

## GESTION DE SINISTRES INTERNATIONAUX

# Secret et production des échanges

En cas de procédure judiciaire, seuls les échanges adressés par des avocats demeurent confidentiels. Une confidentialité dont sont exclus les juristes, mais aussi l'assureur, l'assuré, le courtier ou l'expert technique. Retour sur l'impact de cet arrêt, en France comme à l'étranger, de la Cour de justice de l'Union européenne.



### VLADIMIR ROSTAN D'ANCEZUNE

avocat au barreau de Paris  
et au Colegio de Abogados  
de la Ciudad de Buenos Aires -  
Chargé d'enseignement à Paris II -  
Assas - Cabinet HMN & Partners

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, ex-CJCE) avait retenu, dans l'arrêt AM & S <sup>(1)</sup> du 18 mai 1982, que « la correspondance entre avocats et clients, pour autant, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi » est couverte par la confidentialité des échanges. Il s'agit là d'un principe fort que les juristes ont contesté et espéraient voir abandonné dans un proche avenir.

Le 17 septembre 2007 <sup>(2)</sup>, le tribunal de première instance des Communautés européennes a rendu une décision dans une affaire intéressant les sociétés Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd retenant que la correspondance du conseil juridique interne de la société Akzo ne peut bénéficier du caractère confidentiel attaché aux correspondances d'avocat. Dans son arrêt du 14 septembre 2010 <sup>(3)</sup>, la CJUE a confirmé le jugement rendu en premier ressort et a retenu que « la protection au titre du principe de la confidentialité ne s'étend pas aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes ». Au sein de l'Union européenne, cette question est d'importance puisque les Etats autorisant l'inscription au barreau de certains juristes sont nombreux. On peut citer l'Allemagne, le Danemark, l'Espagne, la Grèce ou les Pays-Bas. Au-delà du principe rappelé par la CJUE, la portée de cet arrêt est à apprécier dans le cadre de la gestion des sinistres internationaux. En effet, les acteurs d'un contrat d'assurance peuvent être amenés à gérer des contentieux dans des Etats étrangers où les règles procédurales en matière de preuve sont différentes de celles rencontrées en France. Il n'est pas certain, dans ce contexte, que le système de droit applicable permette de faire obstacle à la production d'un document. Il est tout aussi possible que ce système impose au contraire la production d'un tel document.

Les moyens de communications modernes tels que les courriels viennent augmenter l'exigence de prudence qu'assureurs, assurés, intermédiaires d'assurance et experts techniques doivent adopter.

## CONFIDENTIALITÉ DES INFORMATIONS

Il convient de s'interroger sur la pratique de la confidentialité des informations en France et dans les pays de droit anglo-saxon.

### ► L'approche française...

En France, il est fréquent de voir le secret professionnel plus sous l'angle des devoirs qu'il impose à son détenteur que sous celui des droits et protections qu'il confère. A ce titre, le code pénal de 1810 <sup>(4)</sup>, puis l'article L. 226-13 du code pénal <sup>(5)</sup> actuel, érige au rang d'infraction le fait de révéler, pour une personne dépositaire de par sa profession, une information confidentielle et la sanctionne lourdement.

En France, dans les matières juridiques, pour les personnes relevant du droit privé, l'avocat, par opposition au juriste, de par son allégeance aux règles déontologiques ◀

De sa profession est dépositaire d'informations à caractère confidentiel. Il est tenu de les conserver secrètes ; s'il lui est demandé de les révéler, il est en droit de s'y opposer. Par extension, les écrits des avocats français sont également confidentiels lorsqu'ils sont adressés à un autre avocat, sauf à ce qu'il en soit disposé autrement dans le document. En outre, les échanges entre un client et son conseil sont également couverts par le secret professionnel. A ce titre, ces correspondances ne peuvent être produites dans le cadre d'une procédure.

Les juristes d'entreprise ne bénéficient pas de cette protection de la confidentialité des informations et des correspondances. Sauf à ce qu'il s'agisse d'un échange avec son avocat, les correspondances adressées par le juriste d'entreprise ne bénéficient pas de la confidentialité. C'est précisément sur cette question que le tribunal de première instance des Communautés européennes et la CJUE ont été amenés à se prononcer dans leurs décisions des 17 septembre 2007 et 14 septembre 2010.

Suivant la position rigoriste des barreaux français, la CJUE retient que la communication émanant d'un avocat est susceptible d'être protégée car elle « *procède d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin. Cette protection a pour contrepartie la discipline professionnelle, imposée et contrôlée dans l'intérêt général* ». Le juriste, lié à l'entreprise par un contrat de travail, est quant à lui dans un lien de subordination avec celle-ci. La Cour de justice retient d'ailleurs, dans son arrêt du 14 septembre 2010, que « *du fait tant de la dépendance économique de l'avocat interne que des liens étroits avec son employeur, l'avocat interne ne jouit pas d'une indépendance professionnelle comparable à celle d'un avocat externe* ».

Ici, la position française est en accord avec le droit européen. Aussi, en France, toute communication adressée par un assureur, un assuré, un intermédiaire d'assurance ou un expert technique n'est pas couverte, par principe, par la confidentialité des échanges. Elle peut ainsi être produite dans le cadre d'une instance contentieuse.

## ► ... et celles des pays de common law

Le principe de l'exclusion française des juristes d'entreprise du bénéfice de la confidentialité n'est pas retenu par tous les autres pays de l'Union européenne.

Au Royaume-Uni, le secret professionnel – qui s'exprime au travers du *legal privilege* – y est d'abord entendu comme un droit plus que comme un devoir. Il sert de fondement pour s'opposer à l'obligation de produire en justice des communications considérées comme confidentielles. Le principe du *legal privilege* est issu de l'affaire *Duchess of Kingston* rendu dans un arrêt de 1776<sup>(6)</sup> où la Family Court avait à juger d'une affaire de bigamie. Les juridictions australiennes, quant à elles, ont retenu dans une affaire de 1983<sup>(7)</sup> que l'objectif du principe de *legal privilege* repose sur la nécessité de créer un rapport de confiance afin que les conseils soient prodigués et reçus confidentiellement.

L'approche de la confidentialité entre avocats en droit anglo-saxon est ainsi de même nature que l'approche française.

## Différentes approches de la confidentialité à travers l'Europe

	Statut du juriste	Secret professionnel ou <i>legal privilege</i>	Activités judiciaires
France	Aucun statut spécifique	Non	Non
Royaume-Uni	Admis comme avocat	Oui	Non
Belgique	Statut issu de la loi du 1 <sup>er</sup> mars 2000	Oui	Non
Italie	Incompatibilité entre la profession d'avocat et le statut de juriste	Non	Non
Espagne	Admis comme avocat	Oui (pas de façon générale)	Oui

Cependant, à la différence de l'approche française, les droits anglo-saxons connaissent une extension de la confidentialité aux juristes.

La première extension notable en droit américain du *legal privilege* au juriste est celle rencontrée dans l'hypothèse d'un contentieux à venir ou futur. Ici, les échanges entre un client et un tiers non avocat, s'ils ont pour but d'obtenir un conseil en vue du contentieux ou de rassembler des éléments de preuve, sont également couverts par le *legal privilege*. Les communications entre co-demandeurs ou co-défendeurs en bénéficient également.

La seconde hypothèse est celle des communications faites sur la base du principe appelé *without prejudice*. Les droits anglo-saxons reconnaissent la possibilité aux juristes d'entreprise de communiquer avec des tiers dans l'hypothèse d'un litige sur la base de ce principe qui permet d'exclure les informations contenues dans l'échange d'une production ultérieure dans le cas d'une poursuite du litige devant une juridiction. Ce principe se rencontre aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, en Irlande, au Canada, en Australie, en Nouvelle-Zélande et à Singapour.

Il faut toutefois noter que l'extension de la confidentialité des échanges suivant le principe du *without prejudice* est limitée aux correspondances avec une partie adverse. Elle ne peut concerner les correspondances entre assureur, assuré, intermédiaire d'assurance et expert technique sur questions touchant à la gestion du sinistre.

En France, les discussions ou échanges de documents dans une phase précontentieuse, transactionnelle ou en marge d'un contentieux peuvent aussi être protégés d'une communication ultérieure par l'une des parties dans le cadre d'une procédure, mais cela suppose ici l'accord des parties aux discussions ou à l'échange. Dans la conception anglo-saxonne,

une partie peut décider unilatéralement que sa communication relève du *without prejudice* (pour autant que cela soit indiqué dans le document) et ne pourra pas par conséquent être produite ultérieurement par la partie adverse.

Ainsi, le juriste anglo-saxon peut communiquer avec des tiers sur une base de confidentialité. Ici, la conception anglo-saxonne de la confidentialité s'éloigne de la conception française.

## PRODUCTION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE

Après avoir discuté des différents systèmes de production de preuve en présence, nous retiendrons quelques règles de prudence.

### ► Les différents systèmes

Il y a lieu ici de distinguer les Etats dans lesquels, dans l'hypothèse d'une procédure judiciaire, les documents utiles à la résolution du conflit sont produits volontairement ou dans le cadre d'un système de divulgation obligatoire.

En France, la production des documents nécessaires à la résolution du litige est largement volontaire nonobstant les dispositions du code de procédure civile qui imposent aux parties à l'instance de concourir à la manifestation de la vérité et qui envisagent l'hypothèse dans laquelle « *si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* »<sup>(6)</sup>. Il n'y a ainsi pas de principe de divulgation des documents et leur production à l'instance résulte d'un choix de la partie qui les détient.

L'approche française n'est pas très différente de la position germanique qui retient, qu'en matière civile, les parties produisent les éléments justifiant leurs allégations suivant le principe dit de "présentation des parties".

Le droit procédural espagnol, quant à lui, retient également une production documentaire volontaire et choisie.

Dans les pays de droit anglo-saxon, la production des documents nécessaires à la résolution du litige est au contraire imposée et non pas choisie.

Spécifiquement, le *civil procedure rules* anglais contraint les parties à une instance contentieuse de produire certes les documents justifiant leur argumentation, mais également tous ceux favorables ou défavorables à l'argumentation adverse. Ce système de divulgation est connu sous le terme de *disclosure* en droit anglais et de *discovery* en droit américain et australien.

Qu'il s'agisse d'une *discovery* ou d'une *disclosure*, une partie peut s'opposer à la production d'un document qu'elle estime comme relevant du *legal privilege* ou encore protégé par le secret professionnel. C'est ici que l'arrêt de la CJUE du 14 septembre 2010 trouve tout son intérêt. Tout d'abord, il précise expressément que les documents adressés par les juristes d'entreprises ne sont pas, par principe, couverts par le *legal privilege*. Ensuite, en transposant ce principe dans le contexte des polices souscrites par un assureur français avec un assuré français par l'intermédiaire d'un courtier

français (tous ces acteurs ne devant pas être nécessairement français), si l'un d'eux est attiré à une procédure devant une juridiction dont le droit procédural connaît une forme de production imposée, alors l'ensemble de ses écrits en lien avec le litige devra être produit.

### ► Une règle de prudence à observer

Dans le cadre de leur activité, les assurés français peuvent être amenés à vendre dans des pays étrangers leur prestation ou fourniture, ou leur fabrication peut être revendue dans un autre pays. Dans cette hypothèse, l'assuré peut être attiré devant les juridictions d'un Etat connaissant un système de production de pièces contraignant.

Par ailleurs, suivant l'article 18 du règlement européen n° 864/2007 du 11 juillet 2007<sup>(9)</sup> « *la personne lésée peut agir directement contre l'assureur de la personne devant réparation si la loi applicable à l'obligation non contractuelle ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit* ». Ainsi, l'assureur français peut se retrouver attiré également devant cette juridiction.

Par conséquent, par application des arrêts AM&S et Akzo de la CJUE, assureurs et assurés peuvent être contraints dans le cadre d'une *discovery* ou d'une *disclosure* de produire l'ensemble des éléments favorables et défavorables à leur argumentation. Et ce, y compris les échanges avec le courtier et l'expert technique. Cette obligation de production s'entend des éléments en lien avec le litige, que ceux-ci soient antérieurs ou postérieurs au sinistre. Par conséquent, un rapport d'analyses de l'expert technique adressé directement à l'assureur devra être produit dans le cadre d'un système de production obligatoire tel que la *discovery* ou la *disclosure*. Seule l'intervention d'un *legal privilege* ou secret professionnel d'un avocat, au sens des arrêts AM&S et Akzo, pourrait venir faire échec à l'obligation de production des documents. Il convient donc pour les acteurs au contrat d'assurance de faire preuve d'une grande prudence dans leurs écrits internes s'ils ne sont pas relayés par leur avocat. Tout naturellement cette prudence doit être maximale en cas de sinistre. Il ne faut cependant pas écarter non plus ces règles de prudence même avant sinistre puisque les documents échangés pourraient être produits en justice. A défaut, assureurs et assurés s'exposent à des difficultés importantes. •

(1) Arrêt du 18 mai 1982, AM & S/Commission, 155/79, Rec. 1982 p. 1575.

(2) TPJCE, 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission, T-125/03 et T-253/03, Rec. 2007 p. II-3523.

(3) CJUE, 17 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals, C-550/07.

(4) Article 378 de l'ancien code pénal.

(5) Article L. 226-13 du code pénal issu de l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, JORF n° 220 du 22 septembre 2000, p. 14877.

(6) Rex v. Duchess of Kingston, (1776) 20 How. St. Tr. 355, 572-73 (H.L.) (Eng.).

(7) Baker v. Campbell (1983) 153 CLR 52.

(8) Article 11 du code de procédure civile.

(9) Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JO L 199 du 31 juillet 2007, p. 40-49.