

**COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS DE JUSTICE
EN INFORMATIQUE ET TECHNIQUES ASSOCIEES**



Colloque du 26 mars 2009

Constats et Saisies Informatiques
« Confidentialité et Contradictoire »

Sommaire

I. ALLOCUTIONS D'ACCUEIL	2
Monsieur Christian de BAECQUE, Président du Tribunal de Commerce de Paris	2
Monsieur Nathan HATTAB, Président de la CNEJITA	3
II. CADRE JURIDIQUE ET CONDITIONS D'EXECUTION.....	5
II. 1 « Fondements juridiques et attentes du requérant ».....	5
Maître Kami HAERI, Avocat, Président de la Commission ouverte « Contentieux des Affaires » du Barreau de Paris	5
II. 2 « Préservation des droits de la personne ».....	10
Maître Céline CADARS-BEAUFOUR, Avocat, Membre du Conseil de l'Ordre.....	10
II. 3 « Exigences et limites de la recherche de la preuve par dérogation au principe de contradiction »	14
M. Emmanuel BINOCHÉ, Premier Vice-président au Tribunal de Grande Instance de Paris	14
II. 4 « L'Huissier de justice, son rôle et ses responsabilités».....	19
Me Denis CALIPPE, Président de la Chambre des Huissiers de Paris.....	19
III. EFFICACITE, CONFIDENTIALITE, CONTRADICTOIRE : QUELLES SOLUTIONS ?	26
M. Dominique SALIBA, Expert.....	26
III.1 Présentation de cas pratiques et questions soulevées.	27
M. Serge MIGAYRON, Expert.....	27
III. 2 Table ronde : débats et réponses apportées	33
Madame Annick RAULT, Délégué Général aux Référéés et aux Requêteés du Tribunal de Commerce de Paris	33
Me Fabienne CHEVRIER de ZITTER, Huissier Audiencier du Tribunal de Commerce de Paris.....	35
Me Kami HAERI, Avocat.....	37
M. Bruce BONNAURE, Expert	39
Monsieur Christian HOURS, Vice-président en charge du Service des Requêteés au Tribunal de Grande Instance de Paris.....	43
IV. SYNTHESE	61
Madame Chantal ARENS, Présidente du Tribunal de Grande Instance de Nanterre.....	61
Monsieur Nathan HATTAB, Président de la CNEJITA	63

I. Allocutions d'accueil

Monsieur Christian de BAECQUE, Président du Tribunal de Commerce de Paris

Bienvenue au Tribunal de Commerce de Paris pour ce colloque.

Comme toute personne qui introduit une conférence, je vais vous dire que le sujet est absolument passionnant, que je suis très intéressé par lui et à peine j'aurai terminé mes propos, je m'en irai.

Je vous prie de bien vouloir m'en excuser, mais effectivement, je dois partir parce que j'ai malheureusement des obligations qui m'empêchent d'assister à la totalité de ce colloque.

C'est vraiment très sincèrement que je suis intéressé et passionné, comme tous mes collègues et comme certainement les magistrats professionnels dont je salue la présence nombreuse, par ce colloque ; je le suis non seulement parce que c'est le premier du genre organisé, Monsieur le Président, sur le constat et la saisie informatiques, mais surtout parce qu'il pose réellement des questions qui, pour employer le langage actuel, interpellent le juge quand on vient lui présenter une requête fondée sur les dispositions de l'article 145 du CPC.

Après avoir examiné s'il y a un motif légitime de ne pas respecter le contradictoire, c'est à dire ne pas appeler la partie adverse, pour prendre les mesures qui sont demandées, sujet déjà traité dans divers colloques, se posent pour le juge deux questions essentielles.

La première : que saisir ? Et la deuxième : comment communiquer les éléments qui ont été saisis au requérant en respectant le secret des affaires ou la confidentialité, pour employer le terme de ce colloque ?

Il s'agit de questions importantes et délicates à résoudre.

Nous avons apporté une réponse pratique au Tribunal de Commerce de Paris depuis 18 mois environ ; Madame Annick RAULT qui est déléguée générale vous fera part de notre expérience qui n'est pas utilisée par tous les tribunaux.

Je suis certain que ces débats vont permettre d'enrichir les réponses à ces deux questions essentielles : Que saisir et comment faire connaître ce que nous avons saisi ?

Vous ayant dit cela et ayant posé ces questions, je lirai avec le plus grand intérêt vos réponses dans le document que vous allez publier.

Je vous souhaite un bon colloque et une bonne après-midi.

Monsieur Nathan HATTAB, Président de la CNEJITA

Mesdames et Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs les Magistrats, Maîtres, chères consœurs, chers confrères, j'ai le plaisir de vous accueillir à cette manifestation pour mener une réflexion sur le thème « Constats et saisies informatiques, contradictoire et confidentialité ».

Pour ce colloque, nous avons invité de nombreux magistrats, huissiers, avocats et nous avons eu un grand nombre de réponses positives. Normalement, la salle devrait continuer à se remplir.

Nous avons aussi invité M. Pierre LOEPER, Président du Conseil National des Experts de Justice, qui s'est fait représenter par M. Christian ISAAC qui est parmi nous.

Et également David ZNATY, Président de la Compagnie des Experts agréés par la Cour de Cassation qui s'est excusé.

Avant de donner la parole aux différents intervenants et de dérouler le colloque comme prévu, je dois vous dire que nous experts, constatons que le nombre de missions d'assistance informatique à huissier de justice, constat comme saisie, s'est fortement accru ces dernières années.

Nous constatons aussi une évolution technologique qui vient complexifier ces opérations par l'accroissement de la taille des supports, par la diversité des systèmes en place, par la complexité des traitements que nous sommes amenés à faire. Bien entendu, la plupart du temps tout se passe bien. Mais il y a des cas complexes. Cette évolution technologique et cette complexité nous conduisent à nous interroger sur nos méthodes, sur nos outils pour sécuriser ces opérations et améliorer leur efficacité.

Nous réfléchissons à ces pratiques, mais nous constatons aussi que sur le terrain, les approches ne sont pas toujours homogènes et de nombreuses questions se posent.

En tant que membres d'une compagnie d'experts spécialisés en informatique, nous avons éprouvé le besoin de constituer un groupe de réflexion sur le sujet. Le groupe est dirigé par Bruce BONNAURE qui réfléchit à la problématique des constats et qui a été la cheville ouvrière de ce colloque.

Ce colloque va se dérouler en trois parties. La première est une présentation du cadre juridique et des conditions d'exécution par quatre intervenants qui prendront la parole successivement. Ensuite, nous aurons une table ronde qui débutera par une présentation de cas de saisie vécus et qui continuera par un débat sur le thème « efficacité, confidentialité, contradictoire : quelles solutions? » Enfin, nous aurons une synthèse qui sera assurée par Madame Chantal ARENS, Présidente du Tribunal de Grande Instance de Nanterre.

Avant de passer la parole au premier orateur, je voudrais vous rappeler l'adresse du site de notre Compagnie www.cnejita.org que vous pouvez consulter et qui dispose d'un moteur de recherche.

Je vais maintenant passer la parole au premier intervenant de la première partie du colloque « cadre juridique et condition d'exécution », qui est Me Kami HAERI, avocat, Président de la commission ouverte « Contentieux des Affaires » du Barreau de Paris.

II. Cadre juridique et conditions d'exécution.

II. 1 « Fondements juridiques et attentes du requérant »

Maître Kami HAERI, Avocat, Président de la Commission ouverte « Contentieux des Affaires » du Barreau de Paris

Mesdames et Messieurs, je souhaite tout d'abord remercier la Compagnie qui a eu l'idée d'organiser ce colloque particulièrement intéressant sur des sujets d'actualité. Je suis extrêmement honoré d'être invité à prendre la parole. Vous avez eu la bonne idée de me faire parler en premier, ce qui fera en sorte que la qualité des intervenants qui parleront après moi reléguera mon intervention au rang de préhistoire, ce qui est probablement une bonne chose.

Si j'interviens devant vous aujourd'hui, c'est certes, ès qualité d'avocat, mais je crois que je peux me faire le témoin d'une tendance générale que nous aurons tous constatée. La nature du contentieux dans notre système change. Il y a effectivement moins de contentieux dans ce Tribunal, mais on peut estimer que la nature, la morphologie du contentieux dont sont saisis les tribunaux notamment le Tribunal de Commerce a changé récemment.

C'est un contentieux qui est devenu plus agressif, plus stratégique et dont les enjeux sont différents, dont les enjeux sont plus importants. C'est un contentieux qui, dans l'esprit de nos clients aujourd'hui, s'inscrit dans le cadre général de leur activité, voire de leur développement. Il y a de plus en plus de contentieux post acquisition. Il y a des contentieux de plus en plus nombreux sur les conditions de ces acquisitions, sur les compléments de prix, comme si en réalité le contentieux subséquent à une opération faisait partie de la négociation et de l'opération elles-mêmes. La faiblesse de l'une des parties pendant la négociation sera désormais compensée par un contentieux futur. C'est une première tendance. C'est une tendance de la part des parties au procès et ce contentieux sera, pour nous tous, plus intéressant également parce qu'un accent plus grand sera mis désormais sur l'approche du préjudice.

Un certain nombre de rapports rendus ont commencé à évoquer la notion de dommages punitifs, c'est-à-dire un dommage qui va au-delà de la simple indemnisation du préjudice mais qui sanctionne un comportement déloyal, frauduleux au nom d'une sorte d'action ut singuli accordée à n'importe quel citoyen. C'est la notion de dommage punitif qui, peu ou prou, est en train

d'entrer dans notre système. Je pense notamment à des affaires dans des matières qui sont proches de celles que nous manipulons régulièrement, à la loi du 29 octobre 2007 qui transpose la directive de 2004 sur la contrefaçon. On commence à évoquer la notion de dommages et intérêts qui viendraient confisquer les revenus illicites tirés de la contrefaçon plutôt que de se tourner vers le vendeur pour qu'il établisse un préjudice direct personnel.

Dans cette même loi, il y a le célèbre forfait licence qui permet désormais, de manière forfaitaire, d'obtenir ce que l'on aurait obtenu si nos droits avaient été licitement exploités. Il y a donc une modification de la morphologie, de l'approche de ces questions par le législateur et, désormais, par les tribunaux. C'est une bonne chose parce que dans un environnement un peu international, où nous pourrions disposer d'une multiplicité de forums, si les tribunaux français, si le système judiciaire français, ne permettent pas de demander mieux, de demander plus intelligemment, d'obtenir davantage et d'avoir des droits mieux respectés, eh bien nos tribunaux risquent, à un moment ou à un autre, d'être désertés.

Il existe un certain nombre de domaines qui peuvent justifier les mesures dont nous allons discuter aujourd'hui. Il est impératif que notre système, notre pratique puissent être en adéquation avec les besoins des citoyens, des parties. Il y a aujourd'hui un constat, un constat purement technologique. C'est qu'au fil du temps, l'information devient de plus en plus intangible : elle se communique beaucoup plus facilement, elle se conserve plus facilement et elle se démultiplie plus facilement. Il y a aujourd'hui plus d'information disponible et davantage de personnes sont dépositaires de cette information. Et enfin, très important, l'on peut garantir l'intégrité de la copie de cette information.

Il y a donc des opportunités plus importantes d'aller saisir des informations qu'il n'y a ne serait-ce que de 10 ans. Aujourd'hui, on peut parfaitement décider de mettre 10 personnes en copie d'un mail. Cela ne représente pas un effort particulièrement important. Vous avez donc mathématiquement 10 fois plus de chance de retrouver cette information si vous en avez besoin. Il y a également un autre phénomène qui est celui du problème probatoire. En vérité, on parle aujourd'hui d'un problème de preuves. Nous sommes dans des approches probatoires, que ce soit en matière de contrefaçon ou en matière de procédure « article 145 ». Nous sommes en train de discuter les moyens de conjuguer les talents de toutes les personnes présentes ici, qu'elles soient avocates, huissiers, experts ou magistrats, pour constituer un outil efficace d'appréhension d'un certain nombre d'informations en perspective d'une action future. Il s'agit d'un problème probatoire.

Nous avons une difficulté. On peut appeler cela une faiblesse ou une spécificité de notre système français. Il n'y a pas de « disclosure » ou de « discovery » comme dans les systèmes américains ou anglais. Une partie n'est pas tenue de délivrer spontanément l'intégralité des informations, des éléments qui vont gouverner le règlement d'un conflit. La preuve est celle que

vous souhaitez spontanément livrer. Il y a certes des aménagements, des sommations, des incidents de communication. Mais la réalité est que ces incidents s'inscrivent dans une procédure extrêmement complexe. Cela ralentit les choses. Ce n'est pas toujours accordé, surtout lorsque l'on fait une sommation. Et surtout, il faut que l'on sache quoi chercher : dans des affaires éminemment complexes, des affaires de concurrence déloyale où l'information est dissimulée, où elle est filandreuse, on ne sait pas toujours quoi demander. Il faut donc pouvoir aller l'obtenir de manière plus globale. D'où le développement du recours, comme l'exposait M. le Président HATTAB à des mesures de saisie de plus en plus fréquentes.

D'un point de vue purement légal, il y a quelques fondements dans notre système qui permettent d'appréhender ce type d'information en fonction de la matière qui vous intéresse lorsqu'il s'agit d'affaires liées à la protection d'un droit intellectuel ou industriel. On aura effectivement recours aux dispositifs des articles 331, 332 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Simplement, c'est compliqué. Il y a un certain nombre de contraintes. Il faut démontrer une homogénéité de vos droits. Il faut montrer que vous êtes titulaire du droit revendiqué, qu'il y a une homogénéité dans la transmission de ces droits, dans la licence que vous invoquez. Il y a un certain nombre de paramètres qui sont spécifiques aux textes de la propriété intellectuelle. Il y a une obligation par la suite d'assigner dans un délai bref, sinon vous perdriez le bénéfice légal de votre mesure de constat, de saisie.

Il y a effectivement les dispositions 808, 809, 872, 873 qui permettent de solliciter par voie de référé, une telle mesure. Mais là encore, il faut qu'il y ait un ensemble de constatations sérieuses ou un trouble manifestement illicite.

Et puis, il y a l'article 145 du CPC. C'est une spécificité de notre procédure civile : l'article 145 existe depuis longtemps et était le plus souvent employé pour solliciter des expertises. C'est une des voies classiques pour obtenir une expertise. Depuis quelques années, on s'est aperçu que la technologie s'étant améliorée, l'agressivité aussi qui accompagne certaines opérations étant plus grande, on a recours de plus en plus à l'article 145 pour obtenir des ordonnances sur requête.

L'article 145 permet de constater. C'est un constat, ce n'est pas une saisie. Certes on aura uniquement le son et pas l'image, mais ce n'est pas gênant. Cet article permet d'aller appréhender chez son futur adversaire (ou en tous lieux) des éléments qui vous seraient utiles en perspective d'une action au fond que vous lanceriez ultérieurement sans limite de délai.

Vous pouvez lancer une procédure 145 du NCPC sans avoir impérativement à transformer l'essai dans un délai de 30 jours, de X semaines, sauf, ce qui est souhaitable, si l'ordonnance signée vous l'impose. Mais le texte ne l'impose pas.

Il n'impose pas d'urgence non plus. Je reviendrai, si vous le souhaitez, sur un aller-retour de la Cour de Cassation sur la question de

l'urgence. Cette condition d'urgence ne faisait pas partie, ne fait pas partie du texte. C'est une condition qui préexiste à l'obtention d'une ordonnance sur le fond de l'article 145. Il y a une décision du mois de juin 2008 qui a imposé l'urgence mais il se trouve que cette décision a été rendue au double visa de l'article 145 mais également de l'article 875 qui est une disposition un peu balai qui impose l'urgence. Une décision du 15 janvier 2009 de la Cour de Cassation revient à la lettre du texte et rappelle que l'urgence n'est pas nécessaire en matière de 145.

Quels sont les éléments nécessaires dans l'article 145 ? Il faut établir l'existence d'un motif légitime. C'est une terminologie relativement générique, un commencement de preuve. La Cour de Cassation, deuxième chambre civile, le 8 février 2006 a pu rappeler que ce motif légitime peut s'interpréter à la lumière d'articles de presse, d'attestations. Donc il y a une très grande latitude dans l'administration de cette preuve initiale qui permet d'obtenir une ordonnance.

Le deuxième critère, c'est naturellement le fait que la mesure de constat autorisée ne doit pas être trop générale. En tout cas le Président du Tribunal de Grande Instance ou de Commerce désignera un huissier accompagné d'un expert informatique ou expert comptable, le cas échéant accompagné de la force publique pour assurer un bon déroulement des opérations (il ne s'agit pas d'une perquisition, néanmoins, la force publique peut être utilement sollicitée le cas échéant pour aller chez un adversaire, un futur adversaire ou en tous lieux pour obtenir, saisir, constater un certain nombre de choses).

C'est là que toute l'intelligence et le savoir-faire des huissiers et des experts informatiques qui interviennent est importante, puisque la preuve est informatique. Il faut pouvoir appréhender cette preuve. Un procès-verbal est ensuite établi. Ce procès-verbal sera le premier matériau qui permettra de lancer une action ensuite.

Nécessairement, comme c'est intrusif, puisqu'il vaudra mieux procéder par voie de requête, ils feront en sorte que cette mesure soit exécutée au moment où elle sera signifiée. Il y a un certain nombre d'intrusions qui peuvent être faites dans l'intimité, dans le secret professionnel, dans la confidentialité, dans le secret défense, dans le secret médical, dans le secret bancaire, de manière plus générale dans le secret des affaires. C'est la principale limite et c'est ce qui va faire en sorte aujourd'hui que nous allons évoquer utilement la précision avec laquelle il faut préparer, présenter et obtenir ces requêtes.

Je pense que mon confrère Céline CADARS-BEAUFOR évoquera après moi les contraintes et la protection des secrets et de l'intimité de la personne qui est saisie.

Une chose que je pourrais vous dire, mais je ne veux pas empiéter sur ce que dira Céline tout à l'heure, c'est qu'il y a une tendance malgré tout à autoriser l'accès à la preuve. Il y a une tendance qui se dessine sur le fait que

l'on essaie de mettre de moins en moins d'obstacles possibles entre le requérant à la mesure et les éléments de preuve qu'il souhaite obtenir. L'un des principaux obstacles étant l'intimité personnelle des personnes qui font l'objet d'une saisie, Céline l'évoquera, il y a aujourd'hui une tendance nette à autoriser la manifestation de la vérité nonobstant le caractère personnel de certaines informations.

En résumé, il existe aujourd'hui une augmentation qualitative des moyens technologiques dont nous disposons tous. Je pense qu'une conjugaison intelligente, préparée, coordonnée des talents des huissiers pour la préparation de la mesure, des experts informatiques sur les moyens qui doivent être en œuvre (en parler en amont, préparer utilement un projet d'ordonnance), est nécessaire. C'est le sens qu'il faut donner à nos réflexions de ce jour.

M. Nathan HATTAB.- Je passe la parole à Me CADARS-BEAUFOUR, avocate, membre du Conseil de l'Ordre qui va traiter de la question de la préservation des droits de la personne.

II. 2 « Préservation des droits de la personne »

Maître Céline CADARS-BEAUFOUR, Avocat, Membre du Conseil de l'Ordre

Il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si les libertés individuelles ne sont pas en danger, si de tels constats ne constituent pas une entrave au secret des affaires.

Les droits de la personne, physique ou morale, sont-ils préservés dans le cadre de telles mesures ?

Les constats de données informatiques, ordonnés sur simple requête, ne risquent-ils pas de dégénérer en une sorte de perquisition civile ?

Car nous ne sommes pas en matière pénale, mais en droit civil, droit commercial, droit social (dénigrement, concurrence déloyale, débauchage massif, vol de documents commerciaux, rupture de pourparlers...).

Il s'agit d'un sujet important.

Un groupe de réflexion, sous la présidence de Monsieur le Président BINOCHÉ a été mis en place, regroupant avocats, magistrats, experts et huissiers, afin précisément de veiller à un équilibre entre respect des libertés individuelles et conservation de preuves.

Trois ordonnances types ont été rédigées avec des notes explicatives constituant une sorte de code de bonne conduite de la saisie 145.

Elles sont publiées sur le site de l'Ordre du Barreau de Paris.

- II -

Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Toute atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation (article 9 du code civil).

Le droit au respect « de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » est consacré par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme.

Il a été jugé que les personnes morales sont susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée (CA Aix en Provence, 10 mai 2001)

« Les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, peuvent dans certaines circonstances, être interprétés comme incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, de son agence, de ses locaux professionnels » (CEDH 16 avril 2002)

...à fortiori de son système informatique, du contenu des disques durs de ses ordinateurs.

Les droits de la personne physique, c'est le droit au respect de sa vie affective, patrimoniale, de ses opinions, de sa religion, de son appartenance politique, c'est le droit au secret de ses correspondances.

Les droits d'une personne morale ce sera le droit au secret des affaires (le nom de ses clients, de ses fournisseurs, le fruit de ses recherches, secret de fabrique... enfin tout ce qui fait la richesse et la spécificité d'une entreprise).

Est illicite toute immixtion arbitraire dans cette sphère privée de la personne physique ou morale.

L'article 66 de la constitution confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde des libertés individuelles sous tous ses aspects.

-III -

Et pourtant, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, dès lors qu'elle est justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence. (Cass. com. 15 mai 2007).

La jurisprudence de la Cour de Cassation veille cependant au respect des droits de la personne, en contrôlant que la mesure demandée :

ne revêt pas un caractère général d'investigation,

procède d'un motif légitime,

s'inscrit dans une absolue nécessité d'assurer la protection des droits du requérant.

- Vie privée du salarié – étendue de la protection

La notion de respect de la vie privée du salarié ne cesse d'évoluer.

La jurisprudence a récemment fait l'objet de revirements.

« Le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ».

→ Cass. soc. 23 mai 2007).

Il s'agissait en l'espèce précisément, de l'ouverture par un huissier de l'ordinateur du salarié soupçonné d'actes de concurrences déloyales, en la présence de celui-ci.

On assiste à une réduction importante de la sphère privée du salarié au sein de l'entreprise.

→ Cass. soc. 2 octobre 2001 :

« Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail au respect de l'intimité de sa vie privée. Celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; l'employeur ne peut dès lors, sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour

son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur. »

→ Cass. soc. 17 mai 2005 :

« Sauf risque ou évènement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de son ordinateur professionnel, qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé. »

→ Cass. soc. 18 mai 2006 :

« Les dossiers des fichiers créés par un salarié grâce à l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur pour son activité professionnelle, sont présumés à caractère professionnel ».

Il est aujourd'hui établi par la Cour de cassation que les documents personnels et la correspondance privée d'un salarié, contenus dans son ordinateur professionnel, ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à la recherche de la preuve.

Il semblait cependant découler de plusieurs arrêts de la Cour de Cassation et notamment d'un arrêt rendu le 17 mai 2005 par la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, que pour rendre valable le constat, le salarié devait être appelé à assister aux constatations auxquelles il était demandé à l'huissier et à l'expert de procéder sur son ordinateur.

Cependant, deux arrêts rendus par la Cour de Cassation, semblent décider du contraire :

→ Cass. soc. 18 mars 2008 :

« Si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche il est interdit à cet officier ministériel d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve ».

→ Cass. soc. 9 juillet 2008 :

Les connexions Internet établies par un salarié pendant son temps de travail grâce à un ordinateur mis à sa disposition par son employeur, sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher pour les identifier en dehors de la présence du salarié.

- Secret des affaires et concurrence déloyale

Le secret des affaires est souvent opposé au requérant, dans le cadre des constats informatiques.

Cependant, la 2ème Chambre Civile de la Cour de Cassation a clairement décidé que le secret d'affaire ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées. (Cass. civ. 2ème chambre, 7 janvier 1999).

Il s'agit d'une subtile conciliation entre le droit au secret, les droits de la défense et l'efficacité des procédures de concurrence.

La Cour de cassation considère qu'un constat d'huissier en matière de concurrence déloyale, dès lors qu'il procède d'un motif légitime, et se borne à des constatations dont l'objet était circonscrit dans l'ordonnance sur requête et ses annexes, est permis. (Cour de Cassation chambre civile 2006)

En revanche, « doit être rétractée, l'ordonnance sur requête qui en application de l'article 145, confère à un huissier de justice, sous le seul contrôle de la société requérante, une mission générale d'investigation et un pouvoir d'enquête ».

- Secret professionnel : empêchement légitime opposable au juge civil

Toutefois, semble résister encore à la possibilité d'établir des constats de données informatiques, tout ce qui aurait trait au secret professionnel.

A savoir, les correspondances entre avocats, entre l'avocat et son client, tout ce qui a trait au secret médical, au secret bancaire.

En ces cas, il y a lieu de ne pas procéder à un constat de ces fichiers.

Les huissiers doivent dès lors opérer un tri.

Les documents qui relèvent du secret professionnel sont mis de côté, et refermés.

Il y a cependant lieu de s'interroger sur l'entrave qui est faite au droit des personnes par le technicien informatique qui procède aux recherches, qui ouvre les documents, et les sélectionne.

Car « trier » des données pour ne retenir que celles qui peuvent faire l'objet d'un constat, c'est de toute façon entrer dans l'intimité, c'est éventuellement même, prendre connaissance de données protégées par un secret.

Ne faudrait-il pas envisager que ce technicien informatique soit lui-même soumis au secret professionnel, ou à tout le moins à une déontologie, de telle sorte qu'il ne puisse en aucun cas divulguer ce qu'il aura été amené à voir, sans être soumis à une sanction.

- IV -

Les gardes fous de ces procédures coercitives et intrusives sont les juges (juges des requêtes et contrôle ultime de la Cour de cassation)

En l'état actuel de la jurisprudence, ils assurent la protection des droits des personnes en veillant à ce que la mesure demandée :

- ne revêt pas un caractère général d'investigation,
- procède d'un motif légitime,
- et s'inscrit dans une absolue nécessité d'assurer la protection des droits du requérant.

II. 3 « Exigences et limites de la recherche de la preuve par dérogation au principe de contradiction »

M. Emmanuel BINOCHE, Premier Vice-président au Tribunal de Grande Instance de Paris

Je voulais vous dire au préalable que M. DEGRANDI, Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, est empêché et regrette de ne pas être parmi nous. Il m'a demandé également de le représenter aujourd'hui, ce que je fais avec d'autant plus de plaisir que les travaux collectifs dont il a été question tout à l'heure s'inscrivent dans une réflexion qu'il mène actuellement, et qui s'inscrit dans une démarche de modélisation d'un certain nombre de décisions, ou de réalisation d'aide-mémoires appartenant à différents domaines complexes : c'est, je crois ce que nous avons essayé de faire, en tout cas dans cet esprit.

Je voulais souligner au passage que nous avons au cours de cette réflexion collective, qui a duré longtemps, parce que le problème était complexe, associé des professionnels de spécialités différentes comme les avocats, les experts, les huissiers, les magistrats, mais également de ressorts territoriaux différents, à savoir Nanterre et Paris, et de compétences différentes, puisqu'il y avait des magistrats professionnels et des magistrats consulaires. C'est une originalité qui a marqué notre démarche, souhaitée pour un maximum d'efficacité. Voilà ce que je voulais dire en préliminaire.

J'aborde tout de suite le sujet qui m'est confié.

La contradiction réservée, conditions d'application

Le juge doit limiter le recours au constat d'huissier sur simple requête aux seuls cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse, aux termes de l'article 493 du code de procédure civile : il me faut donc insister sur le caractère exceptionnel de cette dérogation à la contradiction, que l'on retrouve en conséquence dans les décisions de jurisprudence citées tout à l'heure.

En conséquence, cette mesure doit être très strictement circonscrite et contrôlée : c'est ce que l'on exprime en indiquant qu'il ne peut être prévu de mesure générale.

Mesure à portée nécessairement limitée dans le temps et dans l'espace, le périmètre de la mission se trouve également restreint du seul fait qu'il ne peut être confié à cet officier ministériel que des constatations

purement matérielles.

Principe de loyauté : l'appréciation des moyens à mettre en œuvre doit tenir compte de la préservation de ce principe dans la conduite du futur procès ;

Principe de proportionnalité (article 6 de la C.E.D.H. et jurisprudence de la cour de justice européenne) – on en a déjà parlé - : la mise en œuvre de dispositifs inappropriés à la finalité – notion de moyen pertinent et nécessaire – doit être proscrite ;

Principe d'impartialité : est-il utile de préciser que dans la mesure où l'on se trouve dans le cadre d'une décision prise sans que l'autre partie ait été appelée pour en débattre, la moindre discussion sur ce point relativement à l'huissier de justice comme à l'expert dont l'assistance est déterminante ne doit pas être envisagée.

Protection d'intérêts ou droits de valeur comparable : Me Céline Cadars-Beaufour en a parlé savamment, compte tenu du caractère intrusif de l'intervention, une vigilance doit s'exercer à tous les stades sur la préservation d'intérêts essentiels comme ceux relatifs à la sphère privée, aux secrets professionnels (avocat, médecin) ou des affaires (concurrence déloyale).

Un officier ministériel nommé désigné

L'huissier est désigné dans l'ordonnance en application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile : il s'agit d'une mesure d'instruction prévue par l'article 249 du même code.

L'huissier étant pris en sa qualité d'officier ministériel, la mission doit respecter la compétence territoriale qui est la sienne (ressort de la juridiction qui le désigne).

La possibilité de poursuivre la mission en tous lieux du ressort ne peut s'envisager qu'à titre exceptionnel, en présence d'un lien de rattachement suffisant : il peut s'agir en pratique d'établissements ou d'annexes de la même entité juridique situés en des lieux différents de l'adresse du siège ou de celle de la domiciliation commerciale, et où l'activité est en tout ou partie exercée.

La révélation au cours des opérations de l'existence d'un tiers, par exemple d'un fournisseur, au domicile ou au siège duquel des constatations subséquentes s'avéreraient nécessaires, devrait donner lieu à une nouvelle requête.

Une mission circonscrite

Une liste des éléments recherchés et susceptibles d'être découverts doit être fournie.

Le secret des affaires peut être écarté quand il s'agit d'établir des faits de concurrence déloyale, ou une activité déloyale, mais à condition que :

- les termes de la requête permettent au juge de constater que la mesure demandée, qui ne saurait avoir un caractère général, procède bien d'un motif légitime – j'insiste sur ce point -, et de la nécessité d'assurer la protection des droits du requérant,

- l'ordonnance comporte une mission ciblée, avec des mots-clés

dûment définis et en nombre limité, correspondant par exemple à des noms de clients, avec le visa de factures relatives à des clients précis, sur une période donnée.

Le respect de la vie personnelle et en particulier le secret des correspondances ne constitue pas en lui-même un obstacle à la recherche de la preuve [arrêts n° 05-17.818 du 23 mai 2007 de la chambre sociale (cassation), Bulletin 2007, V, n° 84 et n° 1126 FS-PB du 10 juin 2008, Chambre sociale (rejet)], et les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur pour son activité professionnelle sont ainsi présumés à caractère professionnel (Cassation chambre sociale 18 octobre 2006, n° 04-48.025 et 04-47.400) , mais à la condition toutefois que l'ordonnance soit la plus précise possible :

- quant aux éléments recherchés, comme par exemple une lettre ou un courriel révélateur du comportement litigieux ;

- quant aux modalités d'accès à la messagerie, l'identité des personnes concernées et la période couverte par la recherche.

Exemple : les courriels échangés durant la période du 1° janvier au 30 juin 2006 entre Mr X., ancien salarié du requérant, et Mme Y. de la société concurrente.

Il est hautement souhaitable d'effectuer les recherches, sur les messages se présentant comme « personnels », le salarié présent et en tout cas appelé, comme l'a indiqué Me Cadars-Beaufour tout à l'heure.

Des rôles distincts, des acteurs responsables

Je vais essayer de distinguer rapidement les rôles de chacun, au sujet desquels il ne peut à mon sens y avoir de confusion possible.

C'est le rôle de l'avocat de bien préparer la requête et le projet de mission, en s'aidant de toutes manières possibles, pour proposer une mission précisément justifiée, et circonscrite le mieux possible pour éviter tous dérapages, à l'abri de tout soupçon d'instrumentalisation.

C'est ensuite celui du juge de décider, et pour ce faire de vérifier préalablement l'existence d'un motif légitime de nature à justifier la requête.

Il lui appartient ensuite d'apporter toutes corrections éventuellement nécessaires au projet de mission proposé : à cet égard, il faut être bien clair, les modèles que nous avons essayés d'élaborer à la suite de nos réflexions collectives et dont nous pouvons disposer ne peuvent être retenus sans adaptation à chaque cas, pour s'assurer du caractère « légalement admissible » de la mesure envisagée : le concept de « légalement admissible » doit être compris de manière large, et non pas dans le sens strict de la loi inscrite dans le marbre, incluant le respect du principe de loyauté dans l'exécution de la mission, et de proportionnalité des moyens mis en œuvre relativement à l'enjeu présenté.

C'est à l'huissier, officier ministériel, choisi par le juge, mais non par le requérant qui n'est pas son mandant, de vérifier (par comparaison avec l'article 339 CPC) que la question de son impartialité ne peut se poser.

Il lui appartient de tenir compte de l'exigence « renforcée » d'impartialité dans le choix du technicien informatique, qui n'est pas davantage l'expert du requérant : exigence renforcée, en raison du fait que le requis, qui va subir l'intrusion, n'a pas été appelé à débattre contradictoirement de la légitimité de la mesure à laquelle il va se trouver confronté.

En permanence, l'huissier doit s'assurer que l'exécution n'échappe pas à "son contrôle et à sa responsabilité", d'autant plus que la partie adverse n'a pu débattre de la mesure, l'aspect technique des constatations dont il va être largement question bientôt ne pouvant en aucun cas être un alibi de ce point de vue.

Car en cas de difficulté, c'est sa responsabilité qui pourra se trouver engagée, et non - sauf cas exceptionnel - celle du technicien.

Pas de confusion des rôles par conséquent entre celui de l'huissier et celui du technicien qui l'assiste - et non l'inverse -, et qui a une obligation de pédagogie et de concourir à une traçabilité lisible par une personne normalement avisée, sans solution de continuité, des opérations qui seront relatées dans le procès-verbal, établi par l'huissier.

Etanchéité entre les différentes phases : la phase de préparation de la requête peut faire intervenir comme conseil un expert en informatique ; celui-ci – et ils ne sont pas si nombreux à être spécialisés dans ce domaine complexe - ne pourra pas accepter d'être ensuite choisi par l'huissier pour la phase de l'exécution.

Une mesure encadrée, mais dynamique

Si les "pré-requis" du processus peuvent paraître contraignants, la mise en œuvre de la mesure doit être dynamique, et ne pas se laisser paralyser par quelque entrave que ce soit.

Entrave du fait du requis, et c'est pourquoi l'obstruction ne peut être prise en considération : c'est le sens des dispositions proposées dans les modèles pour la prévenir.

Entrave du fait de l'enlèvement résultant d'une "fuite en avant" représentée par des investigations hors de propos relativement à l'enjeu, échappant au contrôle de l'huissier, générateur du risque de rétractation et de mise à néant des opérations.

Entrave pouvant résulter de la tentation d'en référer au juge : c'est pourquoi il est préféré de faire le pari de la responsabilisation de l'huissier, protégé par son statut d'officier ministériel, contrôlé si besoin est disciplinairement par sa Chambre.

Entrave pouvant résulter d'un recours abusif à la mesure : c'est pourquoi il a été proposé de prévoir un dispositif préventif de toute instrumentalisation : caducité à défaut de saisine dans un délai bref de l'huissier, prévision d'un délai pour l'exécution, restitution des données saisies en cas d'inaction (défaut de saisine du juge au fond, ou de saisine d'un expert en référé).



Dans un univers économique toujours plus ouvert à la concurrence, le « requérant » attend de notre système judiciaire des réponses efficaces pour assurer le respect des règles devant inspirer un comportement loyal dans la conduite des affaires, comme Me Kami Haeri, avocat, président de la Commission ouverte de l'Ordre nous l'a exposé ; les réseaux, au travers desquels l'essentiel des transactions commerciales ou financières se prépare, s'élabore et s'applique dans la sécurité, ne doivent pas pour autant abriter en toute impunité des comportements parasitant la création des richesses : la disposition d'une sorte de « discovery » à la française, permettant non seulement de conserver, mais aussi d'établir la preuve avant tout procès, est donc légitime.

Pour autant, le haut degré de protection des droits fondamentaux de la personne assuré par notre système juridique souligné justement par Me Céline Cadars-Beaufour, avocat et membre du conseil de l'Ordre, comme la sécurité des transactions à laquelle participe souvent une nécessaire confidentialité doivent être préservés d'une intrusion dont les effets pourraient dégénérer en abus.

Me Denis Calippe, président de la Chambre départementale des huissiers de Paris à qui je cède la parole, nous expliquera à présent mieux que je n'ai pu le faire, le rôle essentiel que l'officier ministériel doit jouer pour ménager ces légitimes intérêts.

II. 4 «L'Huissier de justice, son rôle et ses responsabilités»

Me Denis CALIPPE, Président de la Chambre des Huissiers de Paris

Monsieur le Président, merci de m'avoir passé la parole.

Après l'évocation d'un certain nombre de grands principes, je voudrais aborder notre rôle de manière plus précise.

Lors de la préparation de ce colloque et des différentes réunions, nous avons évoqué cette problématique avec beaucoup d'acuité : quelle différence entre constat et saisie ? Quel rôle pour chacun des intervenants ? Quelle compétence attendre de chacun d'eux ? Mais également que penser des opérations différées ? Et au travers de ces différentes questions : quel est le rôle et quelle est la responsabilité de l'huissier de justice ?

Je voudrais évoquer notre rôle et notre responsabilité au travers de trois étapes distinctes.

La première est la phase préparatoire à la mesure qui sera ordonnée. Ensuite notre rôle et notre responsabilité au cours des opérations et, pour terminer, notre rôle après les opérations sur site.

Je voudrais en préliminaire vous rappeler une distinction entre le constat et la saisie. Le constat est une mesure d'instruction. Cela vous a été rappelé tout à l'heure par le Président BINOCHE. C'est une mesure d'instruction régie par des dispositions spécifiques du Code de procédure civile. La saisie contrefaçon est une voie d'exécution qui est régie par des dispositions spécifiques du Code de la propriété intellectuelle.

Ces deux procédures ont une caractéristique commune. Elles sont effectuées par un officier public et ministériel qu'est l'huissier de justice. Elles ont un objectif identique qui est la constitution d'un moyen de preuve.

Notre rôle dans cette procédure repose sur l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui démontre que l'huissier de justice, l'officier ministériel, est un professionnel de la preuve. Notre rôle et notre responsabilité sont cependant différents selon la procédure utilisée. Soit le constat est fondé sur l'article 145 du Code de procédure civile, soit c'est une procédure de contrefaçon régie par l'article L332-1 du Code de la propriété intellectuelle.

L'huissier de justice est la seule personne habilitée à effectuer des constatations et des saisies. L'article 1 de l'ordonnance de 1945 qui établit notre statut rappelle que les huissiers de justice peuvent être commis pour effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter.

Ils peuvent également procéder à des constatations de même nature

à la demande de particulier. Mais dans l'un et l'autre cas, ces constatations n'ont que la valeur de simple renseignement. C'est le texte fondateur de nos interventions.

Il y a également d'autres articles, notamment les articles 18 et 19 de la loi du 9 juillet 1991 qui rappellent que seul peut procéder à l'exécution forcée l'huissier de justice et ce dernier, chargé de l'exécution, a la responsabilité de la conduite des opérations d'exécution.

Le 29 octobre 2002, la Cour de Cassation dans un arrêt de la Chambre sociale a rappelé que seuls les huissiers de justice sont exclusivement habilités à effectuer des constatations matérielles et qu'ils ne peuvent recueillir des témoignages qu'aux seules fins d'éclairer des constatations matérielles.

Il apparaît donc à la lecture de la jurisprudence et des textes, que ce soit en matière de constat ou de saisie, que la personne sur laquelle repose l'entière responsabilité des opérations est l'huissier de justice.

Il me paraît donc, en fonction de ces éléments, important voire même déterminant d'associer l'huissier de justice à la phase préparatoire de l'ordonnance et , de déterminer avec lui un certain nombre de critères, notamment le périmètre d'intervention des opérations, aussi bien dans le temps que dans l'espace ; de coordonner une action éventuelle entre huissiers et intervenants ,notamment l'expert ; de définir avec lui les moyens à mettre en œuvre avant que l'opération ne débute, avant que celle-ci soit une réussite mais également afin de limiter les impondérables qui, inévitablement, vont survenir au cours des opérations.

Cette phase préparatoire est essentielle. Nous ne devons pas être envoyés dans l'inconnu à la recherche d'informations. Je ne pense pas que ce soit l'objectif de ce genre de mission. Nous devons avoir les éléments nécessaires qui nous permettront d'assurer la bonne réalisation de la mission qui nous a été confiée.

Le Président BINOCHE l'a rappelé tout à l'heure. Il existe une distinction entre saisie et constat sur le choix de l'huissier. En effet, en matière de constat, l'huissier n'est pas choisi par les parties mais par le magistrat. Il n'est donc pas au service de la partie requérante. Il agit en qualité de constatant. Il est nommé par le magistrat. Il a la confiance de celui-ci.

En contrefaçon, la situation est différente, car les huissiers de justice sont d'une manière générale choisis par la partie requérante en fonction de leurs compétences, de leur disponibilité et des lieux d'intervention. Je pense qu'en matière de saisie de contrefaçon, comme en matière de constat, il est indispensable d'associer l'huissier à la phase préparatoire.

Quel est notre rôle et notre responsabilité pendant ces opérations et que faut-il entendre par responsabilité de l'huissier de justice ?

Il y a d'une part la responsabilité de la conduite des opérations et de leur légalité, mais également la responsabilité civile, financière ou pénale qui peut en découler.

Je voulais rappeler en préalable que seul l'huissier de justice est habilité à mener des opérations et a la responsabilité des opérations. C'est donc sur lui que va peser toute la charge de la mission.

Dans un premier temps, il va avoir à veiller au respect de la légalité des opérations. Il faut faire une distinction entre saisie contrefaçon et constat en ce qui concerne la première étape de la procédure qui va débiter par une signification. En matière de saisie-contrefaçon, ceci a été rappelé à diverses reprises, l'opération doit obligatoirement débiter par la signification de l'ordonnance et de la requête. En matière de constat, la procédure est totalement différente. Il existe un débat ouvert sur la nécessité de procéder ou non à la notification d'ordonnances sur requête.

L'article 503 du Code de procédure civile dispose que les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés sans leur avoir été notifiés.

Il est toutefois précisé qu'en cas d'exécution au seul vu de la minute, la présentation de celle-ci vaut notification. La Cour de Cassation veille au respect de ces principes et a estimé sur le fondement des articles 16 et 145 Code de procédure civile qu'un juge ne pouvait se fonder sur un constat sur requête diligenté par un huissier de justice, si la requête et l'ordonnance n'ont pas été laissées chez la partie chez laquelle se déroulent les opérations.

En matière d'expertise, il a été jugé par la Cour de Cassation le 22 juillet 1992, par la quatrième Chambre civile que les articles 503 et 504 sont sans application.

Le 28 mars 1996, la deuxième Chambre civile a rappelé que si une ordonnance sur requête est exécutoire sur minutes, encore faut-il qu'elles soient présentées à la personne à laquelle on veut l'opposer.

L'article 495 du Code de procédure civile précise quant à lui que l'ordonnance sur requête est motivée, et exécutoire au seul vu de la minute ; copie de la requête et de l'ordonnance sont laissées à la personne à laquelle elle est opposée.

Il est donc essentiel en matière de constat comme en matière de saisie de contrefaçon que l'huissier soit porteur de l'original de l'ordonnance et de la requête, ce qui nécessite en cas d'opérations multiples concomitantes qu'une ordonnance soit prévue pour chacune des interventions afin que l'huissier du justice soit en possession de l'original.

La deuxième responsabilité de l'huissier pendant les opérations est le respect du principe de loyauté et de proportionnalité de la mesure.

Si les procédures de constat et de contrefaçon débiter de manière identique par la signification ou la remise de l'ordonnance, la personne au préjudice de qui est diligentée cette mesure doit pouvoir connaître les raisons qui motivent notre intervention. Le rôle de l'huissier de justice est dans cette phase fondamentale, car c'est à ce moment que va se jouer la suite des opérations et notamment la réussite de la phase matérielle.

Il lui appartient de faire comprendre aux parties ce qui va être

effectué et leur intérêt à ne pas s'opposer aux opérations de constat ou de saisie. Je vous rappellerai les dispositions de l'article 10 du Code civil. Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice. C'est dans cette phase que celui-ci appréciera la nécessité de recourir à la force publique si des obstacles lui sont opposés.

Dans la procédure de contrefaçon, nous sommes généralement assistés dès le début des opérations par des représentants de la force publique.

Les opérations de constat ou de saisie, en raison de leurs difficultés matérielles et techniques, nécessitent de plus en plus fréquemment que les huissiers soient assistés d'experts ou de sachant, notamment en matière de sécurité informatique, par des experts qualifiés en la matière. Aujourd'hui, l'usage est quasiment généralisé que nous soyons assistés d'un expert, d'où l'intérêt des phases préparatoires et des relations privilégiées que les huissiers de justice nouent avec les experts.

Il existe donc à ce stade de la procédure un partage obligé des opérations, partage entre l'expert et l'huissier. Toutefois, ce partage, même si c'est une délégation aux experts des opérations techniques, n'entraîne pas pour l'expert la responsabilité des opérations qui vont rester et peser toujours sur l'huissier de justice.

L'expert, lui, aura la responsabilité des manipulations techniques. C'est certainement la partie la plus complexe de la mission, la plus difficile, car au cours des opérations, l'huissier de justice va devoir, comme vous le savez tous, relater de manière très factuelle, très ponctuelle, prendre copie de tous les éléments qui vont avoir lieu à partir du début des opérations techniques, d'où l'intérêt d'une très grande harmonie entre l'expert et l'huissier pour que le cheminement suivi soit parfaitement établi.

En matière de saisie de contrefaçon, l'huissier va rédiger un procès-verbal sur place, ce qui entraîne des complications et la nécessité d'une très grande exactitude. En matière de constat, l'huissier a la faculté de rédiger son constat à son cabinet et donc de partir avec les éléments qu'il aura recueillis. Il aura tout loisir pour rédiger son procès-verbal.

Au cours de ces opérations, notre rôle est également de veiller au respect de la vie privée et au secret des affaires, au secret professionnel. Ceci vous a déjà été exposé préalablement, mais je voudrais insister sur le fait qu'il appartient à l'huissier de justice au cours des opérations de veiller à ce respect, parce qu'il en a la responsabilité. C'est à lui de décider si tel document doit être pris, si on doit accéder à tel ou tel fichier, bien évidemment en fonction des avis éclairés des experts, mais c'est lui qui prendra l'entière responsabilité de la collecte de l'information.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 9 juillet 2008 a ainsi précisé ce qui pourrait être effectué en matière de recherches sur le poste d'un salarié. Cela nous est de plus en plus demandé. Cela vous a été exposé préalablement. Je voudrais citer une phrase de cet arrêt : « Attendu que les

connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à un outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut rechercher des preuves aux fins de les identifier hors de sa présence. »

On vous l'a rappelé tout à l'heure. C'est un revirement de jurisprudence, mais nous devons quand même avancer avec beaucoup de pragmatisme en la matière.

Durant les opérations, l'huissier de justice devra veiller au strict respect des termes de l'ordonnance, n'utiliser, par exemple, que les mots-clés indiqués par celle-ci. Il devra limiter dans le temps ses opérations et ne pas troubler plus que nécessaire l'activité de l'entreprise.

Son rôle est d'éviter dans la mesure du possible que la mesure autorisée ne se transforme en perquisition voire en saisie déguisée.

En matière de constats notamment, le danger est de les transformer en saisie et que la partie requérante utilise cette mission pour obtenir des informations sur un concurrent. Le rôle de l'huissier de justice est de rester indépendant et sourd à toutes les pressions qui peuvent être exercées à cet instant sur sa personne.

En matière de constat informatique sur Internet, il doit également effectuer un certain nombre de préalables sous le contrôle de l'expert. Vous connaissez tous les préalables à respecter que sont les mémoires flash, les cookies, les mots de passe, effacement de l'historique, etc.

Sur ce type de constat, l'huissier de justice doit également respecter le principe de loyauté. Il ne peut que constater et non intervenir. L'huissier de justice peut seul effectuer des constatations tant qu'elles ne sont que matérielles mais également accessibles à tout public.

Le problème se pose lorsque ce constat passe par un achat en ligne. L'huissier de justice peut-il alors agir seul ? Il prend, à ce moment-là, la qualité de client. Un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris en date du 21 janvier 2009 a ainsi annulé des constats d'achats effectués sur Internet au motif que l'huissier de justice ne s'était pas borné dans son procès-verbal à décrire le site Internet marchand, le produit en cause, mais avait également acquis en ligne, sans divulguer sa qualité, un produit qu'il avait ensuite placé sous scellé. Qu'en agissant ainsi, il avait procédé à une saisie de contrefaçon qui n'avait pas été régulièrement autorisée.

Le 21 octobre 2006, la Cour d'Appel de Paris a reproché à un huissier d'avoir aspiré un site Internet. La Cour a considéré que ces investigations outrepassaient le simple constat et que la procédure devait être analysée comme une procédure de contrefaçon qui ne pouvait être réalisée que selon les procédures de l'article L332-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Ces jurisprudences démontrent la volonté de plus en plus précise d'encadrer ces opérations tant de constat que de saisie.

L'huissier de justice devra donc veiller au respect du principe de loyauté, mais également de celui de proportionnalité et s'assurer aussi bien dans la durée des opérations que dans leur nature que les opérations restent cohérentes avec l'objet de la mission.

Notre rôle doit également être, pendant les opérations, de gérer les incidents. Ces incidents peuvent être de plusieurs ordres. Ce peut être d'ordre technique : je pense que nous avons tous été confrontés à ces problèmes de stockage, de copies, d'ordonnances pas suffisamment bien rédigées nécessitant des interprétations.

Il peut s'agir de problèmes liés à la confidentialité, mais également de problèmes juridiques qui peuvent se poser au cours de nos opérations.

D'une manière générale, ces différents incidents doivent être gérés sur place par l'huissier comme l'a rappelé tout à l'heure le Président BINOCHE. C'est à nous de trancher lorsque nous sommes en opération et non pas avoir recours ou chercher recours auprès d'un magistrat.

Le rôle de l'huissier ne se termine pas à la fin des opérations sur site. En effet, une fois les opérations de saisie ou de constat terminées, notre rôle n'est pas forcément terminé, loin de là. En matière de constat, l'huissier va avoir à rédiger son procès-verbal ; va devoir le clôturer et déposer sous scellés auprès du Greffe, si l'ordonnance le prévoit, les objets et les pièces saisis.

En matière de constat, la problématique est différente. Il ne s'agit pas de scellés, mais de séquestre. Aujourd'hui, il existe à mon avis une certaine dérive qui consiste à oublier que le constat a pour objet de rapporter des éléments de preuve matérielle et qu'il n'est pas une saisie.

Or, très souvent, faute de temps, faute de moyens le constat se transforme en une véritable saisie avec la mise sous séquestre, que celle-ci soit prévue ou non, d'un certain nombre d'informations non exploitées qui vont faire l'objet d'une analyse non contradictoire chez l'expert ou chez l'huissier.

A mon avis, un séquestre dans ce type de procédure ne doit être qu'une exception et ne peut s'appliquer que lorsqu'il est impossible d'exécuter sur place la mission pour des raisons techniques. Il appartient à l'huissier de justice de décider si cette mise sous séquestre doit être effectuée et d'organiser ensuite l'ouverture de ces séquestres si nécessaire.

Je voudrais rappeler que la mise sous séquestre veut dire conservation de la pièce par l'huissier et non remise des pièces à la partie.

Il existe en outre une responsabilité liée à ces opérations qui est la responsabilité civile ou pénale. Celle-ci pèse également sur l'huissier de justice.

Cette responsabilité civile peut être financière et il est de plus en plus fréquent aujourd'hui de rechercher la nullité des actes rédigés par les huissiers afin de mettre à néant la procédure sur le principe des nullités du Code de procédure civile.

Mais il existe aujourd'hui une tentation de mettre en cause la

responsabilité pénale de l'huissier de justice notamment lorsqu'une ordonnance a été rétractée. Nous avons récemment eu connaissance d'une procédure engagée contre un confrère qui avait communiqué son procès-verbal et les pièces à la partie requérante et celle-ci ensuite en avait profité pour les exploiter alors que l'ordonnance avait été rétractée. La responsabilité pénale de l'huissier a été recherchée.

Il existe un troisième cas de responsabilité qui repose sur le motif de la perte de chance que l'huissier fait encourir à son requérant pour une erreur dans la procédure de saisie ou de constat qu'il a diligentée.

Comme vous le voyez, la responsabilité qui pèse sur ses épaules est assez lourde mais je pense que tous mes confrères qui pratiquent ce genre de constat de contrefaçon, sont aujourd'hui parfaitement rôdés et que ces procédures sont diligentées avec le plus parfait respect des droits des parties.

Je voudrais simplement conclure en vous disant qu'un projet de loi est en discussion au Parlement. C'est le projet de loi BETEILLE dont une disposition a pour objet de renforcer la force probante des constats en leur donnant un caractère quasi authentique. Pour l'instant, ce n'est qu'un projet et nous attendons son passage à l'Assemblée nationale dans les prochains mois. Je vous remercie.

M. Nathan HATTAB.- Merci. Nous allons passer maintenant à la deuxième partie de ce colloque, c'est-à-dire au tour de table. J'appelle Dominique SALIBA à mener les débats.

III. Efficacité, confidentialité, contradictoire : Quelles solutions ?

M. Dominique SALIBA, Expert

Bonsoir. Les précédents orateurs ont bien établi dans nos esprits les concepts et les principes. Il faut éprouver tout principe à la lumière de la pratique. C'est ce que je vais vous proposer avec le concours des intervenants assis autour de cette table ronde virtuelle.

Je présenterai successivement les gens que vous n'avez pas encore entendus. Serge MIGAYRON, expert de notre compagnie, exposera pendant un petit quart d'heure des situations pratiques qu'il a observées lors de constats. Nous allons pouvoir après en discuter.

Je demanderai successivement leur avis général sur les cas exposés à Mme la Présidente RAULT, puis à l'huissier Me CHEVRIER de ZITTER, à l'avocat Me Kami HAERI, à l'expert M. Bruce BONNAURE et au Président HOURS.

Je noterai ensuite plus spécifiquement, pendant que mon confrère parlera, quatre questions courtes que je poserai à certains de nos intervenants et puis, ce sera à vous de parler, c'est-à-dire à la salle de poser des questions.

Mon rôle, vous l'avez compris, consiste à partager le temps. Vous avez entendu que je le ferai avec rigueur et avec l'accent. Je passe tout de suite la parole à Serge MIGAYRON pour 15 minutes de présentation des cas pratiques.

III.1 Présentation de cas pratiques et questions soulevées.

M. Serge MIGAYRON, Expert

Merci Dominique, les cas que je vais présenter décrivent des situations réelles, vécues qui ont été rencontrées par des huissiers et des experts dans leurs opérations. A des fins de simplicité de mon exposé, je les déclinerai à partir d'une situation générale suivant différentes variantes de situations susceptibles d'être rencontrées.

Cette situation générale est la suivante :

Le directeur des ventes d'une société, le REQUÉRANT démissionne pour rejoindre une société rivale, le CONCURRENT.

Peu de temps après, le dirigeant du REQUÉRANT est alerté par un de ses clients qui a été démarché par l'ancien directeur des ventes dans le cadre de sa nouvelle activité au sein de la société le CONCURRENT.

Parallèlement, le REQUÉRANT enregistre un nombre inhabituel de résiliations de contrats par plusieurs de ses clients, dont certains d'importance stratégique ; il soupçonne un démarchage massif de sa clientèle par le CONCURRENT.

Le conseil du REQUÉRANT va déposer une requête devant le Tribunal. Le juge prend connaissance de cette requête et émet une ordonnance dont voici un extrait :

Poste 1 : « Prendre connaissance de la 'liste des clients ayant résilié leur contrat' communiquée par le REQUÉRANT »

« Se rendre dans les locaux de la société le CONCURRENT afin de consulter les fichiers clients et prospects tenus par cette société »

« Rechercher dans ces fichiers la présence de clients figurant dans la liste communiquée par le REQUÉRANT. Extraire les clients communs ainsi trouvés »

Poste 2 : « Effectuer toutes recherches utiles notamment informatiques afin de découvrir la nature, l'origine et l'étendue de la concurrence déloyale invoquée et notamment de prendre connaissance, se faire produire ou au besoin copier tous comptes, factures, documents commerciaux et documents utiles permettant de mesurer l'étendue de la concurrence déloyale ».

Le poste 1 de la mission est ciblé et paraît simple : Il s'agit de prendre connaissance et de comparer des éléments sans autre appréciation ou interprétation.

Le poste 2 est plus extensif et, à la différence du poste 1 qui est factuel, va exiger une certaine appréciation de la part des intervenants.

Une telle ordonnance, qui peut être jugée peu complexe, peut néanmoins donner lieu à certaines difficultés d'exécution :

Des difficultés pratiques : Les personnes concernées sur les postes qui sont analysés peuvent ne pas être présentes. Nous en reparlerons dans la table ronde.

Des difficultés techniques et variées liées aux conditions d'accès aux postes informatiques, au réseau informatique de la société, au serveur (qui peut être distant) et même d'accès aux logiciels qui peuvent être des logiciels « propriétaires » que l'expert ne connaît pas nécessairement.

Enfin des difficultés qui peuvent être liées (si je laisse de côté pour l'instant l'attitude de franche obstruction à laquelle on peut être confronté) à des attitudes non formellement opposées à notre intervention mais néanmoins très peu coopératives. Il est par exemple assez fréquent que nos interlocuteurs déclarent avoir oublié leur mot de passe, ne pas avoir accès à un serveur ou au poste d'un salarié voisin.

Néanmoins, ces difficultés aujourd'hui sont bien maîtrisées et dans une très grande majorité des cas, les ordonnances sont menées à leur terme d'une façon tout à fait satisfaisante.

Ceci étant, et pourtant, nous nous interrogeons les uns et les autres sur la bonne attitude à adopter dans certaines situations et ces interrogations sont très souvent liées aux questions relatives au respect de la confidentialité et du contradictoire qui sont les thèmes de ce colloque.

Les 4 cas qui suivent illustrent certaines de ces interrogations.

Cas n° 1

Le poste 1 est rédigé comme suit :

« Se faire communiquer au préalable par le REQUÉRANT une copie de son fichier clients »

« Se rendre dans les locaux du CONCURRENT afin de prendre une copie du fichier clients tenu par cette société »

« En son étude, effectuer une comparaison des fichiers clients des deux sociétés, en extraire les clients communs et en dresser procès-verbal ».

Le 3ème item précise que l'huissier effectuera la comparaison des fichiers clients des deux sociétés en son étude.

On peut imaginer que le magistrat a estimé que la comparaison était susceptible d'être plus complexe qu'un simple constat et jugé utile d'autoriser l'huissier à la réaliser en son étude.

On a là un cas assez simple et en tout cas qui autorise expressément d'exécuter une partie de la mission (la comparaison) en l'étude de l'huissier.

La mission est exécutée comme suit :

Des copies (exports) des fichiers clients et prospects sont effectuées sur place en 2 exemplaires dans un format standard. Ces copies sont

emportées par l'huissier. La comparaison est effectuée en l'étude de l'huissier.
Le CONCURRENT n'est pas présent lors de cette comparaison.
En fin de mission, les fichiers clients et prospects sont détruits ou restitués.

Cas n° 2

Dans l'ordonnance, le texte du poste 1 est le même sauf qu'il n'est pas précisé par le magistrat que la comparaison doit être effectuée à l'étude de l'huissier :

« Se faire communiquer au préalable par le REQUÉRANT une copie de son fichier clients » (non joint à la requête)

« Se rendre dans les locaux du CONCURRENT afin de prendre une copie du fichier clients tenu par cette société »

« Effectuer une comparaison des fichiers clients des deux sociétés, en extraire les clients communs et en dresser procès-verbal ».

On peut donc considérer qu'a priori cette comparaison doit être effectuée sur place.

Toutefois sur place, on s'aperçoit que le volume des fichiers est important au point que l'on ne pourra pas, dans des délais raisonnables, effectuer une comparaison exhaustive des fichiers concernés.

Il est décidé que des copies des fichiers clients et prospects du CONCURRENT seront effectuées, puis emportées par l'huissier en vue d'une comparaison en son étude.

Ce qui est fait : La comparaison est effectuée en l'étude de l'huissier hors de la présence du REQUÉRANT.

En fin de mission, les fichiers copiés sont détruits ou restitués au concurrent de façon à ce qu'il n'y ait pas de difficultés liées à une utilisation éventuelle qui pourrait en être faite.

On observera sur cet exemple que finalement, il a été décidé de procéder à une copie des fichiers, de les emporter puis de les comparer selon des modalités que l'on nomme communément « opérations différées ».

On aurait pu imaginer procéder différemment : Les fichiers auraient pu être séquestrés et conservés par l'huissier en son étude, sans comparaison, à des fins d'une décision de justice ultérieure.

Ces deux situations, je dois dire que je les ai rencontrées l'une et l'autre, l'inconvénient de la seconde étant que la mission n'est pas conduite à son terme, puisque la comparaison devait être effectuée.

Cas n° 3

Pour le cas n°3, nous allons nous intéresser au poste 2 de la mission. Ce poste est maintenant identique à celui de la situation générale sauf qu'il est précisé que les recherches seront étendues aux messageries informatiques du directeur des ventes et de son assistante :

« Effectuer toutes recherches utiles, y compris dans les messageries

informatiques du directeur des ventes et de son assistante, afin de découvrir la nature, l'origine et l'étendue de la concurrence déloyale invoquée et notamment de prendre connaissance, se faire produire ou au besoin copier tous comptes, factures, documents commerciaux et documents utiles permettant de mesurer l'étendue de la concurrence déloyale »

Il va donc être nécessaire de rechercher des documents dans les messageries de ces deux personnes.

Comment s'est exécuté ce cas ?

Je précise que l'ordonnance était accompagnée d'une liste de mots-clés destinés à cibler les recherches et faciliter le travail de l'huissier et de l'expert.

Mais malheureusement, l'outil de messagerie disponible sur les 2 postes ne permet pas d'effectuer des recherches par mots-clés.

J'ai moi-même rencontré un cas il y a quelques mois d'une messagerie de type webmail (messagerie sur serveur distant) que je ne connaissais pas et qui ne disposait d'aucune fonction de recherche par mots-clés ni même d'exportation des messages.

Devant l'impossibilité d'effectuer des recherches par mots-clés, il est nécessaire de lire les mails un à un et ces mails, bien sûr, peuvent contenir des informations confidentielles de toute nature.

Maître CADARS-BEAUFOUR nous a donné des pistes de clarification sur ce que l'on pouvait faire ou ne pas faire dans ce domaine.

Mais là, a priori, on est susceptible de trouver dans ces mails des informations confidentielles de toute nature que ce soit (informations personnelles, courriers d'avocats, informations relevant du secret des affaires, du secret médical ...).

La solution qui consisterait à ne lire que l'objet des mails pourrait paraître acceptable mais au fond est-on certain que l'objet d'un mail ne puisse contenir une information qui puisse être considérée comme confidentielle par l'utilisateur du poste ?

Le directeur des ventes est présent pendant les opérations et tout se passe bien, puisqu'il est là pour intervenir s'il considère qu'il y a des informations qui sortent du périmètre de la mission.

L'assistante elle est absente.

Dans le cas que j'ai connu, l'assistante étant absente, on n'a pas pu disposer du code d'accès à sa messagerie et du coup, il n'a pas été possible de la consulter.

Ceci étant, on pourrait se demander ce qu'il aurait fallu faire si le poste de messagerie et plus généralement si l'accès à la messagerie de l'assistante avait été possible techniquement (par exemple si le directeur des ventes avait accepté de communiquer son code) : Aurait-on pu ou pas et si oui, dans quelles conditions et avec quelles précautions, accéder néanmoins au poste de cette utilisatrice qui était absente, que ce soit à ses fichiers généraux ou, ce qui paraît plus délicat, à sa messagerie ?

Cas n° 4

Le cas n°4 est intitulé « messagerie sans lecture des mails ».

Dans ce cas, le poste de l'ordonnance est inchangé : Ce sont les conditions d'exécution sur place qui vont changer, comme on va le voir.

On dispose, comme dans les cas précédents, d'une liste de mots-clés, et cette fois le logiciel de messagerie en place permet de les utiliser.

Mais on s'aperçoit que certains mots-clés sont trop permissifs ce qui fait que les résultats obtenus, quand on les exécute sur le poste, conduisent à un très grand nombre de mails.

Ceci conduit à une discussion entre l'huissier et l'expert qui en viennent à la conclusion qu'il faudrait, pour éviter cet inconvénient, pouvoir combiner plusieurs mots-clés entre eux, procéder par combinaisons.

Mais, techniquement et dans des temps raisonnables, ce n'est pas possible sur place. Ce mode opératoire nécessiterait en effet de mettre en place des moyens d'indexation qui sont lourds, qui exigent du temps et à nouveau, on se trouve confrontés à une impossibilité de pouvoir opérer sur place dans des délais compatibles avec la mission.

Il est alors décidé que des copies informatiques des mails trouvés seront réalisées et emportées par l'huissier. Mais cette fois, s'agissant de messageries, l'huissier ne prend pas la décision d'exploiter ces fichiers en son étude et considère que la bonne attitude consiste à les conserver sous séquestre jusqu'à une décision de justice à venir.

Prendre ces copies n'a d'ailleurs pas été si simple que cela : Dans un premier temps, le CONCURRENT s'y est opposé et finalement, n'a accepté qu'à la condition de pouvoir conserver une copie des fichiers emportés. Un exemplaire des copies réalisées a donc été laissé sur place.

On peut alors faire une observation : Finalement, le REQUÉRANT qui a demandé la mesure et pour qui elle a été exécutée se trouve avec un résultat placé sous séquestre, sur le contenu duquel il n'a pas de visibilité, qui est pour lui une boîte noire. Il ne sait finalement pas si ses craintes étaient justifiées ou non.

A l'inverse et bizarrement, le CONCURRENT lui, connaît l'image exacte de ce qui a été copié et quelque part a un certain avantage dans la procédure par rapport au REQUÉRANT.

J'en ai terminé avec l'exposé des cas qui est synthétisé dans le tableau suivant :

Cas n° 1 Opérations différées Prévues	Avec opérations différées prévues sans la présence du CONCURRENT
Cas n° 2 Opérations différées non prévues	Avec opérations différées non prévues sans la présence du CONCURRENT

Cas n° 3 Messagerie avec lecture des mails	Messagerie avec lecture des mails avec présence du directeur des ventes sans présence de son assistante
Cas n° 4 Messagerie sans lecture des mails	Messagerie avec recherches par mots-clés avec séquestre (prévu ou non) avec copie laissée sur place

Enfin, qu'observe-t-on ?

Que l'huissier et l'expert se trouvent parfois et même de plus en plus souvent confrontés à des situations qui n'avaient pas été expressément prévues par l'ordonnance et qu'il a fallu improviser pour pouvoir conduire la mission jusqu'au bout de son exécution :

- Des opérations différées ont été rendues nécessaires dans le cas n°2 par la complexité des opérations effectuées sur place
- Des courriers confidentiels de toute nature ont pu être lus dans le cas n°3
- Des postes informatiques étaient à analyser dans le cas n°3 alors que l'utilisatrice était absente
- Dans le cas n°4, des copies des fichiers ont été laissées sur place ce que l'ordonnance ne prévoyait pas

Ces situations suscitent un certain nombre de questions qui sont bien relatives aux conditions du respect de la confidentialité et du contradictoire. Ce sont ces questions que l'on va poser dans la suite de la table ronde mais à ce stade, je vais rendre la parole à Dominique SALIBA.

M. Dominique SALIBA.- L'exposé a été parfait. Je vais demander un avis général sur ces 4 cas. Cela va être tout de suite à Madame RAULT pour un exposé pour cinq minutes.

III. 2 Table ronde : débats et réponses apportées

Participants :

- **Madame Annick RAULT**, Délégué Général aux Référéés et aux Requêtes du Tribunal de Commerce de Paris
- **Monsieur Christian HOURS**, Vice-président en charge du Service des Requêtes au Tribunal de Grande Instance de Paris
- **Maître Fabienne CHEVRIER de ZITTER**, Huissier Audiencier du Tribunal de Commerce de Paris
- **Maître Kami HAERI**, Avocat
- **Monsieur Bruce BONNAURE**, Expert

Madame Annick RAULT, Délégué Général aux Référéés et aux Requêtes du Tribunal de Commerce de Paris

Je vais rappeler l'usage et la pratique au Tribunal de Commerce de Paris sur les autorisations données au titre de l'article 145 qui portent essentiellement sur les opérations de concurrence déloyale.

Pour éviter qu'il soit reproché que des pièces confidentielles soient remises au requérant, nous avons généralisé la mise sous séquestre des pièces saisies lors des opérations de constat. On prévoit, dans l'ordonnance qui autorise la mesure, d'assigner afin d'obtenir la mainlevée des pièces séquestrées. Après un débat contradictoire sur la mainlevée des pièces mises sous séquestre en indiquant une date. On se rapproche à cet effet de l'huissier pour savoir combien de temps il lui faut pour accomplir sa mission. Les parties sont entendues par le juge qui a donné l'autorisation pour la mesure. Il entend les parties sur les pièces. Le concurrent, sait sur ce qu'on lui a saisi ; le requérant ne sait pas ce qui a été trouvé mais il a quand même le procès-verbal de l'huissier.

Le juge les entend et les reconvoque en leur proposant, après examen de sa part, les pièces, qui pourront être remises à la partie requérante. Ceci lève toute polémique sur le secret des affaires, le secret bancaire, la correspondance confidentielle puisqu'en fait, le requérant n'a pas connaissance de ce qui a été saisi.

Il faut savoir quand même que sur ces mesures du 145 nous avons le plus grand nombre de demandes de rétractation, lorsque notamment la mesure est trop large et insuffisamment précisée. Les juges qui sont délégués aux requêtes font très attention à bien détailler la mission. Nous l'avons vu dans la commission du TGI. On détaille exactement ce que l'huissier doit aller rechercher chez le concurrent.

C'est pour cela que sur les quatre cas que l'on vous a présentés, ce n'est pas ce type d'ordonnance que nous rendons. Nous rendons des ordonnances beaucoup plus détaillées sur les pièces qui doivent être recherchées chez le concurrent. On ne va pas rechercher un ensemble de pièces notamment parce que l'origine est la concurrence déloyale. On indiquera toujours la période sur laquelle devra se faire la recherche. On détaillera les pièces qui doivent être retirées. On fait préciser au requérant ce dont il a besoin comme moyen de preuve. Les documents légaux, sont éliminés comme par exemple les livres de paie, les fiches de paie, puisqu'on peut les avoir autrement. Ce ne sont pas des documents que l'on peut falsifier.

Voilà ce que j'avais comme observation à faire.

M. Dominique SALIBA.- Merci.

Me Fabienne CHEVRIER de ZITTER, Huissier Audiencier du Tribunal de Commerce de Paris

Je voulais simplement dire que l'exposé des cas qui vient d'être fait par M. MIGAYRON met en évidence l'attention que l'huissier doit apporter aux opérations afin d'assurer l'efficacité, la confidentialité et le contradictoire qui sont les thèmes de la table ronde.

Je voudrais insister sur tous ces critères devant être en fait des éléments pour réussir la mission, ce qui est notre but essentiel à nous, huissiers.

Les principaux critères pour la réussite de cette mission, je vais les rappeler rapidement. C'est la phase préparatoire de la mission qui est une phase essentielle à la réussite des opérations. En matière de saisie de contrefaçon, comme on l'a indiqué, le requérant a tout loisir de préparer sa saisie avec l'huissier qu'il a choisi. En matière d'article 145, l'huissier est désigné par l'ordonnance et n'a accès à l'ordonnance qu'une fois celle-ci rendue et donc rédigée.

Ici, dans ce tribunal, pour pallier cette difficulté, le juge peut et éventuellement le fait en présence de l'avocat du requérant se garder la possibilité d'interroger l'huissier qu'il a nommé ou qu'il va nommer afin de requérir son avis sur les moyens à mettre en œuvre et envisager les difficultés qui pourraient intervenir lors des opérations.

Cet usage permet souvent d'avoir en main au moment des opérations une ordonnance qui prévoit le maximum de caractéristiques, c'est-à-dire la possibilité de l'assistance de la force publique, la prise de photos, la détermination des mots-clés, la copie du disque dur, la consultation de la messagerie, les opérations différées et les mises sous séquestre.

En outre, avant l'exécution de la mission, il est souvent utile que l'avocat du requérant puisse prendre contact avec l'huissier et l'expert pour préciser certains contextes techniques dont il peut avoir connaissance mais en sachant bien sûr, cela a été dit, que ni l'huissier ni l'expert ne sont les assistants du requérant.

L'effet de surprise aussi est extrêmement important. On sait que dès la remise de l'ordonnance et de la requête judiciaire, la procédure article 145 devient contradictoire. Il faut organiser cet effet de surprise qui, on le sait, est toujours négatif. Pendant que les discussions s'installent, il faut qu'immédiatement l'expert puisse prendre la mesure de l'outil informatique afin d'éviter toute déperdition de preuve.

Il y a, en fait, techniquement une sorte de temps d'adaptation du tiers pour accepter notre intrusion. Il faut attendre pour que l'expert puisse commencer à au moins saisir la présence de l'outil informatique.

A mon avis, il faut aussi envisager la présence de la force publique, au moins au début des opérations. Il s'agit naturellement d'être assisté de la force publique, pas de la requérir, ce qui nécessite l'autorisation d'un préfet. La présence d'un agent permet de renforcer le pouvoir de l'ordonnance et d'éviter les dérapages verbaux et parfois le départ intempestif de personnes qui pourraient être concernées par l'ordonnance, notamment des salariés.

Enfin, il y a un point que je voulais souligner, c'est que la mention dans l'ordonnance qu'il pourrait en être référé au tribunal en cas de difficultés des constatations faites est là une formule qui permet de réguler l'opposition du requis ou de son représentant.

On a parlé du respect de la confidentialité. C'est vrai que la jurisprudence a évolué dans ce domaine. La confidentialité des documents que vous recherchez, leur caractère privé entraîne donc l'impossibilité de les transmettre en l'état lorsque la confidentialité est soulevée par le tiers, confidentialité du fait de documents personnels ou du fait du secret des affaires qui pourrait être évoqué.

Là encore, c'est effectivement sous la responsabilité totale de l'huissier que la décision sera prise. Parfois, elle est difficile à prendre. Pour tenter de ne pas engager sa responsabilité et de risquer une éventuelle rétractation, l'huissier demandera peut-être à l'expert de mettre sur un DVD ou un CD les documents qui sont contestés. Ce sera toujours fait en double exemplaire. Il y aura toujours un exemplaire qui servira de témoin et un autre exemplaire sur lequel on pourra travailler en différé.

Il y aura toujours une sécurité pour qu'à tout moment, on puisse donner, s'il y a rétractation, aux magistrats les documents saisis qui n'auront pas été bousculés.

Enfin, le contradictoire : c'est vrai que dès l'instant où l'on a signifié l'ordonnance, on est en matière de contradictoire. Elles sont faites en présence du requis. S'il n'y a personne, ni le tiers ni un représentant du tiers, à mon avis, la mission ne peut prospérer. De ce fait, dès l'instant où le tiers est là, il faut essayer de faire dérouler les opérations de constat au maximum dans la journée pour éviter tout problème. Il faut donc toujours commencer les opérations le plus tôt le matin. C'est vrai que la mission normale, c'est de pouvoir, même si elle a duré plusieurs heures, repartir avec les documents, en deux exemplaires s'ils ont été copiés, et terminer les opérations sur place pour éventuellement déposer le procès-verbal le plus vite possible.

Les constatations en différé, cela a été dit, cela ne peut être qu'une mesure extraordinaire. Il est vrai qu'elle est de plus en plus courante, parce qu'il est vrai que l'outil informatique et toutes les pièces, l'ouverture des mails posent véritablement beaucoup de problèmes et la lecture des messages et surtout des pièces annexes au message est extrêmement complexe.

M. Dominique SALIBA.- Je vous remercie. Maître Kami HAERI...

Me Kami HAERI, Avocat

J'aurais tendance à dire que ce que l'on peut dégager comme synthèse de l'analyse de ces différents cas pratiques, c'est qu'il faut impérativement, comme cela a été dit par les différentes personnes avant moi, mettre en place une coordination, une anticipation des besoins le jour de l'exécution. Ces différents problèmes doivent être anticipés, réfléchis, concertés et prévus dans l'ordonnance. Il n'est pas question de se lancer dans un certain nombre de mesures d'investigation qui ne seraient pas autorisées par l'ordonnance.

De la même manière que le juge d'instruction ne peut pas instruire en dehors de son réquisitoire, on ne peut pas effectuer une mesure à l'extérieur de l'ordonnance. Il faut juste prévoir une ordonnance qui, sans être générale, prévoit un certain nombre d'outils. C'est la première chose qui me vient à l'esprit pour éviter les problèmes. Il faut prévoir que la notification pourra se faire, qu'une copie pourra être faite avec une signature qui en garantisse l'intégrité et l'authenticité et que, le cas échéant, des mesures différées puissent être mises en place dès l'instant où elles permettent au contradictoire de l'exécution de la mesure de continuer, c'est-à-dire que la requête n'est pas contradictoire mais l'exécution, elle, l'est, puisque le concurrent, l'entité requise est présente et représentée.

Il n'y a, selon moi, pas de difficulté dès l'instant où l'on peut transporter ce contradictoire vers un autre lieu, idéalement le cabinet de l'huissier pour permettre que se prolonge, de manière exceptionnelle bien entendu, cette opération de conservation.

Après, on rentre dans l'expertise qui est la phase ultérieure, qui n'est pas pareil. Dès l'instant où on offre la possibilité au requérant de participer et de garantir son droit de regard, son contrôle de cette mesure qu'il subit en un autre lieu, je pense qu'il faut le faire.

De la même manière, sur l'exemple cité de l'assistante qui est absente, rien n'empêcherait, si l'ordonnance le prévoit, qu'une saisie du disque soit faite et que l'on puisse inviter cette personne à venir dans un délai bref, pour rester dans un espace temps cohérent de la mesure, assister à l'opération de constat qui portera plus spécifiquement sur son disque dur. Ce n'est pas un obstacle non plus.

Il y a un point évoqué dans l'un des cas que M. MIGAYRON a évoqué, qui moi, me pose un problème. C'est le fait que soit utilisé dans le cadre d'une mesure d'exécution des listes qui n'ont pas été visées par le Président du Tribunal. Le secret des affaires, c'est une chose ; les intérêts du requérant, c'est une autre chose. Il nous arrive très souvent d'être requérant. J'estime personnellement qu'il n'est pas possible de venir dans l'intimité du

cabinet d'un président du Tribunal de Commerce ou de Grande Instance évoquer et obtenir une ordonnance sur la base de pièces d'information qui seront utilisées pendant une phase d'exécution mais que le requis, l'entreprise qui subit l'exécution ne pourra pas avoir, ce qui le privera nécessairement d'exercer son contrôle.

Je vous rappelle que la jurisprudence du 8 février est très claire : l'ordonnance s'examine à la lumière de la requête et des pièces. Les pièces sont fondamentales. Il faut que le débat soit loyal et contradictoire et que les pièces soient contradictoires, disponibles pour la personne requise.

J'ajoute une toute petite précision qui est très importante, c'est l'une des spécificités de l'article 145. La rétractation a pour but de reconstituer le débat contradictoire dont vous avez été privé. La rétractation n'est pas autre chose que le procès de la requête. Ce n'est pas le procès de l'exécution. C'est très important. Ayez-le à l'esprit.

Je prends un exemple purement chronologique. 1^{er} mars, une requête est présentée, soutenue, obtenue ; elle est exécutée le 15 mars ; la personne requise, indignée, décide le 16 mai de faire une procédure de rétractation dont l'audience a lieu le 30 mars. Le 30 mars ne seront discutées que les conditions dans lesquelles la requête et l'ordonnance du 1^{er} mars ont été discutées et obtenues.

Le requis ne pourra malheureusement pas alimenter la procédure de rétractation de ce qu'il aura vu ou perçu pendant l'exécution le 15 mars. C'est très important. Le contentieux de l'exécution appartient au juge du fond. Le juge de la rétractation n'est que le juge de la requête et du débat contradictoire reconstitué. C'est pour cela que c'est très important de bien préparer. Je suis personnellement très favorable à une telle concertation.

Le recul, l'indépendance de l'huissier qui est désigné et de l'expert qui intervient sous sa responsabilité, je suis pour qu'il puisse y avoir une concertation au préalable pour que soit « précisée » la manière dont va être mise en œuvre la mesure dès l'instant où elle a été obtenue. C'est très important. Pour moi, c'est le respect du contradictoire.

M. Dominique SALIBA.- Parfait. C'est à Bruce BONNAURE d'intervenir.

M. Bruce BONNAURE, Expert

Je voudrais juste rappeler que, concernant les cas pratiques présentés par Serge MIGAYRON, les opérations de constat présentent certaines difficultés. Si celles-ci ont été anticipées, c'est bien. Mais elles ne le sont pas toujours.

Ces difficultés sont diverses. Certaines sont liées aux dispositifs techniques sur lesquels nous allons effectuer nos opérations. D'autres, à l'environnement applicatif sur lequel nous allons intervenir. D'autres encore, sont liées à la nature des éléments recherchés.

Les opérations peuvent être effectuées sur des systèmes informatiques de technologies diverses et sur de multiples ordinateurs. Certains peuvent s'avérer instables, d'autres être connectés en réseau, parfois reliés à de gros serveurs, parfois même sur des sites distants ou hébergés chez un tiers. Cette diversité et les difficultés techniques inhérentes à ces situations peuvent à elles seules prendre beaucoup de temps lors des opérations de constat.

On peut rencontrer d'autres difficultés, liées à l'environnement applicatif sur lequel vont s'opérer les recherches. A titre d'exemple, cela peut concerner :

- les éléments d'une messagerie, ce qui n'est pas simple,
- des logiciels de comptabilité ou « métier »,
- des outils de gestion de la relation client (les CRM),
- des systèmes de gestion de bases de données.

Certains d'entre eux peuvent ne pas se trouver sur place, dans l'entreprise, mais être accessibles uniquement à distance (en mode ASP) et nécessiter un mot de passe qu'il est rarement possible de contourner. L'environnement technique peut donc poser des problèmes.

Une autre difficulté peut être liée à la nature des éléments recherchés tels qu'ils apparaissent parfois dans la mission. Par exemple, celle-ci peut réclamer une recherche « d'éléments utilisés ». Or, on peut trouver, sur un ordinateur, des éléments « utilisés », des éléments « présents mais pas utilisés », des éléments qui « ont été présents et ont été effacés ». Si nous ne prenons pas garde, lors de recherches par mots-clés, ces éléments peuvent présenter un même statut.

Il peut également s'avérer nécessaire de rechercher des éléments effacés dans les machines, notamment lors des recherches en « contrefaçon » ou liées à des actes de concurrence déloyale. Des informations peuvent avoir existé et être effacées. Parfois, elles peuvent avoir disparu même au cours de nos opérations lors de notre transport d'un bureau à l'autre de la société. Nous devons faire face à ce genre de difficultés et gérer

ces situations.

La nature de ce que l'on recherche peut donc conditionner notre mode opératoire et nécessiter l'emploi d'outils techniques et méthodologiques différents.

Je ne m'attarde pas sur les problématiques d'obstruction, de mots de passe, de droits d'accès, de procédures d'utilisation de logiciels (mal maîtrisées par les utilisateurs eux-mêmes) ou encore, de la nécessité de traitement ou de restauration de sauvegardes, qui constituent autant de difficultés supplémentaires et conditionnent, évidemment, la durée des interventions.

Comme Madame la Présidente RAULT l'a précédemment évoqué, les ordonnances demandent généralement de cibler nos interventions sur certains faits, des périodes, ou certaines étapes. Cependant, les informaticiens savent fort bien que ce n'est pas parce que l'on va rechercher un mot-clé « croisé » avec une date ou que l'on va effectuer une recherche sur une période que l'on va trouver automatiquement ce que l'on cherche. En effet, la date de création et la date de modification d'un document n'ont parfois rien à voir avec les dates qui intéressent la mission.

Il est donc nécessaire d'apprécier toutes ces difficultés pour conserver l'efficacité de la mission. Pour ce faire, il faut de l'expérience, du savoir-faire, mais également adopter une démarche méthodologique.

L'Expert doit, en outre, utiliser :

- des outils de recherche et de contrôle fiables,
- des outils rôdés,
- des outils adaptés et efficaces.

Il en existe un certain nombre et l'Expert dispose de toute une batterie d'outils méthodologiques et techniques (parfois techniquement complexes), qui permettent de faire face aux situations évoquées. Je ne vais pas les citer mais indiquer que l'Expert peut effectuer un certain nombre d'actions : Contourner des mots de passe, rechercher des fichiers effacés, trouver une information très précise ou, au contraire, rechercher toutes les informations correspondant à une trentaine de mots-clés.

L'important, on l'a bien compris, c'est l'efficacité des opérations.

Et la difficulté réside dans la nécessité de traiter la mission dans le temps imparti et cela – les Experts y sont sensibilisés – de manière à traiter la mission, toute la mission et rien que la mission, selon que l'on demande à l'Expert de rechercher « tous les éléments » ou seulement « quelques éléments caractéristiques » qui vont ensuite permettre au requérant d'engager une action.

Bien que celles-ci doivent rester exceptionnelles – comme cela a été précédemment rappelé –, l'Expert et l'Huissier sont alors conduits à procéder en plusieurs temps et de façon parfois différée. Dans un certain nombre de cas et toujours sous le contrôle de l'Huissier, l'Expert doit préserver les éléments de preuve et procéder à des opérations différées.

Celles-ci sont garantes de l'efficacité des opérations.

Parfois, la mission le permet et l'autorise de manière explicite ; parfois ce n'est pas le cas.

Les opérations différées vont permettre :

- des recherches exhaustives et rapides (« toute la mission »),
- des contrôles et vérifications (« rien que la mission »).

Qu'est-ce que cela signifie ?

Chercher des informations sur la base de 30 mots-clés, sur 5 ordinateurs avec les moyens disponibles sur place, peut nécessiter un temps considérable. Or, nous les Experts, disposons des outils qui nous permettent notamment « d'indexer » les données (processus automatique effectué par un ordinateur en temps masqué) de manière à optimiser et fiabiliser ces recherches. Une indexation va durer 8 heures, 12 heures, 24 heures peut-être, mais va permettre ensuite, très rapidement et sous le contrôle de l'Huissier instrumentaire :

- d'effectuer les recherches par mots-clés,
- de croiser les informations et de les filtrer selon de multiples critères,
- de procéder à des comparaisons complexes,
- de déterminer si les dates indiquées sont pertinentes et
- d'effectuer des recherches de manière exhaustive.

Si le temps d'indexation « machine » paraît important, le temps consacré aux recherches par l'Expert et l'Huissier n'en est que plus court.

Mais le gain de temps n'est pas le seul avantage des opérations différées.

L'utilisation d'outils nous permet d'opérer avec davantage de prudence.

En effet, lorsque l'on dispose des informations et que l'on n'est plus sur place, nous pouvons prendre davantage de temps pour analyser les informations. Cela permet également d'effectuer des contrôles, parce que l'utilisation d'outils impose de tels contrôles.

Par exemple, lorsque l'Expert et l'Huissier obtiennent des informations issues de recherches par mots-clés, il leur incombe de vérifier qu'il n'existe pas de « faux amis ». Il est alors nécessaire de considérer les « faux positifs ». En effet, il serait désastreux qu'une lettre d'avocat, intégrée dans le corps d'un mail, soit copiée et dévoilée alors que cette information confidentielle ne devait surtout pas être communiquée.

Les opérations différées nécessitent parallèlement de prendre un certain nombre de précautions et de satisfaire une certaine lisibilité des opérations. Cela nécessite que l'Expert et l'Huissier retracent extrêmement fidèlement ce qu'ils font, et, lorsqu'il s'agit d'opérations différées leur impose d'utiliser les moyens techniques et méthodologiques permettant de s'assurer de l'intégrité du matériau analysé et de sa confidentialité.

En conclusion, nous pouvons retenir qu'au-delà des exigences

morales et déontologiques qui s'imposent à l'Expert, celui-ci dispose de moyens techniques et méthodologiques qui permettent de garantir l'intégrité du matériau analysé et la non-diffusion des informations confidentielles, que l'efficacité des opérations différées repose sur : l'exhaustivité des recherches, leur rapidité, une certaine prudence, la gestion de la confidentialité des informations et la traçabilité des opérations.

Merci.

M. Dominique SALIBA.- Notre dernier intervenant est Monsieur le Président HOURS.

Monsieur Christian HOURS, Vice-président en charge du Service des Requêtes au Tribunal de Grande Instance de Paris

Je vous remercie. Je suis vice-président au tribunal de grande instance. Je donne cette précision pour dire que le cas qui nous est présenté oppose deux sociétés commerciales et que par conséquent, le TGI n'est pas compétent pour statuer sur la requête.

Pour autant, on aurait pu imaginer des cas où il l'aurait été, si la société appelée le Requérent avait disposé d'éléments sérieux lui permettant de penser que son ancien directeur des ventes avait personnellement violé telle ou telle clause du contrat de travail qui les liait et qu'il était important pour elle d'obtenir des éléments de preuve de ce comportement en prévision d'un procès prud'homal. Dans cette hypothèse-là, c'était bien le juge des requêtes du tribunal de grande Instance qui aurait été seul compétent pour ordonner toute mesure de constat dans la mesure, où il n'existe pas de juge des requêtes au conseil des prud'hommes.

J'en profite pour insister sur un autre point. Je ne sais pas s'il y a beaucoup d'avocats dans la salle. Il est essentiel d'insister sur le fait que la requête doit être expressément motivée et non pas seulement entre les lignes.

A la différence du premier intervenant ô combien brillant, je serais moins certain que lui sur le fait que la condition d'urgence n'est plus nécessaire. Aussi, je conseillerais aux avocats de motiver et sur l'urgence et sur le motif légitime. C'est rarement le cas et c'est regrettable, surtout pour le requérant quand l'affaire revient devant le juge sur demande de rétractation de l'ordonnance, après que l'huissier ait travaillé énormément avec le concours de l'expert. En cas de motivation insuffisante de la requête et de l'ordonnance, l'ordonnance est rétractée et tout cela est ramené à néant.

Donc, il est extrêmement important de sécuriser l'ordonnance qui est rendue au moment de la relecture de cette intervention début mai 2009. [Il semble bien que la condition de l'urgence ne soit plus requise par la Cour de cassation pour une requête, article 145 du code de procédure civile, de sorte que l'avocat, premier intervenant, était non seulement brillant mais pertinent !]

J'insiste aussi sur un autre point qui n'a pas encore été exactement abordé sous cet angle. Le devoir de loyauté existe au moment de la présentation de la requête et pas seulement au cours de son déroulement, du déroulement des opérations. Le requérant ne doit omettre dans sa présentation des faits, sous peine de rétractation de l'ordonnance obtenue, aucun élément qui aurait amené le juge, s'il l'avait connu, à prendre une autre décision.

On a une décision de la Cour d'Appel de Paris toute récente, du 18 juin 2008, qui a confirmé l'ordonnance du juge des requêtes du Tribunal de

Commerce de Paris qui avait lui-même rétracté une autorisation donnée dans un premier temps pour un constat au motif que le requérant lui avait dissimulé l'existence d'une procédure judiciaire en rapport avec le constat demandé. Si le magistrat avait connu cet élément, il aurait pris une décision différente.

Je voudrais faire quelques observations rapides qui rejoignent celles qui ont déjà été faites par les divers intervenants. Le poste 1 de la mission doit être limité dans le temps, s'agissant des clients qui ont résilié leur contrat. Le poste 2 doit être plus précis sur la nature des recherches à entreprendre pour ne pas dégénérer en véritable perquisition. Le magistrat est le gardien des libertés individuelles. C'est l'article 66 de la Constitution.

Dans le cas n°1, je suis, comme l'avocat qui s'est exprimé en premier, très réservé sur la possibilité donnée au requérant de comparer l'intégralité de son fichier client à celui de la société concurrente. Je préfère nettement la première formulation, en page 3 de l'étude, à savoir « circonscrite à la comparaison de la liste des clients ayant résilié dans une certaine période avec la liste des clients du concurrent ».

Pour le reste, je rejoins l'expert qui a dit que le problème était d'assurer la traçabilité des opérations traitées par l'huissier en son cabinet et de permettre à la société « le Concurrent » de vérifier que l'huissier et l'expert ont bien travaillé sur les mêmes données que celles saisies dans son entreprise, d'où la nécessité de prévoir un compte rendu détaillé des opérations de saisie effectuées par l'expert et un contrôle de l'intégralité des données, tous éléments sur lesquels les modèles d'ordonnances élaborées par le groupe de travail RAULT/BINOCHE insistent à juste titre.

Dans le cas n°2, les opérations différées non prévues : de deux choses l'une, soit la société concurrente consent expressément à ce que la comparaison des fichiers soit faite de façon différée, dans ce cas-là, l'huissier va enregistrer cet accord et on se retrouve dans le même cas que précédemment ; dans la négative, il ne me paraît pas possible pour l'huissier de travailler en différé si cela n'a pas été prévu et si le concurrent n'est pas d'accord.

Dans le cas n°3, il s'agit de la lecture de mails. L'examen des courriels, du logiciel de messagerie doit être fait en présence du directeur des ventes ou en tout cas il doit être appelé. Les modalités de l'appel du directeur des ventes doivent être précisées par l'huissier dans son procès-verbal, pour qu'il n'y ait pas de contestation sur ce point. Autrement, il conviendra de ne pas ouvrir les courriels et fichiers marqués personnels, les autres étant présumés professionnels.

S'agissant de l'assistante, si elle n'est pas là, si on ne peut pas accéder à son ordinateur, il n'y a rien à faire, sachant d'ailleurs que si une mesure non autorisée a été faite au détriment par exemple d'un salarié, l'article 496 du Code de procédure civile permettrait, me semble-t-il, à tout intéressé, d'en référer au magistrat ayant autorisé la mesure et d'en obtenir la rétractation.

Dans le cas n°4, c'est la même solution. Le salarié doit se trouver présent aux opérations ou appelé. La remise d'un exemplaire des copies au concurrent ne me paraît pas choquant par rapport au requérant, puisque les documents proviennent d'un matériel lui appartenant. Se poserait toutefois le problème de la remise des copies des éventuels mails personnels du directeur des ventes et de son assistante, auxquels il n'est pas certain que la société « le Concurrent » puisse avoir accès, car elle n'est pas demandée dans la mesure de constat. Il convient par conséquent d'exclure les mails personnels des copies.

M. Dominique SALIBA.- Merci. Voilà la première boucle achevée. Vous avez fait le lien avec les quatre cas exposés. C'est à moi de poser des questions qui ont été préparées pendant l'intervention de Serge MIGAYRON. Peut-être qu'il y aura des précisions qui auront déjà été un peu traitées.

Maître CHEVRIER de ZITTER, je vous pose la question suivante. Je voudrais revenir sur ces opérations longues que l'on a dites parfois différées. Comment verriez-vous de les sécuriser ?

Me Fabienne CHEVRIER de ZITTER.- Au niveau technique, Monsieur BONNAURE dira de quelle manière on peut sécuriser ces opérations et les documents qui vont être pris. La seule chose que l'on peut, à mon avis, faire est d'entrer en discussion avec l'expert, ce qui implique toujours cette confiance que l'on doit avoir en l'expert avec lequel on intervient. Il n'y a pas de solution. Il faut en discuter. Il faut voir chaque cas qui pose un problème.

Lorsqu'à la fin d'une mission longue, qui a duré plusieurs heures, on n'arrive pas à résoudre ce problème, on prend les éléments - c'est ce que j'ai dit tout à l'heure - en copie sur des DVD ou des CD, toujours en double exemplaire, et ceux ci seront séquestrés en l'Etude de l'huissier. Les opérations différées se dérouleront soit à l'Etude de l'huissier, soit chez l'expert, en utilisant un des deux exemplaires exclusivement, le second restant séquestré à l' Etude à titre de témoin , en cas de litige.

M. Dominique SALIBA.-C'est imprégné dans nos cerveaux. Cela permet à Bruce BONNAURE de répondre à la même question.

M. Bruce BONNAURE.- Evidemment, c'est possible en traçant ce que l'on fait. Je peux donner des exemples.

On peut obtenir la signature électronique du document que l'on prend en copie de manière à pouvoir, à tout moment, revenir en arrière et s'assurer que l'on a bien travaillé sur le bon document.

Dans le cas d'un clonage de disques (duplication), lorsque l'on copie le disque dur d'un ordinateur et que l'on a besoin de l'indexer, nous pouvons être confrontés à la nécessité d'indexer un volume important d'informations. On peut alors procéder à une indexation d'une des copies du disque dur. La machine d'indexation peut travailler le lendemain ou le surlendemain. L'Huissier peut alors présenter la deuxième copie restée en sa possession et procéder avec l'Expert aux travaux de recherche (On l'a déjà pratiqué, cela fonctionne).

On dispose des moyens techniques qui permettent de sécuriser ces informations. Il existe notamment des traces sur les systèmes informatiques ou générés par les outils utilisés.

De plus, des démarches méthodologiques permettent à l'Huissier, en les suivant pas à pas, de ne pas être exclu du processus et de pouvoir en assurer un suivi complet.

Et puis, bien évidemment, une note d'intervention très circonstanciée de l'Huissier et de l'Expert explique la méthode employée, comment cela s'est passé et comment on a abouti.

J'ai cependant une question à poser : Qu'est-ce que l'on fait du matériau intermédiaire obtenu au cours de nos travaux ?

Si l'exigence de « traçabilité » implique que l'on trace ce que l'on a fait, la conservation des travaux intermédiaires (indexation, tris intermédiaires ...) répond à une exigence de « reproductibilité ». C'est un tout autre sujet qui concerne le sujet de contre-expertise. Convient-il de garder tous les documents permettant une reproductibilité des travaux effectués ?

M. Dominique SALIBA.- Nous verrons. En revanche, j'ai vu Serge MIGAYRON qui souhaiterait dire quelque chose très brièvement.

M. Serge MIGAYRON.- Ce qu'a dit Bruce BONNAURE m'a fait penser au cas n°2 où je présentais une alternative entre des opérations différées d'une part, un séquestre d'autre part. Au fond, le choix est soit d'exécuter la mission jusqu'au bout et il est nécessaire, dans certains cas, de mettre en œuvre des opérations différées, soit de procéder par séquestre, dans l'attente d'une décision ultérieure de justice.

En réalité, Bruce vient d'évoquer une mesure technique qui permet d'envisager une troisième solution qui pourrait consister à réaliser une 1ère partie de la mission sur place, puis à sceller (physiquement ou numériquement) l'environnement des recherches, puis revenir par exemple le lendemain, pour poursuivre les opérations.

A côté du scellé traditionnel, il existe en effet des moyens techniques permettant d'apposer des scellés numériques qui permettent de figer avec certitude l'environnement et peuvent permettre ainsi de procéder en plusieurs fois.

M. Dominique SALIBA.- Continuer la nuit jusqu'au petit matin.

Cela me permet de poser la deuxième question sur les précautions. Elle s'adressera d'abord à Maître HAERI et ensuite à M. le Président HOURS. Quelles précautions, notamment dans l'usage des mots-clés, garantissent la confidentialité de l'information ?

Me Kami HAERI.- Le mot-clé pose le problème de la recherche, de l'outil et de la nature de la recherche de la généralité de la mesure. J'aurais tendance à utiliser une sorte d'approche qui, par analogie, se rapprochera du droit des marques.

Je pense que doivent être listés - ce n'est pas compliqué lorsque l'on prépare tranquillement sa requête et son bordereau - les éléments les plus arbitraires dans la recherche, critère qui existe en matière de marque. S'il y a des choses véritablement arbitraires, des noms de société, il vaut mieux, pour éviter toute difficulté, les lister.

Il y a, par ailleurs, forcément des mots qui relèvent de notre langage plus usuel et que l'expert, l'huissier doivent être en mesure d'utiliser dans le cas d'outils informatiques dont ils disposent pour pouvoir accélérer une recherche.

Encore une fois, c'est l'anticipation, la préparation. Ensuite, si effectivement un certain nombre de choses ne peuvent pas être immédiatement identifiées et qu'il y a cet aspect, tant pis, ce sera dans le cadre d'expertises ultérieures que ces éléments pourront être décelés ou, si on estime que l'on arrive dans une *terra incognita* et que l'on ne sait pas quoi chercher, il vaut mieux prévoir dans l'ordonnance une recherche différée.

Sur les éléments confidentiels maintenant, cela pose deux questions. Qu'est-ce qui est confidentiel ? Et comment l'obtenir ? On va utiliser les mêmes moyens avec la même diligence qui permettent de trouver les choses que l'on cherche et d'éviter de tomber sur des choses que l'on ne cherche pas ou que l'on ne devrait pas trouver. On fait des recherches croisées pour obtenir une information positive. Il faut être en mesure d'expulser du résultat de la recherche des choses que l'on ne veut pas obtenir.

De ce point de vue-là se pose le problème de savoir ce qui est confidentiel. C'est un problème subjectif ou objectif. Ce sera confidentiel pour moi chef d'entreprise, parce que cela relève de la sphère de mon activité économique. Ce n'est pas pour autant que cela ne peut pas être appréhendé. Il y a en revanche des choses objectives, qui ne sont pas susceptibles d'une appréhension, c'est l'ensemble des secrets légalement définis comme tels. Si on connaît les avocats de nos contradicteurs, il vaut mieux mettre leurs noms dans la recherche de manière à éviter qu'un e-mail sorte avec leur nom. Ce serait gênant. Il ne faut pas que cela arrive. Il n'y a pas de compromis possible sur ce sujet et nous disposons aujourd'hui des moyens techniques pour le

faire.

J'ajoute une dernière chose. Si l'on essaie de conceptualiser l'état de l'art en matière informatique, on peut parler d'un « consensus technique ». Il y a certainement aujourd'hui une forme de consensus technique. Je ne suis pas spécialiste et encore moins expert. Je ne fais que mon métier, mais je pense quand même que l'on peut identifier aujourd'hui un certain nombre d'outils dont vous, Mesdames et Messieurs les experts informatiques, disposez et qui sont raisonnablement fiables.

On peut toujours tracer une courbe de Gausse et se dire qu'à gauche ou à droite, il y a des risques. Mais il existe quand même toute une portion supérieure dans laquelle vous savez à peu près que vous êtes en train de manipuler des outils fiables sur le plan technique. Utilisons-les donc ! Mettons à disposition des huissiers, des parties, des avocats, et de la justice en général, les outils que l'on peut aujourd'hui raisonnablement considérer comme fiables.

M. Dominique SALIBA.- Merci. Vous avez engagé une réflexion sur le plan technique. J'aurais bien aimé avoir l'éclairage de Bruce BONNAURE.

M. Bruce BONNAURE.- Avec les mots-clés, on amasse beaucoup de choses. Lors d'une récente opération, la recherche par mots-clés a « ramené » environ 22.500 fichiers. Sauf à procéder de manière différée, comme Me HAERI vient de l'évoquer, en utilisant des mots-clés « négatifs » qui permettent de soustraire de l'information, le traitement de tels volumes est excessivement compliqué. Il y a une vraie responsabilité de l'Huissier, puisque si l'on traite de manière différée ces éléments-là, c'est bien pour les remettre in fine au requérant et que celui-ci ne soit pas dans la situation d'une mise sous séquestre complète l'empêchant de savoir ce qui est ressorti des opérations.

Je tiens à préciser un point, à l'attention des Avocats qui présentent des projets d'ordonnance et qui n'appréhendent peut-être pas totalement les conséquences de leur demande. Un Huissier, lorsqu'il n'est pas certain du contenu d'un mail, est obligé de lire pour savoir ce que le mail pourrait contenir. Sa responsabilité l'oblige à ouvrir le document. Or, il faut environ (en moyenne) une minute pour ouvrir, consulter et refermer puis valider ou exclure un document simple et court.

L'ouverture d'un mail, par exemple, prend une minute en moyenne. Plus le nombre de consultations augmente, plus les minutes passent et plus le temps de consultation augmente pour l'Huissier.

Si la recherche porte sur 10 mots-clés qui trouvent chacun 50 mails, nous nous trouvons en présence de 500 documents ; ce qui nécessite au minimum 500 minutes de consultation, ce qui correspond à 10 heures de travail. Cela n'est pas réalisable sur place et même de manière différée, il

s'agit d'un travail important. L'utilisation de mots-clés n'est donc pas la panacée. C'est un outil parmi d'autres.

M. Dominique SALIBA.- Je vous remercie.
Monsieur HOURS...

M. Christian HOURS.- Je suis sur la même ligne que Madame RAULT : une ordonnance extrêmement restrictive et précise avec des mots-clés qui correspondent exactement à ce que l'on cherche. Plus on sera précis, moins on ramènera de courrier indésirable.

M. Dominique SALIBA.- J'ai à côté de moi le Président qui veut intervenir.

M. Nathan HATTAB.- Même des mots-clés très précis risquent de ramener des messages ou des fichiers, dont on ne connaîtra le véritable contenu, que lorsqu'on les aura ouverts et consultés. Certains mots-clés sont des faux amis, qui peuvent faire apparaître des éléments à caractère personnel.

Cela signifie qu'à partir du moment où ces mots-clés permettent d'accéder à des messages ou à des fichiers, nous serons obligés de les ouvrir pour discerner ce qui pourra être prélevé.

M. Dominique SALIBA.- Pour la question n°3, je m'adresserai uniquement à vous, Maître CHEVRIER de ZITTER. Est-il nécessaire ou utile, peut-être problématique, de laisser sur les lieux des opérations une fidèle copie électronique des fichiers sélectionnés ? Vous avez anticipé une partie de la réponse à cette question.

Me Fabienne CHEVRIER de ZITTER.- L'ordonnance ne prévoit jamais cette mesure. C'est sous son entière responsabilité que l'huissier va décider de laisser au requis ou au tiers l'intégralité des documents qui ont été pris dans le cadre de sa mission. En ce qui me concerne, je pense qu'il est exact que le tiers n'a plus de visibilité sur la suite des opérations d'analyse qui vont se poursuivre en dehors de sa présence chez l'huissier ou chez l'expert et il ne pourra par formuler ses observations.

A l'inverse, considérer que le tiers doit être présent jusqu'au bout, c'est-à-dire qu'on va lui laisser les documents et ensuite qu'il va assister aux opérations d'expertise, c'est alourdir énormément les opérations et puis, c'est créer des opérations différées qui ne vont pas être des opérations de constat, mais des opérations d'expertise avec éventuellement le tiers assisté de son avocat et pourquoi pas d'un autre huissier qui viendrait constater ce que le

précédent a fait.

C'est une solution qui me semble absolument irréalisable. En outre, toutes les opérations sont faites, article 145, en présence du requis ou de son représentant. Il est donc totalement informé de ce qui est pris. Lui laisser sur son bureau la copie des éléments saisis va lui donner une connaissance du dossier que le requérant n'a pas encore, puisque le procès-verbal n'est pas encore établi et qu'en outre, les fichiers qui ont été saisis n'ont pas été encore analysés. A mon avis, il va y avoir un déséquilibre qui va se créer au profit du tiers, du requis, ce qui n'est pas, à mon sens, l'objectif de l'article 145.

C'est pourquoi, à mon sens, il ne faut pas laisser les documents sur le bureau.

M. Dominique SALIBA.- Je vous remercie. Je vois que Maître HAERI souhaite dire quelques mots.

Me Kami HAERI.- Merci. Je voudrais dire juste un mot en complément de ce que Me CHEVRIER de ZITTER vient de dire. Je suis d'accord avec le fait qu'il ne faut pas laisser d'éléments hétérogènes à la procédure exister à la suite de la mission de l'huissier. Evidemment, celui qui fait l'objet de la mesure peut reconstituer ce qui est sous séquestre. Il sera informé du sommaire de ce séquestre, puisqu'il va recevoir le procès-verbal.

Il va pouvoir reconstituer ce séquestre. En revanche, créer un objet, une sorte de séquestre bis amiable, non véritablement encadré sur le plan légal et qui deviendrait une sorte de concurrent de ce qui ne constitue en réalité à travers le procès-verbal que la seule véritable trace légale de cette mesure me semble un peu dangereuse.

Je suis plutôt opposé à cela et je pense qu'il vaut mieux attendre que le procès-verbal soit établi, que ce soit le seul et unique témoin de ce qui s'est passé. Il faut qu'il y ait discussion sur ce sujet-là.

M. Dominique SALIBA.- Puisque vous avez la parole, je vais vous la laisser pour la quatrième et dernière question. Quels sont les risques dus à l'absence physique aux opérations du tiers, du requis tant pour le contradictoire que pour la confidentialité ? Quels sont les risques que l'on encourt ?

Me Kami HAERI.- Le risque, in fine, c'est la nullité de la mesure. Ce n'est pas rien. La probabilité est peut-être très faible mais le risque final est très lourd. Dans ces conditions, sur un plan purement mathématique, il ne faut pas le faire, sachant qu'il y a des moyens de contourner cette difficulté. Il faut reconnaître que le juge, à travers les décisions évoquées, nous autorise aujourd'hui à franchir le sanctuaire que constituait le caractère personnel de la correspondance dès l'instant où la personne est présente ou qu'on lui a donné

la possibilité d'être présente.

Si on exerce une mesure obtenue sur requête un matin, on n'a pas pu avertir la personne physique, le salarié que l'on vise plus précisément et lui donner la possibilité d'être là. Ce qui est certain, c'est que l'on ne pourra pas effectuer cette mesure tout de suite ou alors uniquement sur les messages professionnels non couverts, non désignés comme personnels. On peut le faire. Il n'y a pas de difficulté. Cela appartient à l'entreprise.

Maintenant, ce qui est personnel pourrait faire l'objet, compte tenu de son absence, d'une mise sous séquestre et ensuite faire l'objet, en sa présence, une fois convoqué, d'une analyse dans la continuité du travail de l'exécution de la mesure. C'est la solution que j'aurais tendance à recommander.

M. Dominique SALIBA.- Merci. On va avoir un éclairage de Mme la Présidente RAULT.

Mme Annick RAULT.- La présence du requis est nécessaire. Cela entraîne la nullité s'il n'est pas là. S'il est nécessaire d'aller sur le site du salarié absent dont on n'a pas les clés d'accès, la mission s'arrête.

En revanche, si on a la possibilité d'aller sur son site, parce qu'il est préposé à l'outil requis, l'huissier devrait pouvoir aller sur son site malgré son absence.

M. Dominique SALIBA.- Grande prudence, donc. Bruce BONNAURE...

M. Bruce BONNAURE.- En pratique, il y a deux choses.

La préservation de la preuve et le constat. Si la personne n'est pas là, et que nous ne sommes pas contraints par des opérations concomitantes, nous repassons à un autre moment. En effet, si nous nous présentons au domicile de quelqu'un à 7 heures du matin (le gérant de la nouvelle entreprise concurrente) et si la personne travaille depuis un dispositif « webmail », une connexion VPN ou via des applications de type ASP, c'est-à-dire des choses qui s'effectuent à distance, l'Expert ne peut intervenir que si la personne est présente. Sinon, il repartira généralement avec quelques informations parcellaires, mais pas grand-chose. Il existe un vrai risque technique à vouloir procéder en l'absence de la personne.

A contrario, on peut aussi - si la personne n'est pas là et si l'information recherchée n'entre pas dans le cas précité - prendre la copie d'un disque dur, prendre copie de sa messagerie brute (de type Outlook, par exemple) et la mettre sous séquestre chez l'Huissier. Cela se produit lorsque Madame est présente mais pas Monsieur. Il est alors possible de copier et de préserver les éléments de preuve pour éviter la volatilité des informations et

on pourra toujours procéder à des recherches de manière différée.

A cause des difficultés potentielles et du risque de ne pas voir l'essentiel, je pense qu'il convient de repasser si la personne n'est pas là. Pour des raisons techniques.

M. Dominique SALIBA.- Merci. Cette table ronde s'ouvre maintenant à vos questions.

ECHANGES AVEC LES PARTICIPANTS AU COLLOQUE.

M. Jean-Marie HUOT.- J'ai une question qui me brûle les lèvres et qui concerne la responsabilité des experts sur la conservation des données qui sont traitées.

Nous sommes en mission avec un huissier. On fait des extraits sur notre clé USB avant de copier un CD-ROM pour le donner à l'huissier. Quelque temps plus tard, le requérant nous téléphone en nous disant : « Monsieur l'expert, le CD de l'huissier est illisible. Pouvez-vous nous envoyer les données qui sont sur votre clé ?

Bien évidemment, réponse : « Je me suis interdit de conserver les données, donc je ne les ai plus. »

« Monsieur l'expert, vous avez mal travaillé et votre responsabilité est en cause. On va vous mettre en cause. »

Doit-on conserver les données pour pouvoir justifier de la qualité de notre travail ou bien doit-on les effacer ? C'est une question que je pose, sachant que dans ce cas précis, le requérant s'était trompé de CD-ROM.

M. Emmanuel BINOCHE.- La question est un peu difficile, parce que normalement, l'expert n'est que l'assistant et il n'a pas de raison de conserver par-devers lui les données en question. J'aurais tendance plutôt à dire, au moment de l'exécution de la mission, si l'expert estime qu'il serait préférable de prévoir une copie de sauvegarde qui fasse partie intégrante des éléments qui restent à disposition, que c'est à ce niveau-là qu'il faudrait le prévoir.

J'ai tendance à dire que c'est ainsi et que cela devrait être prévu à titre de précaution, comme devant rester soit entre les mains de l'huissier s'il y a un séquestre, soit si c'est transmis au requérant en double exemplaire. C'est une approche de réponse. Je resterai prudent là-dessus.

Me Denis CALIPPE.- Nous avons un cas de ce genre qui a été soumis à notre caisse de garantie professionnelle. Un huissier avait été chargé de faire une mission dans une procédure de concurrence déloyale. Il avait obtenu un certain nombre d'informations conservées sous séquestre. C'est l'huissier qui le conserve. Il ne peut y avoir de pièces remises au requérant que si c'est prévu dans l'ordonnance.

Il y a un CD scellé au tribunal, un CD au requérant.

Une procédure pénale avait été engagée contre le salarié et dans le cas de cette procédure pénale, on a demandé la production du séquestre à l'huissier qui n'a pas pu le produire. Aujourd'hui, sa responsabilité est mise en cause. C'est sur lui que pèse cette responsabilité.

M. Dominique SALIBA.- Les responsabilités, c'est plus clair. Il y avait une autre question dans la salle.

M. Emmanuel BINOCHE.- Au cours de la réflexion, on avait justement pris en considération le risque qu'il y a à ce que les études d'huissier soient habilitées à conserver par-devers elles, pendant un temps plus ou moins défini, les données comme cela. C'est pour cette raison que l'on avait essayé de coordonner le séquestre à quelque chose qui soit le plus résiduel possible, par rapport à ces questions-là. Cela va plutôt dans le sens d'éviter au maximum ce genre de mesure.

Un intervenant.- J'ai une question et une remarque. La question est sur les clés d'accès. Quand on se trouve devant le requis qui refuse de donner ses clés d'accès, quelle position doit-on prendre ?

J'ai une remarque. Comment doit-on procéder en cas de système vivant ? On s'est situé dans un environnement où les choses sont figées. On soupçonne les faits de se dérouler fréquemment sur un système en temps réel, par exemple sur un CRM. Faut-il arrêter la société le temps de faire nos observations ?

M. Dominique SALIBA.- On va répondre à la question qui porte sur la résistance à donner les clés d'accès.

Me Kami HAERI.- Je propose qu'en cas de difficultés, on fasse une copie. Je la signe et on fera une ouverture plus tard, en différé ou on classera le contenu. On n'a pas le choix. On ne peut pas se transformer en enquêteur pénal. Il y a une impossibilité.

Par ailleurs, après, le juge appréciera aussi la bonne volonté de la personne qui est requise. Si le motif légitime est là, ce sera un élément de preuve, un élément d'appréciation du dossier. On n'est pas tenu à l'impossible. Par moment, il y a des refus. C'est malheureux mais c'est comme cela.

M. Dominique SALIBA.- Pour le système vivant, je m'adresse à Serge MIGAYRON.

M. Serge MIGAYRON.- Avec un système « vivant », on est dans la situation d'une opération de constat la plus difficile.

La question de l'étendue du système se pose alors. S'il s'agit d'une petite structure avec deux ou trois postes, sur lesquels on peut garder un œil au cours des opérations et s'assurer ainsi qu'il n'y a pas d'agissements intempestifs, les choses sont simples.

En revanche, s'il s'agit d'une société multinationale avec un grand

nombre de postes en réseau, des serveurs distants et de plus, si on ne sait pas identifier exactement les postes qu'il faut examiner, alors les choses peuvent être beaucoup plus difficiles et on atteint les limites de notre pouvoir d'intervention dans ce type de mesure.

Je pense néanmoins à un élément de réponse possible à cette question - je m'en suis fait la remarque souvent - c'est qu'il y a toujours un très grand intérêt, dans la mesure où on peut le faire, à connaître à l'avance les postes (très peu de postes si possible : 1, 2 ou 3 postes critiques) sur lesquels on doit intervenir en priorité.

Ceci permet alors, non pas d'éliminer mais de rendre plus « accessoire » le risque évoqué.

Mais, malheureusement, il n'est pas toujours possible de connaître à l'avance les postes précis sur lesquels on doit intervenir. Lorsque cela l'est, c'est toujours très précieux.

M. Bruce BONNAURE.- Le CRM, est l'application logicielle de Gestions Commerciales et d'échanges avec les clients. De manière générale, ces logiciels n'ont pas de dispositifs qui permettent d'extraire le fichier client parce que, justement, ils sont protégés pour que personne ne puisse emporter aisément l'entier fichier client de la société.

Cela complique considérablement la tâche de l'Expert et de l'Huissier. D'autant que les applications de CRM fonctionnent souvent en mode ASP (à distance, chez un prestataire). Il est alors indispensable de s'adresser à la société prestataire ASP, qui indique qu'elle veut bien procéder à l'extraction du fichier (plus ou moins avec l'accord de son propriétaire) mais qu'elle ne peut pas dans l'immédiat. Il est alors nécessaire de se faire communiquer, de manière différée, ledit fichier par ce tiers prestataire. Cela peut être une solution.

M. Michel VILLARD.- Je suis expert. Lorsque je suis dans la phase préparatoire, avant l'opération sur site, je rédige un protocole technique qui comprend trois parties. La première partie décrit quelles sont les données à récupérer, le quoi. La deuxième, sur quoi, sur quelles machines, sur quels supports physiques je vais récupérer les données. Et la troisième, quel est le mode opératoire, la séquence des opérations techniques que je vais appliquer sur le site.

Ma question est la suivante. Lorsque je rédige ce document, est-ce que je dois me demander si je suis en procédure de constat ou de saisie ? Est-ce que le fait d'être en constat ou en saisie peut avoir un impact sur mon protocole technique ?

Me Fabienne CHEVRIER de ZITTER.- Je pense que si vous êtes en train de préparer votre mission, vous avez déjà en main

l'ordonnance qui vous missionne. A partir de là, vous savez déjà si c'est une ordonnance article 145 et vous savez que dans le cadre de cet article, il y a un constat et non pas une saisie. A partir de là, vous êtes en matière de constat.

M. Michel VILLARD.- D'un point de vue technique, le résultat des opérations techniques est le même, c'est de trouver des fichiers pertinents (courriels, documents commerciaux, ...), et de les copier, que l'on soit en constat ou en saisie. Le résultat, c'est bien une duplication de fichiers sur un support qui est un CD ou un DVD, que vous allez garder sous séquestre ?

Me Fabienne CHEVRIER de ZITTER.- Oui.

M. Michel VILLARD.- Est-ce que, s'il s'agit d'un constat, des opérations techniques sont interdites ?

Me Kami HAERI.- Non.

Me Fabienne CHEVRIER de ZITTER.- Vous êtes sous le contrôle de l'huissier. C'est lui qui prendra la décision de ce qui doit être pris et conservé sous séquestre. Il n'y a pas de saisie en matière d'article 145.

M. Michel VILLARD.- Je me situe dans la phase préparatoire. Quand je suis en saisie sur site, en intervention sur site, je suis sous votre contrôle. Donc, je demande à l'huissier si je suis autorisé à faire telle ou telle chose. Quand je suis en phase préparatoire, dans mon cabinet, est-ce que je dois me demander si je suis en constat ou en saisie ou si la simple lecture de l'ordonnance me suffit pour comprendre ce que je dois faire ?

M. Bruce BONNAURE.- Techniquement, je ne crois pas que pour les Experts, il y ait une grosse différence technique entre la saisie et le constat, si ce n'est que la saisie ne permet pas de faire d'opération différée. En dehors de cela, c'est une différence pour l'Huissier. Pour nous, Experts, je ne vois pas ce que cela change fondamentalement, si ce ne sont les quelques précautions que l'on doit prendre s'il s'agit d'une affaire pénale. On va s'évertuer à effectuer les copies physiques préalables, par précaution, pour ne pas laisser la trace de nos opérations. Je ne crois pas que cela change grand-chose.

M. Serge MIGAYRON.- Pour moi également, cela ne change rien en ce qui concerne les opérations techniques.

Des différences peuvent affecter les modalités générales de

l'intervention avec l'huissier, les droits, peut-être la « force d'accès », par exemple suivant que la personne est ou n'est pas le bon interlocuteur.

Mais techniquement, nous procédons de la même façon.

Me Denis CALIPPE.- En matière de saisie, on est dans une procédure d'exécution. En matière de constat, c'est une mesure d'instruction. On vient chercher des éléments pour éventuellement engager une action ou au contraire ne pas l'engager. On va collecter un certain nombre d'informations uniquement dans le cadre de ce qui est dans l'ordonnance.

En matière de contrefaçon, même si on est tenu par les termes de l'ordonnance, on a des pouvoirs d'investigation plus étendus et ces pouvoirs en ce qui concerne les experts ne vont pas changer grand-chose. C'est nous qui allons vous dire que l'on va avancer jusqu'à telle étape. On va peut-être avoir des investigations plus variées, différentes en contrefaçon qu'en constat. Mais pour vous, cela ne change pas énormément de choses. C'est nous qui prendrons la responsabilité. S'il n'y a pas de problème, il n'y en a pas.

Une intervenante.- Je voulais faire part de difficultés rédactionnelles dans le cadre des mesures conservatoires de séquestre, parce que l'on nous demande de rédiger un procès-verbal qui va relater certes les opérations elles-mêmes mais qui va nous demander d'indiquer quels sont les éléments que nous avons en séquestre.

Dans la rédaction de ce procès-verbal, nous nous heurtons à un problème de confidentialité, puisque dans les énoncés des documents il y a des choses qui sont confidentielles. Dans les pièces jointes, il y a des choses confidentielles. Et même dans la datation, s'il y a un problème de dates dans le conflit, les dates vont être importantes. On a un vrai problème. On s'en est entretenu à de multiples reprises avec Mme RAULT notamment. C'est vrai que l'on a un vrai problème rédactionnel lié à certains dossiers. Dans certains cas, cela ne se pose pas. Mais dans d'autres cas, c'est important.

Je ne sais pas si vous avez des directives, des choses à nous donner, des pistes, des dates. Est-ce que l'on doit donner un nombre global de fichiers appréhendés, dire dans quoi on les a trouvés ? A ce moment-là, le requérant dit que c'est insuffisant. Est-ce que l'on doit les identifier autrement ? Je ne sais pas. Aujourd'hui, je me pose la question.

Mme Annick RAULT.- Il s'agit de l'annexe que l'on met dans le procès-verbal. Vous énumérez la liste des pièces que vous avez saisies.

L'intervenante.- Parfois, on a du mal à constituer une annexe. Si on fait des captures d'écran, on a des libellés, des objets, dans les mails on a des objets, des pièces jointes. C'est un vrai problème.

Mme Annick RAULT.- Il faut rester le plus vague possible. On a intérêt, sinon vous levez la confidentialité des pièces saisies qui sont sous séquestre. Il ne faut pas donner de titre à la pièce saisie.

L'intervenante.- On en était venu à conserver la date de la pièce.

Mme Annick RAULT.- La date suffit.

L'intervenante.- C'est parfois compliqué.

Je voulais réagir sur ce que Me HAERI a dit sur les problèmes de la communication du fichier client à l'adversaire. Quand on est sur un dossier de concurrence déloyale, aller communiquer le fichier client du requérant alors que l'on n'est pas sûr que l'adversaire l'a appréhendé, son fichier client professionnel qui à la date des opérations a pu évoluer, je trouve que c'est quand même un peu délicat.

On avait vu ici avec les juges des requêtes une méthode qui me paraissait intéressante, qui était de faire valider par le magistrat un fichier qui était mis sur clé USB, laquelle clé nous était remise pour qu'elle puisse être copiée sur un Cédérom et que nous puissions travailler dans le cadre de la comparaison mais la clé était conservée en séquestre, de la même façon que peuvent être conservés en séquestre les documents appréhendés.

De fait, à tout moment, on pouvait, on peut vérifier que le fichier qui a été communiqué était bien un fichier qui existait. On peut revenir sur cette question-là.

M. Dominique SALIBA.- Je vais accueillir la dernière question.

Une avocate.- Je m'interroge sur le processus particulier mis en place au Tribunal de Commerce de Paris dans le cadre de l'article 145 qui consiste donc à faire en sorte que les documents collectés soient systématiquement mis en séquestre chez l'huissier.

Vous avez indiqué tout à l'heure, à la suite de cela, qu'il y avait un référé automatique qui permet de rétablir le contradictoire.

Pour moi, tel que je vois les choses, c'est un faux contradictoire puisqu'en réalité, le requérant n'a aucune idée de ce qui a été saisi chez son concurrent. La seule personne qui sait ce qui a été saisi, c'est le concurrent lui-même qui connaît très bien ses propres documents et le magistrat. Et donc, l'audience qui va avoir lieu devant le juge des référés est une audience qui, pour moi, est totalement déséquilibrée, puisque l'avocat du requérant ne sait absolument pas de quoi on parle.

Pour moi, ce processus est un processus déséquilibré qui risque de

faire, en tout cas au Tribunal de Commerce de Paris, de plus en plus obstacle au plein exercice et au plein pouvoir de cette requête, alors qu'il ne faut pas oublier qu'en général, si la requête a été suivie d'une ordonnance, elle a déjà eu un premier concours des magistrats. Il ne faut pas oublier que l'on a affaire à des opérations qui peuvent être dévastatrices pour les entreprises et que les pauvres salariés dont on visite les ordinateurs peuvent très mal se comporter.

Est-ce qu'il y a une autre juridiction que le Tribunal de Commerce de Paris qui pratique ainsi ?

M. Emmanuel BINOCHE.- A ce sujet, la seule chose que l'on puisse dire, comme je l'ai indiqué tout à l'heure dans mon intervention, en ce qui concerne la réflexion que nous avons menée au sein du groupe, c'est que dans les modèles des ordonnances que nous avons élaborés, nous nous sommes orientés, en tout cas une majorité d'entre nous, vers une autre solution qui consiste à fixer un certain délai. Je ne l'ai plus en tête. C'est 2, 3 mois à l'issue duquel en cas de séquestre, il faut que le requérant se détermine pour soit saisir la juridiction au fond, soit saisir en référé un expert qui à ce moment-là, dans le cadre d'une procédure contradictoire, va être amené à examiner le contenu des données en question.

Voilà ce que nous, nous avons trouvé comme suggestion, solution. Pour le reste, je n'ai pas d'autres informations.

M. Dominique SALIBA.- Pas de relance. Je propose de fermer cette table ronde qui a été très riche. Il y a quelques exposés et une synthèse et après, vous vous retrouverez au cocktail si vous y restez.

M. Nathan HATTAB.- Merci beaucoup.

Avant de passer la parole à Madame la Présidente ARENS, le représentant du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice voudrait dire deux mots.

M. Christian ISAAC.- Je suis le représentant du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice. Je représente Pierre LOEPPER qui n'a pas pu venir aujourd'hui et qui m'a demandé de faire passer un message. Il a souhaité que je vous parle des travaux du Conseil National.

Je vais être très bref. Les travaux du Conseil national, c'est en premier lieu le Code de déontologie, en relation avec Mme Pascale FOMBEUR Directrice des Affaires Civiles et du Sceau. Le Code de déontologie est donc à l'étude. C'est aussi la réforme du décret de 2004 pour passer la période probatoire à 3 ans au lieu de 2. C'est un contrat national d'assurance. C'est la formation pour toutes les compagnies et des supports de formation diffusés à toutes les compagnies. Voilà la communication que je

devais vous faire. Je vous remercie et bravo pour vos travaux.

M. Nathan HATTAB.- Merci. Je donne la parole à Madame Chantal ARENS, Présidente du Tribunal de Grande Instance de Nanterre, pour la synthèse des travaux.

IV. Synthèse

Madame Chantal ARENS, Présidente du Tribunal de Grande Instance de Nanterre

Les travaux de ce colloque ont été tout à fait riches et passionnants. L'initiative prise par la Compagnie Nationale des Experts de Justice en Informatique et Techniques Associées de choisir le thème des constats et saisies informatiques au regard du principe de la confidentialité et du contradictoire mérite d'être particulièrement saluée. Le nombre de participants, leur diversité professionnelle et géographique et la qualité des débats attestent de l'acuité de la problématique évoquée au regard des principes et libertés en cause dans le cadre d'une mesure judiciaire ordonnée en l'absence de la partie visée par la mesure.

Ce colloque a ainsi permis de mettre en lumière quelques idées force que chacun des acteurs (avocat-juge-huissier-expert, le cas échéant) doit avoir à l'esprit dès lors que le constat sollicité, ordonné et exécuté intervient dans le cadre d'une procédure dérogatoire à l'un des principes fondamentaux de la procédure civile et tenant au caractère contradictoire du procès civil et commercial, tel que rappelé par l'article 16 du code de procédure civile et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ces éléments sont les suivants :

- le caractère probatoire de la procédure avec le risque de disparition ou d'altération de la preuve,
- la nécessité d'un motif légitime pour qu'il soit fait droit à la requête, l'appréciation de la légitimité devant se faire au regard du droit pour le requérant de se constituer des preuves tout en évitant que la mesure ordonnée ne se transforme en perquisition civile,
- le respect de la vie personnelle, du secret des correspondances, du secret des affaires, du secret bancaire et du secret des correspondances entre avocats,
- les évolutions technologiques rapides qui ont une incidence en matière de traçabilité des constatations techniques de l'expert, mais qui peuvent poser problème lors des opérations longues entraînant un différé dans le temps de la mission devant rester sous le contrôle de l'huissier de justice.

En amont, le rôle de l'avocat du requérant est essentiel dès lors que

des libertés publiques sont en cause et que la procédure n'est pas contradictoire. Pour éviter que la mesure ne se transforme en perquisition civile, l'avocat doit savoir ce qu'il cherche et énoncer très précisément les éléments recherchés et susceptibles d'être découverts.

La très grande latitude offerte au juge, dans le choix des mesures susceptibles d'être ordonnées, impose une grande vigilance et beaucoup de précision dans la rédaction de la mission confiée à l'huissier instrumentaire, lequel intervient en sa qualité d'officier ministériel. Dans le cadre de l'exécution de l'ordonnance, l'huissier désigné est responsable du respect de la légalité des opérations, ainsi que du respect de l'obligation de loyauté et de proportionnalité (vie privée, secret des affaires et secret professionnel). Si l'ordonnance délimite avec précision le champ de la mission, c'est l'huissier de justice qui concrètement veille à ce que la mesure ne porte que sur des constatations matérielles et ne soit pas trop intrusive au regard des libertés publiques en cause.

Si le rôle de l'huissier et sa responsabilité sont différents selon que l'on se trouve en procédure de constat (article 145 du CPC) ou en procédure de saisie-contrefaçon (Code de la propriété intellectuelle), en matière informatique, la frontière entre ces deux mesures est parfois difficile à déterminer au moment de l'exécution. Dans son intervention, Maître Haeri l'a bien montré. En effet, la copie des données nécessitant un traitement ultérieur (du fait de leur complexité ou de leur importance) peut s'apparenter à une saisie de documents.

Il peut être souligné que la procédure de l'article 145 du Code de procédure civile offre plus de souplesse pour le requérant mais pose les mêmes questions que les autres procédures de constat (Code de la propriété intellectuelle) en terme, notamment, du principe de loyauté dans l'exécution de la mission et de proportionnalité des moyens mis en œuvre relativement à l'enjeu présenté.

Dans tous les cas, l'intervention de l'expert au moment du constat (ou de la saisie des données) doit se limiter à une assistance technique (délégation par l'huissier à l'expert des manipulations techniques à effectuer) ; l'huissier reste seul responsable du respect des termes de l'ordonnance (lui seul doit décider les documents qui seront saisis ou copiés et annexés au procès-verbal) et doit veiller à ce que son impartialité ne puisse être mise en cause.

Il peut être également souligné que si l'huissier de justice et l'expert ne peuvent pas être considérés comme les assistants du requérant et sont donc soumis à un devoir d'impartialité, il n'en demeure pas moins qu'ils interviennent dans le cadre d'une mesure destinée pour une seule partie à se préconstituer des preuves, et susceptible de rétractation par le juge des référés ultérieurement saisi par le requis, voire d'annulation par le juge du fond en cas de violation des principes sus énoncés, ce qui marque la limite intrinsèque des mesures ordonnées non contradictoirement.

Monsieur Nathan HATTAB, Président de la CNEJITA

Il ne me reste plus qu'à vous remercier pour votre participation à cette manifestation. Mais avant de clore ce colloque, je voudrais vous informer que nous avons l'intention d'établir des actes. Pour ceux qui ont signé la feuille de présence, vous serez destinataires de ces actes ou vous pourrez les télécharger à partir du site de notre Compagnie www.cnejita.org.

En tant qu'expert, je voudrai pour conclure ce colloque, relever trois points.

Le premier concerne le constat et la saisie. Pour nous, experts en informatique, nous avons l'impression que c'était la même chose, mais en fait en termes de procédure c'est complètement différent. La saisie se termine avec le rapport qui est remis à la personne requise, à la fin de l'intervention. Pour le constat, le rapport est souvent établi en différé, par l'huissier de justice dans son cabinet, après l'intervention.

Le deuxième point, est relatif aux opérations que nous avons qualifiées de différées, qui peuvent s'avérer nécessaires et qui doivent aussi être exécutées en toute sécurité.

Le troisième point, touche à la confidentialité. Finalement, l'expert, sous le contrôle de l'huissier, peut consulter les éléments même confidentiels mais pour discerner, pour écarter ce qui ne doit pas être prélevé.

Enfin dans le cadre d'une mise en perspective, toutes ces opérations de constat comme de saisie, présentent des risques. La préparation préalable de l'intervention est la meilleure façon de les réduire, voire de les éliminer.

Je vous remercie pour votre participation et je vous convie maintenant à vous diriger vers le cocktail.

CNEJITA

Siège Social : c/o CNCEJ 10 rue du Débarcadère - 75852 Paris Cedex 17
www.cnejita.org