

L'expert et l'avocat dans la collecte de la preuve

Introduction : c'est la recherche d'une alliance entre le discours de l'avocat, la collecte de la preuve (infraction déjà commise ou une infraction à commettre), la matérialité de la preuve, analysée par l'avocat et l'expert.

La preuve immédiate : l'huissier, l'expert.

La matérialité de la preuve : une analyse concertée.

Les acteurs

- Il y a un expert judiciaire ou un expert pour chaque partie.
- il y a deux avocats, l'un en demande de réparation d'un préjudice subi par l'entreprise ou une personne physique, l'autre en défense qui utilisera tous les moyens de fait ou de droit pour faire tomber la démonstration de la faute, du préjudice, de l'imputabilité.

Les faits litigieux

- il y a des faits litigieux reprochés par une partie à l'autre qui résultent de l'application d'un contrat et qui ne donnent pas satisfaction à l'une ou l'autre des parties.
- il y a des faits litigieux reprochés par une partie à l'autre qui ne résultent pas de l'application d'un contrat (extra-contractuel).
- il y a des faits litigieux qui ne trouvent pas d'auteurs identifiés.

Les supports en vue de la collecte de la preuve des faits litigieux

- la collecte de la preuve en ligne ou sur internet
- la collecte de la preuve sur un PC
- la collecte de la preuve sur un salon professionnel
- la collecte de la preuve sur un contrôle-commande d'un outil industriel
- Dans cette présentation, on exclut la preuve chez les autres.

La preuve et l'expert, en matière numérique

- il n'est pas interdit de rentrer dans un système d'information en France.
- il est interdit de s'y maintenir.
- Les lois actuelles veulent responsabiliser les entreprises, en les menaçant de sanctions, dans le cas où elles ne sécuriseraient pas leur système d'information.
- avant de qualifier les faits, l'entreprise devra commencer par démontrer son propre préjudice, les mesures prises en matière de cybersécurité, sinon l'entreprise mettrait l'accent sur sa propre défaillance à protéger son système d'information et serait facilement condamnée à payer des sanctions administratives.
- Le débat aura lieu car l'expert devra apprécier les mesures mises en oeuvre au sein de l'entreprise pour pallier une intrusion, pour sensibiliser le personnel,...

Le temps de la collecte de la preuve

- Dans ce temps de collecte de la preuve, il faut penser à plusieurs choses, les arguments en demande et en défense.
- La collecte de la preuve vise à démontrer une infraction à une loi applicable en France ou une infraction à la loi des Parties (contrat).
- La collecte de la preuve vise à démontrer un préjudice, la responsabilité de celui qui est accusé d'avoir violé une loi (le contrat ou la loi).
- La preuve des mesures prises en matière de cybersécurité.

Les paramètres

Il ne faut pas commettre une infraction pour pouvoir accéder à la manifestation de la vérité. L'avocat doit guider l'entreprise dans la recherche de la preuve technique, « comportementale », financière.

Du côté de l'entreprise, la manifestation de la vérité doit être un dommage. Lors de la manifestation du dommage, l'évidence est matérialisée par :

- une perte financière, par exemple lors d'une fraude au Président;
- une violation des données de l'entreprise (perte, effacement, chiffrement) qui occasionnent des sanctions financières (amendes administratives CNIL ou loi LPM) et un préjudice financier actuel ou futur (par exemple, perte de revenus, les noms des abonnés);

Partie 2 : La répartition des activités :
Un préjudice factuel, (actuel, technique) : l'expert

C'est le domaine de compétence de l'expert.

Toujours partir des faits, des éléments techniques à disposition avant de qualifier juridiquement les faits.

Un préjudice expliqué par l'entreprise et l'avocat

Pendant le cheminement de l'expert, l'avocat doit veiller à la qualification des faits, au regard de tous les éléments à sa disposition. (cf en droit du travail, en droit des contrats (cf :La traduction des temps morts de la performance), dans l'organisation de l'entreprise.

Les critères de la preuve, sous l'angle légal

La preuve doit être loyale. Cette loyauté s'exprime dans le mode d'extraction, de collecte de la preuve, de préservation de la preuve. La loyauté s'exprime dans la preuve elle-même. Une faute ne sert pas à préjuger d'une autre faute.

La preuve doit suffisamment éclairer le juge.

Le constat

Les faits qui impliquent des utilisateurs tiers à l'entreprise : une contrefaçon : un utilisateur du site visualise un produit contrefait.

Les faits qui impliquent un regroupement ponctuel d'utilisateurs tiers intéressés : ces tiers ont l'apparence d'être intéressés par l'Intelligence Economique. Dans un salon, des caméras de concurrents surveillent les activités de concurrents.

Les faits qui impliquent des utilisateurs internes à l'entreprise, les salariés : on soupçonne qu'ils participent à des activités frauduleuses.

Méthodologie de collecte

- une norme a le mérite d'exister, c'est la norme AFNOR.
- une jurisprudence a eu le mérite de fixer un certain nombre de pré-requis techniques pour établir un mode opératoire pour collecter des preuves et les produire en justice.

Le constat d'huissier

La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 février 2013 a édicté des règles :

Le mode opératoire qui se dessine:

les huissiers doivent décrire le matériel ayant servi aux constatations.

indiquer l'adresse IP de l'ordinateur ayant servi aux opérations de constat

vider les caches de l'ordinateur préalablement à l'ensemble des constatations

désactiver la connexion par proxy

supprimer l'ensemble des fichiers de navigation temporaires stockés sur l'ordinateur et l'ensemble des cookies et l'historique de navigation.

Le constat judiciaire

- Un constat judiciaire sera constitué de plusieurs pièces :
 - une requête
 - une note d'avocat justifiant le recours à l'huissier, les enjeux et les opportunités de la procédure
 - le mandat d'huissier précisant les tâches demandées et une note d'instruction factuelle qui pointe les difficultés techniques
 - le constat d'huissier. le constat amiable n'est pas le monopole de l'huissier de justice mais la procédure est de sa compétence.

Les pièges

Côté Expert :Prévenir les risques de récusation :

- compétence technique : adopter des spécialisations;
- procédurale : démontrer l'obtention de certificats de formation continue;
- mode opératoire de collecte de la preuve qui exige de l'Expert une attention particulière sur la preuve collectée sur une source fermée ou une source ouverte.

Autre piège à éviter

Pourquoi parler de champ territorial ?

La preuve au lieu de l'entreprise demanderesse : le siège social ou l'établissement, la filiale. c'est la famille mais pas sur le même territoire physique.

Conseil : faire les démarches de constat comme s'il s'agissait d'entreprises différentes.

Autre piège à éviter

Le lieu du constat : internet

si un expert en vient à faire des constats sur internet Il doit décliner son identité. Nul ne peut usurper un nom ou ne pas s'identifier sur internet.

TGI de Paris qui a annulé deux procès-verbaux de constat d'achat de marchandises sur internet car l'huissier n'a pas déclaré son identité.

Conclusions - Questions