בקשה מפורשת לשמור את סודיותם.

מנגד טען המבקש כי יש לראות את הבנק כמי שוויתר על טענת החיסיון כאשר הוא העביר את המסמכים לרשות, וזאת משום שהוא היה רשאי להעלות את טענת החיסיון כלפי הרשות, ומשהוא לא עשה כן – יש לראותו כמי שוויתר עליה.

ניתן להעלות טענת חיסיון גם מול הרשות

42. אכן, טענת חיסיון עורך-דין - לקוח, היא טענה שלקוח רשאי להעלות גם כלפי רשות חקירה. מסקנה זו נובעת בין היתר מהוראות ס' 52 לפקודת הראיות הקובע כי ההוראות הנוגעות לראיות חסויות יחולו גם על מסירת ראיות "בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על-פי דין לגבות ראיות".

בפס"ד אברג'יל נקבע בהקשר זה כך –

"ראוי לציין, כי אדם המבקש לטעון לתחולתו של חיסיון, רשאי להעלות את טענתו זו גם בפני הרשות החוקרת במסגרת חקירתו, ולא רק בפני בית-המשפט במסגרת הליך משפטי".

בית-המשפט בענין אברג'יל הוסיף והתייחס להוראת ס' 52 לפקודת הראיות, וציין כי "הגם שרשויות החקירה עוסקות באיסוף ראיות, ולא בגבייתן, מקובל לראות ברישא של סעיף 52 כחל גם על הגורמים המוסמכים לאסוף ראיות, כגון משטרת

ישראל, חוקרי מס הכנסה, חוקרי מכס וכדומה (אליהו הרנון דיני ראיות כרך שני, 102-103 (1978))."

43. מסקנה דומה עולה גם מפסק הדין היינץ בו נקבע כי "מקום שבו נחצה משוכה זו והוצג יסוד ענייני לכאורי לביסוס טענת החיסיון, שוב אין ראיות החקירה ראיות לעיין בחומר מבלי שתתברר תחילה טענת החיסיון".

בית המשפט המחוזי (כב' סגן הנשיא כתוארו אז השופט גורן), התייחס מפורשות לשאלת החיסיון בהליך חקירה של רשות ניירות-ערך, וקבע כי החיסיון חל גם בהליך כזה (ר' [המ' \(ת"א\) 11444/97](#) לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' רשות ניירות ערך [פורסם בבנו] פ"מ לב(1) 546 (26.3.1998)).

44. המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא אם כן כי העובדה שהרשות פנתה אל הבנק – כפי שטען הבנק – מכוח החוק, אין בה כדי לשלול את המסקנה לפיה הבנק היה יכול להעלות טענת חיסיון גם כלפי הרשות, ובאופן זה להימנע מגילוי המידע נושא הבקשה הנוכחית, אותו מידע שלגישת הבנק חוסה תחת חיסיון עורך-דין - לקוח. הוראת [ס' 36\(ו1\) לחוק ניירות ערך](#) אליה הפנה הבנק, אינה שוללת מסקנה זו.

האם ניתן להסיק מהעברת המסמכים לרשות כי הבנק ויתר על טענת החיסיון?

45. אולם, בכך שהבנק היה רשאי להעלות טענת חיסיון במגעים שלו מול הרשות, אין די כדי לקבוע כי המידע נושא הבקשה אינו מידע שחל עליו חיסיון. אני סבורה כי יש להוסיף ולבחון את השאלה האם במסירת החומר לרשות יש לראות את הבנק כמי שוויתר על החיסיון. זאת משום שכפי שהבהרתי לעיל, רק ויתור כזה יכול לשלול את החיסיון שחל על המידע נושא הבקשה.

הוויתור שיש בו כדי לשלול את החיסיון, צריך להיות על היותו של המידע – מידע סודי. קדמי מציין בספרו כי "דרישת ה'סודיות' מהווה אפוא יסוד טבוע בזכות לחסיון ההתקשרות. ועל כן מקום שהלקוח מוותר בהתנהגותו על 'סודיות' התקשרות שבינו לבין עורך-הדין, רואים אותו כמוותר על החיסיון לגופו" (קדמי, עמ' 1092). לאור הרציונל לקיומו של החיסיון – סודיות המידע המוחלף בין עורך-הדין ללקוח, יש לבחון, הן במישור הקונקרטי והן במישור הנורמטיבי, האם מן הראוי, בנסיבות המקרה הספציפי, לקבוע כי הלקוח (קרי הבנק) ויתר על הסודיות באופן המאפשר את המסקנה לפיה הוא ויתר על החיסיון.

46. השאלה נשאלת אם כן הן במישור העובדתי (האם אכן ניתן להסיק ויתור סובייקטיבי של הבנק על סודיות ועל החיסיון נוכח העברת החומר לרשות); והן במישור הנורמטיבי – האם מן הראוי לראות במקרה כמו המקרה דנן, בו הועבר חומר לרשות כמו רשות ניירות-ערך, כויתור משתמע על סודיות המידע ועל האפשרות להעלות טענת חיסיון עורך-דין - לקוח במסגרת הליכים אחרים.

47. אני סבורה כי אין לראות בהעברת החומר לרשות ניירות ערך כויתור על טענת החיסיון.

באשר ליסוד ה"סובייקטיבי", הרי החומר הועבר לרשות לניירות-ערך שמחויבת בשמירה על סודיות המסמכים, וכאשר הבנק לטענתו העביר את המסמכים תוך בקשה מפורשת לשמור את סודיותם. לא ניתן אם כן לקבוע במישור העובדתי המתייחס ל"אומד-הדעת" של הבנק בהעבירו את החומר לידי הרשות, כי הוא עשה זאת תוך שהוא מוותר על סודיות המידע ועל האפשרות לטעון כלפי אחרים כי מדובר במידע החוסה תחת חיסיון עורך-דין - לקוח.

48. מסקנה דומה מתחייבת לטעמי גם במישור הנורמטיבי. הקביעה העולה מטענות המבקש היא קביעה לפיה העברת מסמכים לרשות המחויבת בשמירה על סודיותם ותוך בקשה שהרשות תשמור על סודיותם – תיחשב לוויתור על טענות עתידיות של הנוגעות לחיסיון מידע הכלול במסמכים אלה. קביעה כזו תביא לכך שצדדים החוששים מפני חשיפת מסמכים החסויים בחיסיון עורך-דין - לקוח, עלולים להעדיף שלא לשתף פעולה עם הרשויות, ולא להעביר לידיהן מסמכים הכוללים חומר חסוי. תוצאה כזו אינה תוצאה רצויה. כפי שצינו ב"כ הבנק, ההלכה הפסוקה התייחסה לחשיבות של פיקוח יעיל ועידוד שיתוף הפעולה בין הבנק לבין גורמי הפיקוח אליו באמצעות הבטחת הסודיות של הידיעות המושגות תוך כדי אותו פיקוח (ר' [עת"מ \(נ-22113-05-15\) התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנק ישראל](#) [פורסם בנבו] (2.6.2016)).

49. זאת ועוד - חיסיון המידע שהועבר בין עורך-הדין לבין הלקוח הוא כאמור חסיונו של הלקוח. ככזה, אני סבורה כי ניתן לאפשר לו להעביר את המידע לגורם מסוים, וזאת בלא לוותר על החיסיון מיניה וביה כלפי כל העולם; בנסיבות בהן הוא מעביר את החומר לגורם אחד בלבד, כאשר גורם זה הוא רשות מוסמכת החייבת בסודיות, ואם הוא מעביר את החומר תוך שהוא מוודא כי סודיותו תישמר.

מסקנה זו עולה בין היתר מההלכה הפסוקה שנפסקה זה מכבר ביחס לשני לקוחות הפונים יחד לעורך-דין אחד. בפס"ד גרומט נ' סרוסי , פ"ד לו (4) 214 (1982) קבע בית המשפט העליון כי "כאשר שני לקוחות פונים במשותף לעורך-דין אחד, הרי דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח אחד לבין עורך-הדין לגבי הענין המשותף, אינם חסויים בפני הלקוח האחר" (ההדגשה היא שלי, ר. ר.).

מהדברים הללו ניתן לטעמי להסיק כי הלקוח יכול – במקרים מסוימים – להגביל במידת-מה את החיסיון, תוך שהוא בוחר שלא להחילו ביחס לאדם מסוים. במקרה נושא פס"ד גרומט, דובר בלקוח אחר שפנה יחד עם הלקוח לאותו עורך-דין. החיסיון לא יחול במקרה כזה על הלקוח האחר. אולם – אין בכך כדי להביא לאובדן של החיסיון כלפי אחרים.

50. מסקנה דומה עולה מההלכה שנקבעה בע"א 44/61 רובינשטיין נ' מפעלי טכסטיל נצרת, פ"ד טו 1599, 1602 (1961). באותו ענין קבע בית המשפט העליון כי "משנפגש פלוני עם עורך-דינו בנוכחותו של אדם שלישי ואותו אדם שלישי אינו איש סודו, אות הוא שלא ביקש לשוות להתייעצות עם עורך הדין אופי של שיחה סודית, ומטעם זה אין הראיה חסויה.... קל וחומר כאשר אותו אדם שלישי הוא הצד שכנגד בכבודו ובעצמו".

מכלל ה"הן" בפסק הדין הזה, ניתן לשמוע את ה"לאו": כאשר אין מדובר בפגישה עם אדם שלישי (וודאי כאשר אין מדובר בפגישה עם הצד שכנגד) ממנה ניתן להסיק כי הלקוח אינו רואה במידע שעובר בפגישה – כמידע סודי, אלא כאשר מדובר בהעברת חומר לידיה של רשות ניירות-ערך, תוך בקשה לשמור על סודיותו – לא ניתן להסיק מההעברה הזו את ה"אות" כי הלקוח – הבנק – ויתר על החיסיון של המידע המוחלף בינו לבין יועציו המשפטיים.

51. במילים אחרות, כדי לקבוע האם ניתן להסיק מהתנהלותו של הלקוח כי הוא מוותר על החיסיון של חילופי הדברים בינו לבין עורך-הדין, יש לבחון את מכלול הנסיבות הכרוכות בהתנהלות זו: האם מדובר במסירת מידע בנסיבות בהן ניתן להסיק כי הלקוח אינו רואה אותו כסודי, או שמא מדובר בנסיבות בהן ניתן לקבוע כי הלקוח מבקש לחלוק את המידע עם גורם רשמי, הפועל מכוח סמכותו החוקית, תוך שהוא מוסר את המידע תוך בקשה לשמור על סודיותו. בנסיבות בהן לא ניתן ואף לא רצוי להסיק ויתור על סודיות המידע, לא ניתן לקבוע כי על המידע שהועבר לא חל עוד החיסיון. מאחר שאלה הן הנסיבות במקרה דנן, אני סבורה כי העברת המידע לרשות

לניירות-ערך, אין בה כדי לשלול את המסקנה לפיה מדובר במידע שחל עליו חיסיון עורך-דין לקוח, וכי ככזה הבנק אינו חייב לגלותו.

נוכחות גורמים שונים בישיבות הדירקטוריון

52. כפי שהובהר לעיל, בהתאם להלכה הפסוקה בנסיבות מסוימות גם נוכחות של צד שלישי בישיבה בין עורך-הדין ללקוח עשויה להיחשב כוויתור על החיסיון. בישיבות שהפרוטוקולים שלהן הושחרו נכחו – כפי שציין הבנק לבקשת בית-המשפט, אורגנים של הבנק ועובדים שונים שלו. בחלק מהישיבות נכחו אנשי הפיקוח על הבנקים ורואה-החשבון המבקר של הבנק.

אינני סבורה כי נוכחותם של המפקח על הבנקים או של רואה-החשבון המבקר של הבנק יכולים להיחשב כוויתור כזה. בפסק-דין **רובינשטיין** שנוכר לעיל, בית-המשפט מתייחס לפגישה של הלקוח יחד עם עורך-הדין ועם אדם שלישי שאינו "איש סודו". ואולם, רואה-החשבון המבקר של הבנק הוא "איש סודו" (ואף חייב בעצמו בחובת סודיות מסוימת בכפוף לדין - ר' ההפניות בס' 7 למסמך מטעם הבנק שכותרתו "**הודעה בענין פרוטוקולים שצורפו להודעה מיום 7.6.16**"). גם על אנשי הפיקוח על הבנקים חלות בנסיבות שונות הוראות סודיות (כגון **ס' 15א לפקודת הבנקאות**).

לכן, נוכחותם של גורמים אלה איננה שוללת את חיסיון המידע שהוחלף בישיבות בהן הם היו נוכחים, והמבקש עצמו לא טען אחרת.

חסיון מסמכים שהוכנו לצורך הליך משפטי

53. כפי שהבהרתי לעיל, הבנק טען כי על הקטעים שהושחרו על-ידיו חל גם החיסיון על "מסמכים שהוכנו לצורך הליך משפטי". לאור המסקנה שלי בהחלטה זו לעיל, אינני רואה צורך להתייחס לטענה זו באופן מפורט. נזכיר רק כי חיסיון זה איננו חיסיון מוחלט אלא יחסי, וכי לכן בית-המשפט רשאי לקבוע כי הוא ייסוג מפני האינטרס של גילוי האמת.

הלכה הפסוקה אשר התייחסה לחיסיון זה קבעה כי -

"מן הראוי לאבחון בין חסיון עורך דין לקוח לחסיון מסמכים משפטיים. החיסיון האחרון מעוגן בהלכה הפסוקה והוא חל על מסמכים שהוכנו לצורך התדיינות משפטית תלויה ועומדת או התדיינות משפטית צפויה, וזאת גם בנסיבות בהן היתה קיימת הסתברות בלבד כי יתנהל משפט בעתיד" (ר' פס"ד אברג'יל).

54. לכן, אלמלא הייתי קובעת כי אין מקום לגלות את המידע שהושחר מכוח חיסיון עורך-דין – לקוח, היה מקום לבחון את השאלה האם חל על המידע החיסיון מסמכים משפטיים. במסגרת זו היה מקום לבחון האם הוכיח הבנק כי מדובר במסמכים שהוכנו לצורך התדיינות משפטית צפויה, והאם לאור מכלול הנסיבות היה מקום להורות על חיסיון המסמכים, או לעשות שימוש ביחס לחלקם בשיקול הדעת המסור לבית המשפט ולהורות על גילויים. כאמור, אינני נדרשת לשאלות אלה משום שהדיון בהם התייתר.

הטענה בדבר העדר הרלוונטיות של המסמכים מחוץ ב'

55. כפי שהובהר בראשית הדברים, הבנק טען כי המסמכים בחוץ ב' לקלסר שהוגש על-ידיו, אינם רלוונטיים לדיון בבקשת האישור של התביעה הייצוגית, משום שמדובר בפרוטוקולים של הבנק משנת 2013, בעוד שהבקשה מתייחסת לדיווחי הבנק מהרבעון השני והשלישי בשנת 2014.

אינני מקבלת את הטענה. כידוע, שאלת הרלוונטיות של מסמכים נבחנת על-ידי בית-המשפט באופן ליברלי. לכן, גם מידע שהיה ידוע לבנק בתקופה המוקדמת למועד נושא התביעה, עשוי להשליך על מצב הדברים כפי שהיה בתקופה הרלוונטית לתביעה, וככזה – אין מקום למנוע את העיון בו (מטעמים של חוסר רלוונטיות).

מעבר לכך, בהחלטה מיום 2.2.16 היתה התייחסות לנושא הרלוונטיות, ואינני סבורה כי מן הראוי "לפתוח" נושא זה פעם נוספת במסגרת ההחלטה הנוכחית. כך עולה גם מההחלטה שניתנה במסגרת ישיבת יום 17.5.2016, בה צוין כי הבנק יעביר לבית המשפט את המסמכים שהוא מבקש להשחיר, כדי שבית-המשפט יבחן שני נושאים בלבד - את נושא חיסיון עורך-דין לקוח, ואת נושא החיסיון שחל על מסמכים שהוכנו לצורך הכנה להליכים משפטיים עתידיים. נקבע כי בית המשפט ייתן החלטה ביחס לכל אחד מהעניינים הללו. לא ניתנה לבנק אפשרות במסגרת ההחלטה הזו לחזור ולהעלות טענות לגבי הרלוונטיות של המסמכים.

בחינת הקטעים המושחרים על ידי בית המשפט

56. לאור כל האמור לעיל, בחנתי בקפידה את המסמכים שהובאו לעיוני על ידי הבנק, כדי לוודא שכל המידע ה"מושחר" בהם אכן מתייחס למידע שחל עליו חיסיון עורך דין לקוח.

בטרם אתייחס למסמכים באופן ספציפי, ברצוני להביא מדברי בית-המשפט העליון בענין היינץ. באותו ענין התייחס בית המשפט למנגנון המקובל בשיטה המשפטית

הישראלית ביחס לבירור שאלת תחולת החיסיון – כאשר הנוהג הוא כי הכרעה בנושא זה מובאת לפתחו של בית-המשפט. בית המשפט הוסיף והתייחס לקושי האפשרי הכרוך בכך, וציין כי:

"... הרחבת החיפוש לתכתובת אלקטרונית שבה מתרכזים כיום רוב חילופי הדברים והמסמכים הכרוכים בפעילויות שונות, עלולה לגרום לכך שהבאת התוצרים כולם בפני ביהמ"ש תיצור מצב בלתי-אפשרי ליישום עקב כמויות החומר. לפיכך, ראוי לשקול אם אכן זהו האמצעי היחיד למיין החומר ולהכרעה בטענות חיסיון".

בית-המשפט אף הפנה לאופן הפעולה בבתי-המשפט בארצות הברית, שם יכול בית המשפט למנות מומחה לסיווג החומר או (במקרה של הליך פלילי) להקים צוות בדיקה המורכב מסוכנים ותובעים שאינם מעורבים בחקירה, על-מנת שצוות זה יבחן את הקבצים (ותוך שנאסר על המשתתפים בצוות הבדיקה לחלוק מידע עם רשויות התביעה). עוד מציין בית-המשפט כי גם בישראל ניתן בהסכמה ובמקרים מתאימים לנקוט בהליכים שיקלו על בית-המשפט ועל הצדדים להליך.

57. אני מציינת את הדברים משום שלאחרונה מונחות לפני בית-המשפט בקשות רבות מאוד במסגרתן התגלעו חילוקי-דעות בין הצדדים ביחס למסמכים שונים שגילויים מתבקש. המחלוקות מתייחסות הן לשאלת חיסיון המסמכים (כמו במקרה דנן) והן לשאלות אחרות – מידת הרלוונטיות של המסמכים, האם הם מכילים סודות מסחריים ועוד כיו"ב עניינים. הצדדים – בהתאם לנוהג שצוין לעיל – מבקשים להעביר את ההכרעה בשאלות אלה לבית-המשפט. אלא שריבוי המקרים, כמויות החומר ההולכות וגדלות, וריבוי המחלוקות ביחס למסמכים או חלקי מסמכים, פרוטוקולים וחלקי פרוטוקולים שאחד הצדדים מבקש שלא לחשוף – יש בו כדי לעורר מחשבה אודות מנגנוני בחינה אלטרנטיביים.

מנגנונים כאלה – כמו מינוי גורם אובייקטיבי שיבחן את המסמכים וכריע בשאלת הגילוי שלהם, עשויים להקל על העומס המוטל על בית-המשפט במקרים אלה, ולאפשר קביעה אילו מבין מכלול המסמכים הם נחוצים ורלוונטיים. כל עוד הצדדים אינם מסכימים למנגנון כזה, יתכן שיש קושי ביישומו, אולם אינני רואה לנכון לקבוע מסמרות בנושא זה במקרה דנן, בו יכול היה בית-המשפט לעבור על החומר ולקבוע על אילו חלקים בו חל החיסיון.

סוף דבר

58. לאחר שעיינתי בכל החומר בקלסרים, אני קובעת כי יש להתיר לבנק להשחיר את כל הקטעים שהושחרו על-ידי **למעט הקטעים הבאים**:

- פרוטוקול 12/2014 מיום 17.11.2014, עמ' 2 לפרוטוקול, הקטעים המתחילים במילים "א. פרשר: רק רגע. ל. עופר שאלה מה האמריקאים מחפשים...." ומסתיימים במילים "קודם כל רשימת שמות".
- פרוטוקול ועדת ביקורת 21/2014 מיום 4.8.2014 – 3 הקטעים המושחרים למעט הקטע הראשון (דברי א. זליגמן, דברי א. רנן, דברי א. פרשר).
- מכתב מיום 22.2.2015 למר שלמה וינר, חשח/10072/15 עמ' 2 ועמ' 3.
- מכתב למר צורי תמם מיום 17.12.2014 חשח/10058 – כל המכתב.
- הודעת מייל למר אביב מנו מיום 18.12.2014 13:24 – כל ההודעה.
- מכתב מיום 3.2.2015 חשח/10070/15 – עמ' 2, בעמ' 3 – סעיפים 2-3 תחת הכותרת "הכרה בהפרשה".
- פרוטוקול ישיבת דירקטוריון 08/2013 מיום 27.5.2013 – דברי א. פרשר בשורה הראשונה.
- פרוטוקול ישיבת דירקטוריון 21/2013 מיום 2.12.2013 – דברי א. פרשר.

ב"כ הבנק יעביר לב"כ המבקש את המסמכים המושחרים, בכפוף לאמור בהחלטה זו בס' 58 לעיל.

יובהר כי המסמכים יועברו לעיון ב"כ המבקש בלבד, בכפוף להתחייבות שלו לשמור על סודיות המסמכים והתחייבות כי לא יעשה בהם שימוש אלא לצורך בקשת האישור.
אין צו להוצאות.

ניתנה היום, ט"ז סיוון תשע"ו, 22 יוני 2016, בהעדר הצדדים.

רות רוני 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

אסמכתא 16

פרי"ק 14-04-48403 (מחוזי חי'')
רודיצקי ני ט.ב מתקדמים בכספים
בע"מ (פורסם בנבו, 27.12.2015)

עמ' 202

בית המשפט המחוזי בחיפה

27 דצמבר 2015

פר"ק 14-04-48403 רודניצקי ואח' נ'
ט.ב. מתקדמים בכספים בע"מ ואח'

בקשה מס' 94

בפני כבוד השופט דר' עדי זרנקין

החברה	ט.ב. מתקדמים בכספים בע"מ (בפירוק)
המנהל המיוחד	עו"ד ליאור מזור
בירמן	עו"ד אמיר בירמן
טפירו	יחיאל שמעון טפירו
הרשות	הרשות לניירות ערך
הכונ"ר	הכונס הרשמי

חקיקה שאוזכרה:

[חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968](#)

החלטה

1. הרשות לניירות ערך מנהלת חקירה, שעניינה התנהלותה של החברה שבפירוק, אשר נשלטה ע"י עו"ד אמיר בירמן וע"י מר יחיאל טפירו, עובר לקריסתה של החברה, כאשר החשד העיקרי אשר נבדק על ידה, הינו שהחברה גייסה עשרות מיליוני שקלים ממאות משקיעים, ללא תשקיף, כמתחייב מהוראות [חוק ניירות ערך](#), וזאת תוך הטעיית המשקיעים ואי עמידה בהתחייבויותיה כלפיהם.

החשד העיקרי מופנה כלפי עו"ד אמיר בירמן וכן כלפי מר יחיאל טפירו, והם חשודים אף בכך שהשתמשו בכספי המשקיעים לצרכיהם הפרטיים, כאשר ההשקעות, בין היתר מכספי המשקיעים, בוצעו בחברה אחרת שנשלטה ע"י טפירו – חב' קפיטל פרופיט בע"מ, אשר אף היא נכנסה לפירוק.

לגבי עו"ד בירמן, חוקרת הרשות לניירות ערך אף את הטענה, כי הוא ניהל מו"מ עם המשקיעים, כאשר הציג עצמו כעו"ד של החברה, תוך הסתרת עובדת היותו שותף בחברה. הרשות מטעימה, כי לעו"ד בירמן היו אם כן, כמה "כובעים", הן של שותף בחברה, הן של עורך הדין והיועץ המשפטי שלה, ובמהלך חקירתו של מר בירמן, טען הוא לחיסיון עו"ד-לקוח על מסמכים, אשר נעשו בקשר עם עסקיה של החברה, עובר לקריסתה.

- יוער, כי קריסתה של החברה וכניסתה להליכי חדלות פירעון, אירעה בסמוך לאחר שהרשות לניירות ערך דרשה מהחברה לחדול מגיוס כספים ממשקיעים, בטענה כי מדובר בגיוס הנוגד את החוק.
2. הרשות לניירות ערך פנתה למנהל המיוחד, עו"ד ליאור מזור, וביקשה ממנו כי יוותר, בשם החברה שבפירוק, על חיסיון עו"ד-לקוח בכל הקשור להתנהלותה של החברה, עובר למתן צו הפירוק, והמנהל המיוחד הגיש בקשה למתן הוראות בקשר עם בקשתה זו של הרשות לניירות ערך.
3. עו"ד בירמן מתנגד תכלית התנגדות לבקשת הרשות לניירות ערך וטוען, בין היתר, שאין זה מתפקידו של המנהל המיוחד לוותר על החיסיון בשם החברה, ומעשה כזה חורג ממסגרת הסמכויות שהוקנו לו, בעת שמונה לתפקידו, וכי עניין זה מן הדין שיתגלגל לפתחם של מי שהיו בעלי השליטה בחברה, ערב כניסתה לחדלות פירעון.
- עוד נטען, כי הוויתור אין בו כדי לשרת את המנהל המיוחד בעת מילוי תפקידו, ואין הוא אף מקדם את האינטרסים של הנושים השונים בקידומו של הסדר הנושים, אשר אושר בתיק זה.
- עו"ד בירמן מדגיש בהתנגדותו את החשיבות הגלומה בשמירתו הקפדנית של חיסיון עו"ד-לקוח, בהיותו מגלם אינטרס ציבורי חיוני, הבא להבטיח שכל אדם יוכל להיוועץ בעורך דינו ללא חשש, כי האינפורמציה שתועבר במסגרת הייעוץ, תוכל לשמש כנגדו בעתיד.
- עו"ד בירמן אף טוען, כי עומדת לו הזכות של אי הפללה עצמית.
4. הרשות לניירות ערך מדגישה את החשיבות הציבורית הרבה לחקירת התנהלותה של החברה ושל בעלי השליטה בה, עובר לקריסתה, וכי מן הדין שבית המשפט יאפשר למנהל המיוחד, לוותר על החיסיון, על מנת שהרשות תוכל להשלים מלאכתה כראוי.
5. המנהל המיוחד ציין, כי הוא איננו מתנגד להסרת החיסיון, וכי אחד העקרונות המשמשים נר לרגליו, בעת פעולתו כבעל תפקיד מטעם בית המשפט, הוא עיקרון שיתוף הפעולה עם הרשויות הפועלות על פי דין, והרשות לניירות ערך בכללן.
6. ב"כ הכונס"ר תומך אף הוא בהסרת החיסיון ומבהיר, כי אין לטעמו, כל מניעה להסיר החיסיון ביחס לכל המסמכים, בהם נתן עו"ד בירמן ייעוץ לחברה.
7. לדעתי, אין כל מניעה, ואף ראוי הדבר, לאפשר לרשות לניירות ערך, לבצע את חקירתה באופן יסודי ולחשוף בפניה את המסמכים שנעשו ושהוחלפו, בין החברה לבין עו"ד בירמן, וכי יש להסיר, לשם כך, את החיסיון עו"ד-לקוח, להם טוען מר בירמן בעת חקירתו ע"י הרשות לניירות ערך.
- משקרסו עסקיה של החברה והיא נקלעה להליכי חדלות פירעון, כי אז שליטת בעלי השליטה הקודמים בחברה, הופקעה מהם, על קרבה וכרעיה, והוקנתה לבעל התפקיד, אשר מונה ע"י בית המשפט.

מבחינתה של החברה, בעל הדבר בעניין ויתור על החיסיון, איננו עוד בעל השליטה בחברה, אלא האורגן שמונה ע"י בית המשפט לנהל את ענייניה, בהליך חדלות הפירעון הקולקטיבי.

8. לגופו של עניין, החברה קרסה תוך שהיא משאירה מאות משקיעים קטנים, אשר נענו להבטחותיה-הפצרותיה, ולמצגים שהציגה בפניהם, והשקיעו בה ממיטב כספם ומחסכוונותיהם היחידים, ונותרו וידם על ראשם.

בנסיבות הללו, יש בהחלט הצדקה, מבחינת האינטרס הציבורי, שהרשות לניירות ערך תבדוק את התנהלותה של החברה עובר לקריסתה, והמנהל המיוחד, כידו הארוכה של בית המשפט, ראשי, ובענייננו אף חייב, לוותר בשם החברה על החיסיון עו"ד-לקוח, בקשר ליעוץ המשפטי והטיפול המשפטי שניתן לחברה ע"י עו"ד בירמן, ואני מורה לו כך לעשות.

9. בקשת הרשות לניירות ערך מן המנהל המיוחד להסרת החיסיון, התייחסה, מלכתחילה, למסמכים ולייעוץ שניתן ע"י עו"ד בירמן בחברת ט.ב. מתקדמים בכספים בע"מ, אולם במהלך הדיון ביקש נציג הרשות לניירות ערך, כי הסרת החיסיון תחול אף בקשר עם המסמכים שנעשו ע"י עו"ד בירמן במסגרת ייעוץ משפטי שנתן לחברת קפיטל פרופיט בע"מ, אשר, כאמור, נשלטה בעבר ע"י מר יחיאל טפירו.

עו"ד בירמן נתבקש להתייחס אף להסרת החיסיון בחברה זו, והוא השיב כי אותם טיעונים שעמדו ביסוד התנגדותו להסרת החיסיון בחברת ט.ב., חלים אף על קפיטל פרופיט. המנהל המיוחד וכן אף הכונס, מסכימים לבקשה להסרת החיסיון, אף בחברת קפיטל פרופיט.

מר טפירו לא נכח בדיון, לאחר שביקש להיעדר ממנו, משהודיע כי אין לו התנגדות להסרת החיסיון כלפי עו"ד בירמן בקשר עם חברת ט.ב., ובקשתו נענתה.

אף שקבעתי, כאמור, כי בעל הדבר בהסרת החיסיון הינו המנהל המיוחד, ולא מי שהיה בעל השליטה, עובר לכניסתה של החברה להליכי חדלות פירעון, בכל זאת חשבתי כי ראוי שמר טפירו יגיש אף הוא תגובה לעניין הסרת החיסיון כלפי עו"ד בירמן, בקשר עם חברת קפיטל פרופיט בע"מ, ואני מורה לו לעשות כן, תוך 7 ימים מהיום, ולאחר קבלת התייחסותו, אתן החלטה אף בעניין חברה זו.

המזכירות תמציא עותק החלטה זו לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ט"ו טבת תשע"ו, 27 דצמבר 2015, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, תיקיה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

ד"ר עדי זרנקין 54678313-/-
ניסוח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

17 אסמכתא

**Weil Ceramics & Glass_ Inc. v.
Work_ 110 F.R.D. 500**

עמ' 206



Date and Time: Saturday, December 18, 2021 12:54:00 PM EST

Job Number: 160231940

Document (1)

1. [Weil Ceramics & Glass, Inc. v. Work, 110 F.R.D. 500](#)

Client/Matter: -None-

Search Terms: Weil Ceramics & Glass, Inc. v. Work, 110 F.R.D. 500 (E.D.N.Y. 1986)

Search Type: Natural Language

Narrowed by:

Content Type
Cases

Narrowed by
-None-



Caution

As of: December 18, 2021 5:54 PM Z

Weil Ceramics & Glass, Inc. v. Work

United States District Court for the Eastern District of New York

February 18, 1986, Decided ; February 19, 1986, Filed

Nos. 83 CV 4149, 84 CV 1964 (Glasser, J.)

Reporter

110 F.R.D. 500 *; 1986 U.S. Dist. LEXIS 29240 **

WEIL CERAMICS & GLASS, INC., a New York corporation, Plaintiff, v. Edward WORK, an Individual; Dolores Work, an Individual; Karen-Leslie Co., a Partnership and Karen-Leslie Co., Inc., a New York corporation, Defendants. KAREN-LESLIE CO., INC., a New York corporation, Counterplaintiff, v. DISENOS ARTISTICOS E INDUSTRIALES, S.A., a Spanish corporation; Weil Ceramics and Glass, Inc., a New York corporation and Lladro, S.A., a Spanish corporation, Counterdefendants

Core Terms

PRIVILEGED, legal advice, attorney-client, documents, transmittal, seek legal advice, patent, communications, preparation, discovery, figurines, trademark, advice, cases, confidentiality, parties, community of interest, infringement, disclosure

Case Summary

Procedural Posture

Defendants, individual corporate officers, a corporate reseller, a corporate copyright owner and a corporate manufacturer, sought an in camera review of documents plaintiffs, corporate copyright owner and importers, refused to produce and claimed as privilege. Defendants challenged the assertion of privilege as to

some 200 documents in question.

Overview

Plaintiff corporate copyright owner filed suit against defendants, corporate reseller, individual corporate officers, corporate copyright owner, and a corporate manufacturer, charging copyright infringement. Several months later, plaintiff importers filed suit against the same defendants claiming trademark violations. The cases were consolidated. In the course of discovery, plaintiffs refused to produce certain documents, asserting either attorney-client privilege or attorney work product immunity. Defendants requested that the court conduct an in camera review of the documents as to which a privilege was asserted. The court issued a memorandum and order holding that certain documents of the 200 documents claimed to be privileged by plaintiffs were not privileged because either the document was not an attorney-client communication, the document was primarily concerned with technical or business information, the document did not seek or give legal advice, or the document was not prepared in anticipation of litigation. The court ordered that all documents designated as not privileged were to be produced within 10 days of the court's order.

Outcome

The court issued a memorandum and order holding that certain documents of the 200 documents claimed to be

privileged by plaintiffs, corporate copyright owner and importers, were not privileged, and the court ordered that all documents designated as not privileged were to be produced within 10 days of the court's order.

LexisNexis® Headnotes

Civil Procedure > Discovery & Disclosure > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > General Overview

Trademark Law > Causes of Action Involving Trademarks > Infringement Actions > Discovery

[HN1](#) [↓] Civil Procedure, Discovery & Disclosure

In order for these communications to be privileged, there must be a community of interest between the parties asserting the privilege. A community of interest exists where persons or corporations have an identical legal interest with respect to the subject matter of a communication between an attorney and a client.

Civil Procedure > ... > Privileged Communications > Work Product Doctrine > Waiver of Protections

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > Waiver

Civil Procedure > ... > Privileged Communications > Work Product Doctrine > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client

Privilege > General Overview

[HN2](#) [↓] Work Product Doctrine, Waiver of Protections

The sharing of information between counsel for parties having common interests does not destroy the work product privilege, during the course of the litigation.

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > Waiver

Trademark Law > Causes of Action Involving Trademarks > Infringement Actions > Discovery

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > General Overview

[HN3](#) [↓] Attorney-Client Privilege, Waiver

Any breach of confidentiality between attorney and client, with limited exceptions, constitutes a waiver. One recognized exception to this rule is the common-defense rule which allows counsel for co-defendants to share privileged information without fear of waiver. Another exception is the community of interest rule which might extend to non-parties. This latter rule is limited to those situations involving either the legal duty to defend another entity or the common interest arising from a client transaction between two separate entities which are represented by the same attorney.

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > General Overview

Trademark Law > Causes of Action Involving Trademarks > Infringement Actions > Discovery

[HN4](#) [↓] Privileges, Attorney-Client Privilege

The attorney-client protection provided for corporate

clients includes, the corporation who retained an attorney, its parent, and its wholly-owned and majority-owned subsidiaries considered collectively.

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Elements

Legal Ethics > Client Relations > Duties to
Client > Duty of Confidentiality

Civil Procedure > ... > Discovery > Privileged
Communications > General Overview

Evidence > Privileges > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Waiver

[HN5](#) **Attorney-Client Privilege, Elements**

The attorney-client privilege promotes complete disclosure between attorney and client and protects confidential communications between them. To establish a claim of attorney-client privilege, the following conditions must be met: (1) the asserted holder of the privilege is or sought to become a client, (2) the person to whom the communication was made (a) is a member of the bar of a court, or his subordinate and (b) in connection with this communication is acting as a lawyer, (3) the communication relates to a fact of which the attorney was informed (a) by his client (b) without the presence of strangers (c) for the purpose of securing primarily either (i) an opinion on law or (ii) legal services or (iii) assistance in some legal proceeding, and not (d) for the purpose of committing a crime or tort, and (4) the privilege has been (a) claimed and (b) not waived by the client.

Civil Procedure > ... > Statute of
Limitations > Tolling of Statute of
Limitations > Discovery Rule

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > Exceptions

Civil Procedure > Discovery & Disclosure > General
Overview

Civil Procedure > ... > Discovery > Privileged
Communications > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client
Privilege > General Overview

[HN6](#) **Tolling of Statute of Limitations, Discovery Rule**

The privilege will not conceal everything said and done in connection with an attorney's legal representation of a client in a matter. The attorney-client privilege is narrowly construed as an exception to the basic discovery rule which favors disclosure. The court must, on a case-by-case basis, weigh the general purpose of the privilege, to protect the confidentiality of the attorney-client relationship, against the truth-seeking role of discovery.

Civil Procedure > ... > Discovery > Privileged
Communications > General Overview

[HN7](#) **Discovery, Privileged Communications**

Discovery's truth-seeking function has its roots in the fundamental principle that the public has a claim to every man's evidence. Congress intended that discovery in federal courts be broad and liberal to adequately inform litigants before trial. Discovery's truth-

seeking functions are rarely outweighed by considerations of confidentiality or privacy. In an in camera review of documents, the party asserting the privilege bears the burden of proof.

Civil Procedure > ... > Discovery > Privileged Communications > General Overview

Evidence > Privileges > Attorney-Client Privilege > General Overview

[HN8](#) Discovery, Privileged Communications

Communications between an attorney and client in patent cases may be protected. Courts have remained firm in denying privileged status to documents that contain essentially technical or business data and are not primarily legal in nature. The party claiming the privilege must clearly show that a document renders legal advice and does not merely contain facts later disclosed in a patent or trademark application. Communications to an attorney who is merely a conduit for information that eventually finds its way to the Patent Office or to a third party, are not privileged because they lack confidentiality.

Civil Procedure > ... > Discovery > Privileged Communications > General Overview

Civil Procedure > Discovery & Disclosure > General Overview

Civil Procedure > ... > Discovery > Methods of Discovery > General Overview

Civil Procedure > ... > Discovery > Methods of Discovery > Inspection & Production Requests

[HN9](#) Discovery, Privileged Communications

A party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under [Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(1\)](#) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or by or for that other party's representative only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials. [Fed. R. Civ. P. 26\(b\)\(3\)](#).

Civil Procedure > ... > Privileged Communications > Work Product Doctrine > General Overview

[HN10](#) Privileged Communications, Work Product Doctrine

Work product immunity does not shield all materials prepared by a lawyer. It applies only to documents such as memoranda, preliminary drafts of documents, recorded mental impressions, opinions, or conclusions of an attorney that were prepared with an eye towards litigation. It does not apply to materials assembled in the ordinary course of business, or pursuant to public requirements unrelated to litigation or for other non-litigation purposes. The prospect of litigation may not be so remote as to be a mere possibility.

Civil Procedure > ... > Privileged Communications > Work Product Doctrine > General Overview

[HN11](#) Privileged Communications, Work Product Doctrine

To determine when the shift from ordinary business to anticipation of litigation has occurred, the court must look at the facts of each case and determine whether the attorney reasonably concluded, at the time the documents was prepared, that a substantial probability

of litigation existed. If the prospect of litigation is identifiable because of specific claims that have already arisen, the fact that, at the time the document is prepared, litigation is still a contingency has not been held to render the privilege inapplicable.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

[HN12](#) Privileged Communications, Work Product Doctrine

Documents containing an attorney's comments on technical information, legal advice, or preparation in anticipation of administrative proceedings, may be privileged under the work product doctrine.

Civil Procedure > ... > Privileged
Communications > Work Product
Doctrine > General Overview

[HN13](#) Privileged Communications, Work Product Doctrine

Documentary material relating both to ex parte applications for a patent, as well as patent interference proceedings, were subject to a claim of privilege. The work product privilege does apply to ex parte patent prosecutions, but only as to those documents which exhibit an attorney's concern with possible future litigation.

Judges: **[**1]** Shira A. Scheindlin, United States Magistrate

Opinion by: SCHEINDLIN

Opinion

[*501] MEMORANDUM and ORDER

I. FACTUAL BACKGROUND

Lladro S.A. is a Spanish corporation, which manufactures porcelain products, including porcelain figurines. The figurines are manufactured in accordance with designs prepared by Diseños Artísticos E Industriales S.A. ("DAISA"), another Spanish corporation. DAISA owns copyrights, both U.S. and foreign, on many of the Lladro figurines. Weil Ceramic & Glass, Inc. ("Weil"), a New Jersey corporation, imports and distributes these figurines in the United States and allegedly owns the United States trademark rights and the registration for the Lladro trademark. These three corporations are related. Each is wholly owned by Sodigei, S.A., a Spanish corporation, which, in turn, is owned by the Lladro brothers. Karen-Leslie Co., Inc., ("Karen-Leslie") a New York corporation, is engaged in the acquisition and resale of hard goods, including Lladro porcelain figurines. Defendants Edward and Dolores Work are officers of Karen-Leslie.

On September 19, 1983, DAISA filed suit against Karen-Leslie, and Edward and Dolores Work, charging copyright infringement. On May 3, **[**2]** 1984, Weil also filed suit against the same defendants claiming trademark violations. Plaintiffs allege that defendants have violated plaintiffs' copyrights to Lladro figurines by importing these figurines into the United States from abroad for the purpose of resale, without the authority of the copyright owner. Plaintiffs similarly allege that their trademark rights are infringed by the importation of the Lladro figurines without the authority of the owner of the United States **[*502]** trademark. *See* Plaintiff's Opposition to Defendants' Motion for Summary Judgment at 1-2. In both cases, which have now been consolidated, defendants have denied the infringement charges and have asserted a counterclaim accusing

plaintiffs of violating the antitrust laws by unlawfully restricting the trade in Lladro figurines.

Four dispositive motions have already been made in this extended and taxing litigation. Plaintiffs moved under [Fed.R.Civ.P. 12\(b\)\(6\)](#) and [56](#) to dismiss the antitrust counterclaim. Both motions were denied. Plaintiffs then unsuccessfully moved for summary judgment on their trademark infringement claims. Finally, defendants have moved for summary judgment on both the copyright **[**3]** and trademark infringement claims. The last two motions for summary judgment are awaiting decision.

A great deal of discovery has taken place by all parties during the pendency of these lawsuits. In the course of producing documents, plaintiffs DAISA and Weil have refused to produce a number of documents asserting either the attorney-client privilege and/or the attorney work product doctrine. At defendants' request, this court conducted *in camera* review of close to 200 documents as to which plaintiffs claim a privilege.

I have adopted the same document classification system employed by defendants, in its letter listing the documents produced, but have numbered the documents within each category.

I. *Communications between Attorney and Clients*

According to plaintiffs, documents in this category include "communications directly between plaintiffs, corporate clients, and their attorneys acting in their professional capacity and concern the seeking or provision of legal advice"

II. *Communications Protected by Work-Product Privilege*

As to this category of documents, plaintiffs argue that "defendant has not made any showing of substantial need and undue prejudice **[**4]** to justify their

production"

III. *Privileged Communications of Questioned or Tangential Relevance*

Plaintiffs question the relevance of these documents but do not assert that they are privileged. Rather they appear concerned that production of these documents might result in an inadvertent waiver of the privilege to other documents.

II. DISCUSSION

A. *Commonality of Interest Among Plaintiffs and Counterclaim Defendants*

One issue must be addressed at the outset. Many of the documents reveal correspondence between Lladro and DAISA or DAISA and Weil. Often counsel for one corporation wrote to counsel for another. [HN1](#) In order for these communications to be privileged, there must be a "community of interest" between the parties asserting the privilege. A community of interest exists where persons or corporations have an identical legal interest with respect to the subject matter of a communication between an attorney and a client. [Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146, 1172 \(D.S.C. 1975\)](#).

In *Duplan*, the court gave extensive treatment to the issue of waiver of both the attorney-client and work-product privileges in the context **[**5]** of sharing materials covered by these privileges among a number of separate corporations, both parties and non-parties. The situation with regard to work product material appears to be well-settled. [HN2](#) "The sharing of information between counsel for parties having common interests does not destroy the work product privilege, during the course of the litigation." *Id. at 1172* (citing [Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Co., 26 F.R.D. 572, 578 \(S.D.N.Y. 1960\)](#)).

The attorney-client privilege is a narrower privilege precisely because its protection is absolute. [HN3](#) Any breach of confidentiality between attorney and client, with limited exceptions, constitutes a waiver. One recognized exception to this rule is the "common-defense [*503] rule" which allows counsel for co-defendants to share privileged information without fear of waiver. See [United States v. McPartlin, 595 F.2d 1321, 1336](#) (7th Cir.) cert. denied, 444 U.S. 833, 62 L. Ed. 2d 43, 100 S. Ct. 65 (1979) (cases cited therein). Another exception is the "community of interest" rule which might extend to non-parties. This latter rule is limited to those situations involving either the legal duty to defend another [**6] entity or the common interest arising from a client transaction between two separate entities which are represented by the same attorney. Thus, in *Duplan*, one corporation which was not a party was covered by the community of interest rule because it was required to act as legal patent advisors to two of the parties. [Id. at 1175](#). Thus, communications to or from that corporation were privileged.

Another non-party, in *Duplan*, the exclusive U.S. licensee under the patents in suit was not found to be party to the "community of interest". Although one of the parties did have a duty to defend this corporation, the duty was not exercised because the corporation was not sued. Thus, communications of privileged material to that corporation constituted a waiver.

Here, communications between Lladro, DAISA and Weil are privileged both as a legal matter and a formal matter. All three of these corporations are named as co-defendants and co-conspirators in an antitrust counterclaim asserted against them by Karen-Leslie. Thus the "common-defense" rule allows a free exchange of privileged matter between these parties. Secondly, the "community of interest" rule also applies. Although Lladro [**7] is not a party-plaintiff in these consolidated actions, it is joined with DAISA and Weil,

as a counterclaim-defendant in both actions. Thus, all share an *identical* legal interest in the outcome of the action.

Finally, as a factual matter, the three corporations among whom documents were freely exchanged, are related companies, sharing a single grandparent, SODIGEI, S.A.. In *United States v. American Telephone and Telegraph Co.*, 86 F.R.D. 603, 616 (D.D.C. 1979), the court directed that [HN4](#) the attorney-client protection provided for corporate clients includes, the corporation who retained an attorney, its parent, and its wholly-owned and majority-owned subsidiaries considered collectively. See also [United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. 357, 359 \(D. Mass. 1950\)](#). Following these authorities, this court concludes that the attorney-client privilege protects disclosures between these corporations and their attorneys.

B. Attorney-Client Privilege

1. In General

[HN5](#) The attorney-client privilege promotes complete disclosure between attorney and client and protects confidential communications between them. 8 Wigmore *Evidence* § 2291 (McNaughton Rev. [**8] 1961); see also [Burlington Industries v. Exxon Corporation, 65 F.R.D. 26, 32 \(D.Md. 1974\)](#). To establish a claim of attorney-client privilege, the following conditions must be met:

- (1) the asserted holder of the privilege is or sought to become a client;
- (2) the person to whom the communication was made (a) is a member of the bar of a court, or his subordinate and (b) in connection with this communication is acting as a lawyer;
- (3) the communication relates to a fact of which the attorney was informed (a) by his client (b) without the presence of strangers (c) for the purpose of securing primarily either (i) an opinion

on law or (ii) legal services or (iii) assistance in some legal proceeding, and not (d) for the purpose of committing a crime or tort; and (4) the privilege has been (a) claimed and (b) not waived by the client.

[United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. at 358-359.](#)

[HNG](#) [↑] The privilege "will not conceal everything said and done in connection with an attorney's legal representation of a client in a matter." [Matter of Fischel, 557 F.2d 209, 212 \(9th Cir. 1977\).](#) The privilege also does not allow business affairs to be conducted in secret. [Id. at \[**9\] 211.](#) Rather, the [\[*504\]](#) attorney-client privilege is narrowly construed as an exception to the basic discovery rule which favors disclosure. The court must, on a case-by-case basis, weigh the general purpose of the privilege--to protect the confidentiality of the attorney-client relationship--against the truth-seeking role of discovery.

[HNT](#) [↑] Discovery's truth-seeking function has its roots in the fundamental principle "that the public has a claim to every man's evidence." 8 Wigmore, *Evidence* § 2192 at 71 (McNaughton Rev. 1961). Congress intended that discovery in federal courts be broad and liberal to adequately inform litigants before trial. *See Schlagenhauf v. Holder, 379 U.S. 104, 114-115, 13 L. Ed. 2d 152, 85 S. Ct. 234 (1964).* Discovery's truth-seeking functions are rarely outweighed by considerations of confidentiality or privacy. Thus, in an *in camera* review of documents, the party asserting the privilege bears the burden of proof. [Duplan, 397 F. Supp. at 1161.](#)

2. Patent Cases

Courts formerly did not apply the attorney-client privilege to patent cases because they viewed a lawyer's role in patent matters as solely of a business or technical nature. [\[**10\] See Zenith Radio Corp. v.](#)

[Radio Corp. of America, 121 F. Supp. 792, 793-794 \(D. Del. 1954\).](#) However, in [Sperry v. State of Florida, 373 U.S. 379, 383, 10 L. Ed. 2d 428, 83 S. Ct. 1322 \(1963\),](#) the Supreme Court held that preparing and prosecuting patent applications involves the practice of law. Thus, cases following *Sperry* have held that [HNB](#) [↑] communications between an attorney and client in patent cases may be protected. *See, e.g., Status Time Corporation v. Sharp Electronics Corp., 95 F.R.D. 27, 30 (S.D.N.Y. 1982); Hercules Inc. v. Exxon Corp., 434 F. Supp. 136, 147 (D. Del. 1977); Garrison v. General Motors Corp., 213 F. Supp. 515, 519 (S.D. Cal. 1963).*

Courts have remained firm, however, in denying privileged status to documents that contain essentially technical or business data and are not primarily legal in nature. The party claiming the privilege must clearly show that a document renders legal advice and does not, for example, merely contain facts later disclosed in a patent or trademark application. [Burlington Industries v. Exxon Corp., 65 F.R.D. 26, 39 \(D.Md. 1974\); see also Hercules, 434 F. Supp. at 147; SCM Corp. v. Xerox Corp., 70 F.R.D. 508, \[**11\] 515 \(D. Conn. 1976\)](#) ("legal departments are not citadels in which public, business or technical information may be placed to defeat discovery and thereby ensure confidentiality."); [Jack Winter, Inc. v. Koratron Co., Inc., 54 F.R.D. 44, 47 \(N.D. Cal. 1971\); cf. Colton v. United States, 306 F.2d 633, 638 \(2d Cir. 1962\), cert. denied, 371 U.S. 951, 9 L. Ed. 2d 499, 83 S. Ct. 505 \(1963\).](#) Therefore, communications to an attorney who is merely a conduit for information that eventually finds its way to the Patent Office or to a third party, are not privileged because they lack confidentiality. [Duplan, 397 F. Supp. at 1168; Hercules, 434 F. Supp. at 143, 148; see also Jack Winter, Inc., 54 F.R.D. at 47.](#)

C. Work Product Privilege

Plaintiffs claim that many of the withheld documents fall

within the qualified privilege accorded to an attorney's work product. Developed in [Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 91 L. Ed. 451, 67 S. Ct. 385 \(1947\)](#) and codified in [Fed.R.Civ.P. 26\(b\)\(3\)](#), the work product doctrine protects an attorney's private files from disclosure to opposing counsel absent a showing of necessity or justification for disclosure by the party seeking [**12] the documents. See *In Re Grand Jury Subpoena*, 599 F.2d 504, 512 (2d Cir. 1979).

. . . . [HN9](#) [↑] a party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under subdivision (b)(1) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or by or for that other party's representative only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials

[Fed.R.Civ.P. 26\(b\)\(3\)](#), (emphasis added).

The protection offered by [Rule 26\(b\)\(3\)](#) is limited. [HN10](#) [↑] Work product immunity does not [*505] shield all materials prepared by a lawyer. It applies only to documents such as memoranda, preliminary drafts of documents, recorded mental impressions, opinions, or conclusions of an attorney that were prepared with an eye towards litigation. It does not apply to "materials assembled in the ordinary course of business, or pursuant to public requirements unrelated to litigation" or for other nonlitigation purposes. [United States v. El Paso Co., 682 F.2d 530, 542 \(5th Cir. 1982\)](#), cert. denied, 466 U.S. 944, 80 L. Ed. 2d 473, 104 S. Ct. 1927 (1984) (citing Advisory Committee's [**13] notes to [Rule 26\(b\)\(3\)](#)). Furthermore, the prospect of litigation may not be so remote as to be a "mere possibility." See [Burlington, 65 F.R.D. at 43](#); [Garfinkle v. Arcata National Corporation, 64 F.R.D. 688, 690 \(S.D.N.Y. 1974\)](#).

[HN11](#) [↑] To determine when the shift from ordinary

business to anticipation of litigation has occurred, the court must look at the facts of each case and determine whether the attorney reasonably concluded, at the time the documents was prepared, that a substantial probability of litigation existed. See [Westhemeco Ltd. v. New Hampshire Insurance Co., 82 F.R.D. 702, 708 \(S.D.N.Y. 1979\)](#) modified on other grounds sub nom, 484 F. Supp. 1153 (1980); [Stix Products Inc. v. United Merchants and Manufacturers, Inc., 47 F.R.D. 334, 337 \(S.D.N.Y. 1969\)](#) ("If the prospect of litigation is identifiable because of specific claims that have already arisen, the fact that, at the time the document is prepared, litigation is still a contingency has not been held to render the privilege inapplicable.")

Application of the work product doctrine to patent cases had been challenged on the grounds that much of the information used by patent attorneys is public, and that [**14] the patent attorney's role is mainly in the business and technical, not the legal, sphere. See [Burlington, 65 F.R.D. at 35](#). Most recent cases concerning patents and trademarks, however, have held that [HN12](#) [↑] documents containing an attorney's comments on technical information, legal advice, or preparation in anticipation of administrative proceedings, may be privileged under the work product doctrine. See e.g., [Natta v. Zletz, 418 F.2d 633, 636-637 \(7th Cir. 1969\)](#); [Natta v. Hogan, 392 F.2d 686, 691 \(10th Cir. 1968\)](#); [In re Natta, 410 F.2d 187, 192 \(3d Cir.\)](#), cert. denied sub nom, 396 U.S. 836, 90 S. Ct. 95, 24 L. Ed. 2d 87 (1969). Judge Layton, in [In re Natta, 48 F.R.D. 319 \(D. Del. 1969\)](#), held that [HN13](#) [↑] "documentary material relating both to *ex parte* applications for a patent, as well as patent interference proceedings, were subject to a claim of privilege." *Id. at 321*. Thus, the work product privilege does apply to *ex parte* patent prosecutions, but only as to those documents which exhibit an attorney's concern with possible future litigation. See [Hercules, 434 F. Supp. at 151-152](#).

18 אסמכתא

**Duncan - [1968] 2 WLR 1479 (Eng
PBAD)**

עמ' 227

In re DUNCAN, DECD.
GARFIELD v. FAY

A

1968
March 20

ORMROD J.

Practice—Discovery—Privilege—Professional privilege—Communications between client and foreign lawyers before litigation contemplated—Foreign proceedings between same parties relating to same subject-matter—Whether privileged.

B

In September, 1964, the testator died having made three wills, the earlier two of which appointed the plaintiff an executor. At the time of the testator's death the plaintiff and others contemplated proceedings on the Continent relating to the testator's estate. In February, 1965, letters of administration with the third will annexed were granted to the defendant who was the executor and universal legatee of that will. In the same month proceedings in England were first contemplated by the plaintiff and he issued the writ in the present action to obtain revocation of the defendant's grant of administration.

C

On the defendant's summons for an order that the plaintiff give discovery, inter alia, of specified documents which were all correspondence, touching the questions in issue, before or since the testator's death passing between the plaintiff and (a) the testator's widow, her agents and lawyers, and (b) the plaintiff's agents and legal advisers:—

D

Held, refusing the order, (1) that all the documents which were communications passing between the plaintiff and his foreign legal advisers were privileged whether or not proceedings in this or any other court were contemplated when they came into existence (post, p. 311F–G).

E

(2) That documents prepared in connection with proposed or actual litigation in a foreign court were just as entitled to privilege in the present action as if they had been prepared for it (post, p. 313F–G).

Lawrence v. Campbell (1859) 4 Drew. 485 and *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876) 2 Ch.D. 644, C.A., considered.

F

SUMMONS.

In an action in which the plaintiff, Mr. Herbert Sidney Garfield, sought revocation of a grant of letters of administration dated February 12, 1965, with a will dated July 19, 1961, annexed to the defendant, Miss Elisabeth Marie-Pauline Fay, the defendant issued a summons for an order under R.S.C. (Rev. 1965), Ord. 24, r. 7, that the plaintiff give discovery of three classes of specific documents. The matter originally came before the registrar who referred it to the judge under R.S.C. (Rev. 1965), Ord. 32, r. 12. At the hearing in chambers before the judge the issue on the first class of documents was adjourned pending amendments to the defence and the issue on

G

A the second class of documents was no longer a live one. Judgment on the issue relating to the third class of documents was delivered in open court. The facts are more fully stated in the judgment.

1968

Duncan,
decd.,
In re

Anthony Lincoln for the defendant.
Samuel Stamler for the plaintiff.

B *Cur. adv. vult.*

C March 20. ORMROD J. read the following judgment. This is a summons by the defendant asking for an order under R.S.C., Ord. 24, r. 7, that the plaintiff do give discovery of three classes of specific documents which are fully described in the summons. The matter originally came before the registrar who, very properly, referred it to the judge under R.S.C., Ord. 32, r. 12.

D In the course of the argument before me on paragraph 1 of the summons I thought it right to give Mr. Lincoln, who appears for the defendant, an opportunity to consider whether or not his defence required amendment in the light of an affidavit sworn by his instructing solicitor, Mr. R. J. Wellings. In the event Mr. Lincoln asked leave to amend his defence, which I granted, subject to any objection which the plaintiff might subsequently wish to make, and I adjourned further argument on paragraph 1 until the amendments had been made. However, at the request of counsel I heard the argument on paragraphs 2 and 3 of the summons and, again at their request, I am now giving judgment on paragraph 3. (There is no longer a live issue on paragraph 2 because the plaintiff has sworn that he has no documents of that description in his possession.) I shall, however, direct that the order on this part of the summons shall not be drawn up until I have disposed of paragraph 1 at the adjourned hearing.

F In these circumstances it is only necessary at this stage to recite the facts of this case which are relevant to the claim for discovery under paragraph 3.

G This is an action by the plaintiff, Mr. Herbert Sidney Garfield, a solicitor and a partner in the firm of Herbert Oppenheimer, Nathan & Vandyk, who are acting as his solicitors, to revoke a grant dated February 12, 1965, of letters of administration with a will, dated July 19, 1961, annexed, to the defendant, Miss Fay. Miss Fay is the executor and the universal legatee of a will bearing this date and made in Rome by the testator, Sir Oliver Duncan, who died on September 20, 1964. This will may for convenience be called the Rome will. The plaintiff claims to be an executor of

1968
 Duncan,
 decd.,
In re
 ORMROD J.

two earlier wills made by Sir Oliver Duncan on July 13, 1960, at Montreux and July 29, 1960, at Berne, called, respectively, the Montreux will, and the Berne will. The plaintiff's case is that the defendant and her associates persuaded the testator to execute the Rome will by fraud, undue influence and compulsion, of which elaborate details appear in the statement of claim. The will is attacked on other grounds also, which are not material to this judgment.

A

B

The testator died in Rome. His actual domicile is in issue but it is common ground that he was not domiciled in England. He left a very large fortune indeed, almost all of which is not in this country. He had married at the age of 68 in 1958 and, at the times when all three wills were executed, he was on the worst possible terms with his wife. At the date of his death divorce proceedings between them were still pending in Switzerland.

C

The plaintiff was well aware that some time before the testator's death a serious change had occurred in the relationship between them. The testator had ceased to instruct the plaintiff or his firm who had acted as his English solicitors for many years. The reasons for this change are the central matter in issue in this action. It appears from the plaintiff's affidavit of January 12, 1968, that from the time of the testator's death on September 20, 1964, onwards, he and other people contemplated proceedings in Switzerland, France and Monaco relating to the testator's estate and to the validity of the Rome will and the Berne will. It is common ground that he did not contemplate proceedings in England until February 23, 1965, on which date he discovered for the first time that there was a small part of the estate, amounting in value to about £17,000, in England. On February 25, 1965, the writ in this action was issued, some 12 or 13 days after the defendant had obtained a grant of administration in common form in this court. It is unnecessary to refer to the terms of the wills except to say that Lady Duncan had a comparatively trifling interest under the Berne will and none at all under the Rome will.

D

E

F

The documents specified in paragraph 3 of the summons are:

G

"All correspondence before or since the death of the deceased, Sir Oliver Duncan, touching the questions in issue herein passing between the plaintiff and all or any of the following persons: (a) Lady Duncan, her agents and lawyers, including Messrs. Payne, Hicks, Beach & Co., Solicitors, and Mr. Leigh-Howard, a partner in such firm; (b) His agents and legal advisers."

- A In his original list of documents, the plaintiff disclosed documents of this description in part 2 of schedule 1 in the usual omnibus form in which privilege is claimed for documents coming into existence as part of the preparation of the case. It is admitted that this was inadequate but it has been put right in paragraph 13 of his affidavit in which he now claims privilege in proper form.
- B It is agreed by counsel that in order to save time the two formal stages of discovery and production for inspection can be telescoped together and that I should now decide the real issue between them, namely, whether the documents specified are privileged from production. There is also a subsidiary question, namely, whether the court ought in the exercise of any discretionary powers it may have to decline to order discovery of these documents.
- C

1968

 Duncan,
 decd.,
In re

 ORMROD J.

- D It is common ground that documents in class 3, coming into existence after the date on which proceedings in England were first contemplated by the plaintiff, that is, February 23, 1965, are privileged in the usual way. The issue between the parties is whether privilege extends to documents coming into existence after proceedings in any foreign court were first contemplated. There is also an issue as to the extent of the privilege covering communications between the plaintiff and his English solicitors and various foreign lawyers acting on his behalf in the relation of lawyer and client.

- E It is a matter of some surprise that neither counsel, in spite of exhaustive researches, has been able to find any reported case on these points, in particular upon the effect of foreign proceedings between the same parties relating to the same subject-matter, on the question of privilege in litigation in this country.

- F Mr. Stamler, in his very lucid argument on behalf of the plaintiff, submitted that there are two basic heads of privilege relevant to this case which differ in extent and in the stage when they become operative. He submits, first, that confidential communications between a client and his solicitors, made for the purpose of obtaining legal advice, are privileged, no matter when the communication was made; in other words, this area of privilege exists independently of the contemplation of litigation but is restricted to communications between solicitor and client although it includes communication to intermediaries between them. He concedes that this head of privilege does not cover communications to or from other parties connected with the obtaining of such legal advice.
- G Secondly, he submits that once proceedings are contemplated the

1968
 Duncan,
 decd.,
In re
 ORMROD J.

privilege extends to communications to and from third parties in the course of preparing the case for the contemplated litigation. A

Mr. Lincoln, on behalf of the defendant, concedes that communications between solicitor and client are privileged whenever they were made but argues that this does not extend to communications between client and foreign lawyers where such communications are not privileged by the municipal law of the forum of the foreign lawyer. In other words, if the foreign lawyer's own court insists on disclosure of communications between him and his client in litigation in that country, this court will not regard such communications as privileged in litigation in this country. B

In stating the proposition in this loose form I trust I do no injustice to Mr. Lincoln's argument. He cited no authority in support of it and, in my judgment, it is inconsistent with the tenor of the judgment of Sir Richard Kindersley V.-C. in *Lawrence v. Campbell*.¹ In that case the vice-chancellor held that communications between the defendant, a Scotsman living in Scotland, and his Scots solicitors, practising in London, about debts due to him in England, were privileged in subsequent litigation in England. At the conclusion of his judgment, he said²: C D

"A question has been raised as to whether the privilege in the present case is an English or a Scotch privilege; but sitting in an English court, I can only apply the English rule as to privilege, and I think that the English rule as to privilege applies to a Scotch solicitor and law agent practising in London, and therefore the letters in question are privileged from production." E

The mere fact that the Scots lawyers were practising in England was clearly not a relevant consideration and the vice-chancellor expressly rejected the suggestion that the Scots law of privilege had any bearing on his decision. The essence of the judgment is that privilege attaches to communications between professional legal advisers and their clients. In *Wheeler v. Le Marchant*³ Brett L.J., in the course of argument, said⁴: "Scotch legal advisers stand on the same footing as English legal advisers." F

In *Bunbury v. Bunbury*⁵ it was held that a case prepared for submission to counsel in Holland for his opinion was privileged. In this case, it is true that the document was prepared after the institution of the proceedings in England, but it is to be remembered G

¹ (1859) 4 Drew. 485.

² 4 Drew. 485, 491.

³ (1881) 17 Ch.D. 675, C.A.

⁴ 17 Ch.D. 675, 679.

⁵ (1839) 2 Beav. 173.

A that, formerly, communications between client and English solicitor, ante litem motam, were not privileged; see *Lawrence v. Campbell*.⁶

1968

Duncan,
decd.,
In re
ORMROD J

The basis on which this head of privilege rests was stated by Lord Cottenham L.C. in *Reid v. Langlois*⁷ in these words⁸:

B “. . . the object is to protect the party who wishes to take the advice of professional men, and he would be prevented from taking such advice if there was the hazard of having it revealed on entering into a contest with an opponent.”

C In *Anderson v. Bank of British Columbia*,⁹ Jessel M.R. adopted¹⁰ this statement of principle with the gloss that by “professional men” Lord Cottenham meant members of the legal profession, a phrase which he uses interchangeably with “professional lawyers.” There is nothing in these judgments to suggest that either judge intended to limit the rule to legal advisers whose names appear on the roll of Solicitors to the Supreme Court or who are members of the English bar. The basis of the privilege is just as apt to cover foreign legal advisers as English lawyers, provided only that the relationship of lawyer and client subsists between them. Any other conclusion would lead to an impossible position for if this court were required to investigate the position of such communications in foreign law it must first determine the foreign law, but what law governs the relationship of English client and foreign lawyer, at any rate, when no proceedings are in contemplation? There is no forum and therefore no *lex fori*. The nationality of the foreign lawyer is as irrelevant as his address for this purpose.

E It only remains to consider the position where proceedings are already on foot in a foreign court. If disclosure is required by the law of such a court the other side will see the documents in dispute and so gain an advantage. Is that a reason for making an exception to our *lex fori*? In my judgment it is not. These matters are matters to be decided according to the practice of this court. I, therefore, hold that all the documents which are communications passing between the plaintiff and his foreign legal advisers are privileged, whether or not proceedings in this or any other court were contemplated when they came into existence.

F I now turn to Mr. Stamler’s second head of privilege, namely, that which comes into operation post litem motam. Here the

⁶ 4 Drew. 485, 490.
⁷ (1849) 1 Mac. & G. 627.
⁸ 1 Mac. & G. 627, 638.

⁹ (1876) 2 Ch.D. 644, C.A.
¹⁰ 2 Ch.D. 644, 650.

1968
 Duncan,
 decd.,
In re
 ORMROD J.

question is whether documents prepared in connection with litigation in a foreign court but before proceedings in this country were contemplated are privileged or not. Upon this point there is, as I have already said, no direct authority. My decision must, therefore, rest on principle. At the risk of over-simplifying, the position may be stated quite briefly. Discovery was the invention of the courts of equity as part of their historic function of ensuring that justice was done *inter partes*. To achieve this it was considered necessary to mitigate the rigours of the adversary system which was operated by the courts of common law in order to prevent a party from concealing documents which might impeach his own case or assist his opponent in proving his case. But it could not be carried to the extreme length of insisting upon disclosure of all relevant documents because the ends of justice might be defeated in other ways. From this consideration the traditional categories of privilege have developed. The category which comprises communications between client and lawyer has been dealt with. The second category consists of documents prepared for the purpose of litigation. The principle is summarised by James L.J. in *Anderson v. Bank of British Columbia*¹¹:

“Looking at the *dicta* and the judgments cited, they might require to be fully considered, but I think they may possibly all be based upon this, which is an intelligible principle, that as you have no right to see your adversary’s brief, you have no right to see that which comes into existence merely as the materials for the brief.”

It is stated in a different way in *In re Strachan*¹² by Lindley L.J.¹³:

“In *England* it is considered contrary to the interests of justice to compel a litigant to disclose to his opponent before trial the evidence to be adduced against him. . . . It is considered that so to do would give undue advantages for cross-examination and lead to endless side issues; and would enable witnesses to be tampered with, and give unfair advantage to the unscrupulous.

“It is very true that an honest and fair-dealing litigant, on seeing how strong a case his opponent had, might at once withdraw from further litigation. But our rules of evidence and of discovery are not based upon the theory that it is advantageous to let each side know what the other can prove, but rather the reverse.”

¹¹ 2 Ch.D. 656.

¹² [1895] 1 Ch. 439; 11 T.L.R. 215,
 C.A.

¹³ [1895] 1 Ch. 439, 445.

A And by A. L. Smith L.J.¹⁴:

“ . . . to allow one side to see the parol evidence about to be given by the other, and who his witnesses are and where they reside, is not, in my opinion, the means by which the real truth will ordinarily be arrived at at nisi prius, or in any other hostile litigation.

1968

Duncan,
decd.,
In re

ORMROD J.

B “To give one side the opportunity of knowing what the other side’s witnesses are about to say, and who they are, will give an advantage to that side which, from experience, I say would be most unjust to the other side.

C “If each side, before trial, were to see the evidence of his opponent, and each side were to be told who the witnesses on the other side were to be, and where they resided, well and good, for, in such a case, each side would at any rate be upon an equality of advantage; but that is not our practice, and I need not discuss its advisability;”

D Many other variants on these statements of the principle could be cited but they all come to the same thing, namely, that a party is not obliged to disclose to the other side names, addresses and statements of witnesses or potential witnesses or other documents coming into existence as part of his preparation for trial. In nearly every case the crucial test of the proper categorisation of such documents is the date on which each came into existence and the date on which it can properly be said that the litigation was first contemplated. Where more than one form of litigation is in process or in contemplation the test is not so simple. In my judgment, the correct approach to this problem is to look at the substance or reality of the matter and not to allow oneself to sink into formalism. If a party prepares his case for one type of litigation but proposes to use it in another it is no less his case and he will be no less damnified by its disclosure. Here the defendant is plainly attempting to see the whole of the case which the plaintiff will put before the court at the hearing. It is mere chance that proceedings on the Continent were first in contemplation. If the order of the various proceedings had been reversed, all these documents would have been privileged. In my judgment, if they were prepared in connection with proposed or actual litigation in a foreign court or courts they are just as entitled to privilege in the present action as if they had been prepared for it.

E

F

G

This conclusion is the converse of such cases as *Goldstone v. Williams, Deacon & Co.*¹⁵ which illustrate the rule “once privileged, always privileged,” i.e., documents which were privileged in

¹⁴ [1895] 1 Ch. 447, 448.

¹⁵ [1899] 1 Ch. 47.

1968
Duncan
decd.,
In re
ORMROD J.

a previous action are privileged in subsequent proceedings. It is also consonant with cases like *U.S.A. v. McRae*¹⁶ where privilege was allowed under the heading of risk of incrimination or forfeiture although the risk lay not in this country but in the United States. In my judgment, territoriality has little or nothing to do with the matter I have to consider in this case.

A

Had it been necessary to do so I would have been inclined to apply the principle of cases such as *Minet v. Morgan*¹⁷ and *Brookes v. Prescott*¹⁸ and refuse to order discovery on the ground that the plaintiff had sworn that the documents related solely to his own case and did not in any way impeach it. In the circumstances it is unnecessary to examine the extent of the residual discretion of the court to refuse to order production even when all the categories of privilege have been exhausted.

B

C

The conclusion is that I hold that the privilege claimed in respect to documents under paragraph 3 succeeds.

Order accordingly.

D

Solicitors: *Herbert Smith & Co.; Herbert Oppenheimer, Nathan & Vandyk.*

C. N.

¹⁶ (1867) 3 Ch.App. 79.
¹⁷ (1873) 8 Ch.App. 361.

¹⁸ [1948] 2 K.B. 133; 64 T.L.R. 302; [1948] 1 All E.R. 907, C.A.

E

1967
June 8, 9, 12;
July 12, 31

PADOLECCHIA v. PADOLECCHIA (ORSE. LEIS)

SIR JOCELYN
SIMON P.

Husband and Wife—Nullity—Jurisdiction—Marriage celebrated in jurisdiction—Neither party resident or domiciled in England—Jurisdiction of English court to annul void marriage.

F

Husband and Wife—Marriage—Capacity to marry—Former subsisting marriage—Law governing capacity to marry—Time at which governing law applies.

In 1953 the petitioner, who at all material times retained his Italian domicile of origin, married an Italian woman. In 1957, he went to Venezuela, where he claimed to have become domiciled, and from there instituted proxy divorce proceedings in Mexico. In 1958 a Mexican court granted him a divorce decree which it was accepted would not be recognised by Italian law as validly dissolving the 1953 marriage.

G

[Reported by MARCEL BERLINS, ESQ.]

19 אסמכתא

**Renfield Corp. v. E. Remy Martin
& Co. _ S.A. _ 98 F.R.D**

עמ' 237



Date and Time: Sunday, December 19, 2021 3:56:00 AM EST

Job Number: 160244460

Document (1)

1. [Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co., S.A., 98 F.R.D. 442](#)

Client/Matter: -None-

Search Terms: Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co.

Search Type: Natural Language

Narrowed by:

Content Type
Cases

Narrowed by
-None-



Caution

As of: December 19, 2021 8:56 AM Z

Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co., S.A.

United States District Court for the District of Delaware

December 13, 1982

Civ. A. No. 80-197

Reporter

98 F.R.D. 442 *; 1982 U.S. Dist. LEXIS 10254 **; 37 Fed. R. Serv. 2d (Callaghan) 173; 1984-1 Trade Cas. (CCH) P65,970; 13 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 1373

RENFIELD CORPORATION and Renfield Importers, Ltd., Plaintiffs, v. E. REMY MARTIN & CO., S.A., Remy Martin Amerique, Inc., Glenmore Distilleries Company, and Foreign Vintages, Inc., Defendants

Core Terms

documents, communications, legal advice, attorney-client, in-house

Case Summary

Procedural Posture

In its antitrust action against defendant companies, plaintiff corporations sought an order to compel production of certain documents withheld by the companies on grounds of attorney-client privilege. In the alternative, the corporations sought an in camera inspection of the documents to determine on a document-by-document basis whether they were privileged.

Overview

The communications at issue involved documents located in the United States that reflected the companies' communications with its employees, and documents located in France that reflected the

companies' communications with its French in-house counsel. The corporations contended that the attorney-client privilege did not apply to communications with French in-house counsel, and at the minimum, they were entitled to have an in-camera inspection of the documents. The court held that (1) the Hague Evidence Convention Treaty which governed the documents located in France was not intended to limit the attorney-client privilege that was available in the United States; (2) the attorney-client privilege extended to communications with the French in-house counsel because he was competent to render legal advice and was permitted by the laws of France to do so; (3) the documents located in the United States were governed by choice-of-law principles; and (4) the corporations had no right to an in-camera inspection of the documents because companies had justified a claim of privilege.

Outcome

The court denied the order to compel and denied the in-camera inspection of the documents at issue.

LexisNexis® Headnotes

Civil Procedure > ... > Discovery > Methods of

Discovery > Foreign Discovery

[HN1](#) **Methods of Discovery, Foreign Discovery**

The Hague Evidence Convention Treaty governs discovery of any documents located in France.

Civil Procedure > ... > Discovery > Methods of Discovery > Foreign Discovery

Evidence > Privileges > General Overview

[HN2](#) **Methods of Discovery, Foreign Discovery**

Art. 21(e) of the Hague Evidence Convention Treaty provides that a person requested to give evidence may invoke the privileges and duties to refuse to give the evidence contained in Art. 11. Art. 11 of the Hague Evidence Convention Treaty provides in turn that the person concerned may refuse to give evidence insofar as he has a privilege or duty to refuse to give the evidence (a) under the law of the State of execution, or (b) under the law of the State of origin.

Civil Procedure > ... > Discovery > Methods of Discovery > Foreign Discovery

Civil Procedure > ... > Discovery > Privileged Communications > General Overview

[HN3](#) **Methods of Discovery, Foreign Discovery**

Where a country has no clear equivalent to the American "bar," in this context membership in a "bar" cannot be the relevant criterion for whether the attorney-client privilege is available. Rather, the requirement is a functional one of whether the individual is competent to render legal advice and is permitted by law to do so.

Civil Procedure > ... > Federal & State Interrelationships > Choice of Law > Significant Relationships

Civil Procedure > ... > Federal & State Interrelationships > Choice of Law > General Overview

[HN4](#) **Choice of Law, Significant Relationships**

The choice-of-law standard is that the applicable law is that of the state with the most significant relationship with the communications.

Evidence > Privileges > Government Privileges > Waiver

[HN5](#) **Government Privileges, Waiver**

A party has no right to an in camera inspection of documents where his or her opponent files an affidavit setting forth facts sufficient to justify a claim of privilege and there is no record basis for questioning the veracity of the affidavit.

Counsel: **[**1]** William J. Wier, Jr., Bader, Dorsey & Kreshtool, Wilmington, Delaware, Jerome A. Hochberg, David B. Hopkins, Paul H. Friedman, Laura Metcoff Klaus and Ann K. Sullivan of Arter, Hadden & Hemmendinger, Washington, District of Columbia, for plaintiffs.

R. Franklin Balotti, Richards, Layton & Finger, Wilmington, Delaware, Sullivan & Cromwell, Spengler, Carlson, Gubar, Brodsky & Rosenthal, New York City, for defendants E. Remy Martin & Co., S.A., and Remy Martin Amerique, Inc.

Bruce M. Stargatt, David C. McBride, Young, Conaway, Stargatt & Taylor, Wilmington, Delaware, Elliot S. Kaplan, James L. Harlow, Rita A. McConnell, Robins,

Zelle, Larson & Kaplan, Minneapolis, Minnesota, for defendants Glenmore Distilleries Co. and Foreign Vintages, Inc.

Judges: Stapleton, District Judge.

Opinion by: STAPLETON

Opinion

[*443] MEMORANDUM OPINION

STAPLETON, District Judge:

This is an antitrust action brought by plaintiffs Renfield Corporation and Renfield Importers ("Renfield") against E. Remy Martin & Co., S.A. ("Remy S.A."), Remy Martin Amerique, Inc. ("Remy Amerique"), and other defendants. Renfield has moved under [Fed.R.Civ.P. 37\(a\)\(2\)](#) for an order compelling production of certain documents withheld [**2] by the Remy defendants on the ground of attorney-client privilege. In the alternative, Renfield seeks an *in camera* inspection of these documents by the Court to determine on a document-by-document basis whether they are protected by the attorney-client privilege.

I. AVAILABILITY OF THE ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE.

The communications at issue are 119 documents that reflect communications between officials of both Remy defendants and employees of Remy S.A. identified as its French "in-house counsel." ¹ Renfield challenges Remy's assertion of the attorney-client privilege on the basis that the privilege does not apply to

communications with French "in-house counsel." I shall consider separately the documents located in the offices of Remy S.A. in France and those located in the New York offices of Remy Amerique.

A. DOCUMENTS LOCATED IN THE OFFICES OF REMY S.A. IN FRANCE.

The parties [**3] are not in disagreement that [HN1](#) [↑] the Hague Evidence Convention governs discovery of any of the documents located in France; they are in disagreement, however, as to the meaning of the relevant provisions of that Convention.

Two provisions are pertinent. [HN2](#) [↑] Article 21(e) provides that:

A person requested to give evidence may invoke the privileges and duties to refuse to give the evidence contained in Article 11.

Article 11, in turn, provides that:

The person concerned may refuse to give evidence insofar as he has a privilege or duty to refuse to give the evidence -- (a) under the law of the State of execution; or (b) under the law of the State of origin. . . ."

Defendants read these provisions to assure that a witness will have the benefit not only of privileges recognized by the forum State, but also privileges recognized by the State where the letters are executed.

²

[**4] Renfield reads them to permit a witness to assert only a privilege of the State of origin or State of execution which is otherwise applicable under conflict of laws principles. While there is room for argument, I find

¹There are four individuals so identified: Guillaume d'Avont, Thibaud de Chasteigner, Pierre de Viel-Castel, and Alain Raab.

²Article 11 goes on to indicate that a signatory of the Convention may elect to afford the witness the benefit of the privileges of other jurisdictions, such as the privilege recognized by the witness's domicile.

Renfield's reading of the language employed less plausible than that of defendants. Moreover, I believe defendant's interpretation is more compatible with the limited "legislative history" of the Convention currently available to me. Both the United States and France in their answers to Question 10 of the "Questionnaire on the Taking of Evidence Abroad" ³ [**5] made in [*444] preparation for the Hague Convention evinced their intent that the treaty be a privilege creating, rather than privilege limiting, law. ⁴ Thus, I conclude that if a privilege is recognized by either French or United States law, the defendants may invoke it.

For the purpose of this motion, I assume that French law would not grant a privilege to refuse to disclose these documents. Therefore, I must consider whether United States law provides such a privilege. I conclude that it does. Preliminarily, it is clear that the communications were intended and reasonably expected to be confidential. ⁵ Thus, the only issue of

³Question 10 reads:

What privileges are available to witnesses appearing under a letter rogatory --

- a only those of the law of the requested State?
- b only those of the law of the requesting State?
- c each privilege decreed either by the law of the requested State or by that of the requesting State?
- d only those decreed by both legislations cumulatively?

⁴Under Renfield's reading, the only effect of this provision of Article 11 is to limit the privileges otherwise available to the witness, i.e. to restrict otherwise applicable privileges to those recognized by the State of execution and the State of origin, excluding, for example, otherwise applicable privileges recognized by the law of the witness's domicile, absent a special undertaking from the State of origin.

⁵The communicators did not expect the recipients to share the information other than perhaps with outside counsel. Renfield

any substance is whether the privilege is available where the attorney is a French "in-house counsel." Plaintiffs have urged that because French "in-house counsel" are not members of a bar, the privilege is unavailable. In order to decide this, it is necessary to have some understanding of the structure of the French legal [**6] profession.

The organization of the French legal profession is unlike that in the United States. In France, there are several categories within the practicing legal profession and each category performs a different function that, in the United States, would all be performed by an American lawyer (Affid. of Cournot P5, Appendix D to p.b.). For example, [**7] the "avocat" provides legal advice to clients and appears in court but may not be employed by any person or organization. The "conseil juridique" is allowed to provide legal advice but may not appear in court and may only be employed by, or associated with, other "conseils juridiques." (Cournot PP6, 7; Affid. of Goldman PP35, 39, Appendix E to d.b.). Thus, an individual who is employed by a corporation is not permitted by law to be on the list of "avocats" or "conseils juridiques." Nevertheless, these individuals are not prohibited from giving legal advice.

[HN3](#) [↑] Because there is no clear French equivalent to the American "bar," in this context membership in a "bar" cannot be the relevant criterion for whether the attorney-client privilege is available. Rather, the requirement is a functional one of whether the individual

erroneously equates the issue of whether the communications were reasonably expected to be confidential with the issue of whether they are protected by an attorney-client privilege under the law which would be applicable under conventional conflict of law principles. To equate those issues in this context would be to defeat what I believe to be the intent of the Hague Evidence Convention -- that a witness shall not be limited to the attorney-client privilege law of the jurisdiction whose laws would be applicable under such conflicts rules.

is competent to render legal advice and is permitted by law to do so. French "in-house counsel" certainly meet this test; like their American counterparts, they have legal training and are employed to give legal advice to corporate officials on matters of legal significance to the corporation.⁶

[8]** B. DOCUMENTS IN THE NEW YORK OFFICE OF REMY AMERIQUE.

The Hague Evidence Convention is not applicable to documents located in the United States. Therefore, I must apply choice-of-law principles to determine whether United States or French privilege law applies.

There is no dispute that [HN4](#) the choice-of-law standard is that the applicable law is that **[*445]** of the state with the most significant relationship with the communications. [Restatement \(Second\) of Conflict of Laws § 139\(1\)](#) (1971). In this case, the United States has the most significant relationship with the communications. The officials located in the New York office of Remy Amerique are the ones who have sought the legal advice and the United States has the same interest in protecting the freedom of these individuals to obtain legal advice as it does for any other American residents. For the same reasons stated above in connection with the Remy S.A. documents, the United States privilege law does recognize the Remy Amerique communications as privileged. It follows, therefore, that

⁶ In a related argument, Renfield asserts that, as a matter of law, the communications cannot be treated as ones seeking legal advice where the lawyers are French and, therefore, presumptively unqualified to render advice on United States law. I disagree. While the fact that a lawyer is not a member of the bar of a United States jurisdiction may be relevant in determining whether a communication is for the purpose of securing legal advice, it is not necessarily determinative of that issue.

the attorney-client privilege is also appropriately applied to communications of Remy Amerique officials with French "in-house **[**9]** counsel."

II. IN CAMERA INSPECTION.

As Renfield acknowledges, [HN5](#) a party has no right to an *in camera* inspection of documents where his or her opponent files an affidavit setting forth facts sufficient to justify a claim of privilege and there is no record basis for questioning the veracity of the affidavit. I find no reason to question the representations of the defendants in this case. Renfield has had the opportunity to take discovery concerning the defendants' claims of privilege and has come up with nothing more than a single incident of misclassification which would appear to be the result of inadvertence. While the fact of foreign lawyers being consulted on United States law might, in some factual context, raise an issue of whether the communications were for the purpose of seeking legal, as contrasted with business advice, the background of the attorneys involved in these communications is such that their nationality raises no question in my mind about the defendants' representation.

End of Document