Les Constats et Saisies à l'épreuve du secret

Colloque CNEJITA – www.cnejita.org - Mai 2015

Sommaire

LES CONSTATS ET SAISIES A L'EPREUVE DU SECRET

COLLOQUE CNEJITA - MAI 2015
SOMMAIRE **1**

INTRODUCTION ET OUVERTURE DU COLLOQUE **2**
MARIE COURBOULAY 2
Présidente de la troisième chambre première section du TGI de Paris, juge référent de la troisième chambre 2
PHILIPPE AYMAR 3
Président de la CNEJITA 3

DROIT A LA PREUVE, DROIT AU SECRET : **5**
DEUX DROITS ANTAGONISTES **5**
CORINNE BLERY 5
Maître de conférences-HDR, Directrice du Master 2 Contentieux privé, Faculté de droit de Caen 5

LES TECHNIQUES DE TRIAGE, CONFIGURATIONS RENCONTREES EN OPERATIONS **8**
MICHEL LECLERC 8
Expert informatique 8
MICHEL ENTAT 9
Expert informatique 9

L'ORDONNANCE, LA CONDUITE DES OPERATIONS, LA RESTITUTION DANS LE PV **15**
TABLE RONDE ANIMEE PAR MARIE COURBOULAY, PRESIDENTE DE LA TROISIEME CHAMBRE PREMIERE SECTION DU TGI DE PARIS, JUGE REFERENT DE LA TROISIEME CHAMBRE 15

TEXT MINING ET MACHINE LEARNING, PERSPECTIVES D'APPLICATION AU TRI **26**
BERNARD NORMIER 26
Consultant spécialisé en text mining, vice-président de l'Aproged 26

LE RETOUR AU CONTRADICTOIRE, LE TRI DETAILLE **32**
TABLE RONDE ANIMEE PAR FRANÇOIS CHASSAING, PRESIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE NANTERRE 32

SYNTHESE ET CLOTURE DES TRAVAUX **41**
PHILIPPE AYMAR 41
Président de la CNEJITA 41

DROIT A LA PREUVE, DROIT AU SECRET : DEUX DROITS ANTAGONISTES **42**
CORINNE BLERY 42
Maître de conférences-HDR, Directrice du Master 2 Contentieux privé, Faculté de droit de Caen 42
I. DROIT A LA PREUVE *VERSUS* DROIT AU SECRET : NOTION 42
A. Position du problème 42
B. Pistes pour résoudre le problème 44
II. DROIT A LA PREUVE *VERSUS* DROIT AU SECRET : CAS DE CONFRONTATION SUSCEPTIBLES DE SE POSER LORS D'UNE EXPERTISE INFORMATIQUE 46
A. Secret des affaires (au sens large) 46
B. Autres secrets 48

Introduction et ouverture du colloque

Marie COURBOULAY

Présidente de la troisième chambre première section du TGI de Paris, juge référent de la troisième chambre

Je suis particulièrement honorée d'avoir été invitée à présenter ce colloque, consacré aux procès-verbaux de constat et aux saisies-contrefaçon. Ces thèmes sont bien connus des praticiens, qui rencontrent souvent des difficultés face à ces exercices bien particuliers, consistant à permettre l'accès à la preuve tout en respectant les droits de la défense, non représentée dans la procédure.

En effet, l'absence de contradictoire en matière de saisie-contrefaçon est inscrite dans la loi. En revanche, dans le cadre d'une procédure relevant de l'article 145 du Code de procédure civile, l'absence de contradictoire doit être motivée, afin de ne pas être déclarée nulle par la Cour de cassation.

L'antagonisme entre le droit d'accès à la preuve et les droits de la défense ont conduit à l'instauration de règles particulières, et notamment l'obligation de préciser *a minima* le contour des recherches de documents, ce qui engendre un certain nombre de difficultés.

En matière de saisie-contrefaçon, une autre difficulté est rencontrée par les avocats qui soumettent les requêtes, en raison de la non-transposition par la France de la nécessité d'apporter un commencement de preuve raisonnablement accessible dans le cadre de la transposition de la directive de 2004.

En outre, l'accès aux documents, désormais contenus au sein de systèmes informatiques propres aux différentes entreprises, engendre également certaines difficultés. Ainsi, se pose la question de la limitation et du contrôle *a priori* et *a posteriori* de cet accès.

N'ayant pas pour objectif d'épuiser l'ensemble du sujet, ce colloque se focalisera sur les aléas nécessairement contenus dans les ordonnances et les requêtes dans le cadre de la recherche de preuves, ainsi que sur le contrôle exercé *a posteriori*, et notamment lors du tri des documents découverts. Ces deux problématiques seront traitées dans le cadre de deux tables rondes, précédées d'exposés introductifs.

Philippe AYMAR
Président de la CNEJITA

Dans le cadre des opérations de constats, nous pouvons observer que l'informatique a changé. Par le passé, les postes de travail étaient des stations isolées utilisant des systèmes mal sécurisés et contenant l'ensemble des informations de l'entreprise. Il suffisait alors de lancer un logiciel adapté sur de ces postes pour trouver les documents recherchés. Dans ce cadre, les recherches prescrites par les ordonnances donnaient souvent lieu à la mise en lumière à un nombre limité de documents pertinents.

Aujourd'hui, les systèmes d'information ont changé et les recherches sélectionnent plusieurs milliers de documents. Ces documents traitent parfois de sujets intéressants dans le cadre de la procédure, mais contiennent également des informations confidentielles sur les individus et les entreprises. Les opérations de tri et de filtrage qui auraient pu être effectuées manuellement sur un nombre limité de documents, deviennent irréalistes dans le temps du constat. Face à cet état de fait, les experts se voient souvent contraints de proposer à l'huissier de procéder à une mise sous séquestre. Se pose alors la question de la description de ce séquestre dans le procès-verbal.

Parallèlement, les infrastructures informatiques se complexifient. Ainsi, il est désormais nécessaire d'accéder à des réseaux protégés par mots de passe, ce qui rend souvent indispensable la collaboration du requis. Remarquons que l'hébergement distant des boîtes mail, des fichiers, voire des logiciels, se généralise. Le parcours de ces serveurs distants avec des logiciels installés depuis un poste local dépend de la bande passante disponible et n'est souvent pas réaliste. L'expert dépend des fonctions disponibles sur ces serveurs. Il doit adapter ses séquences et stratégies de recherches pour tenir compte des fonctions disponibles et de l'organisation de l'information sur ces serveurs. La limitation technique intrinsèque aux systèmes distants n'est pas la seule à laquelle est exposé l'expert en opération. Le logiciel SAP, plutôt bien connu des experts informatiques, connaît tellement de variantes dans son implémentation qu'il est nécessaire d'être guidé par le requis pour parvenir à en tirer des informations. La sécurité, les modes opératoires, les capacités de recherches limitées des systèmes distant deviennent une limite aux opérations de l'expert. Elles conditionnent aussi bien l'accès à la donnée, que la finesse des restitutions faites par les outils et exposent paradoxalement l'expert à gérer le trop et à proposer un séquestre à l'huissier.

Après avoir collecté les données, dont certaines vont être placées sous séquestre, une méthodologie de tri doit-être définie et appliquée. Plusieurs opérations de tri sont possibles, le dédoublonnage permet de supprimer les documents superflus. L'analyse de la structure documentaire permet de mettre au point des règles d'élimination des « faux-amis ». Une fois sérieusement écrémé, il est possible, pour l'huissier ou pour le juge, de reprendre le tri. Si le tri visuel n'est toujours pas possible, l'expert peut proposer des statistiques sur les réponses aux combinaisons de mots clés pour repérer les lots de documents à privilégier.

Ces stratégies sont parfois insuffisantes, soit que les volumétries initiales étaient exceptionnelles, soit que l'information recherchée ressort des signaux faibles. Ainsi, dans un cas de harcèlement, il est compliqué de repérer les éléments de preuve qui ne sont pas des propositions explicites. Ils peuvent se cacher dans des sous-entendus insérés dans des échanges professionnels inscrits dans le temps long. De même, dans le cadre de la gestion du stress en entreprise, les éléments pertinents sont souvent dispersés dans une masse de microdécisions. Une stratégie de fouille documentaire, text-mining, doit être mise en place.

Au regard de ces éléments, certaines technologies de traitement automatique du langage peuvent offrir des opportunités intéressantes, que nous aborderons avec Bernard Normier et au cours de la seconde table ronde. Ainsi, il convient de déterminer dans quelle mesure le text-mining, notamment utilisé pour l'analyse et la surveillance des conversations sur les réseaux sociaux, peut être bénéfique à notre pratique et de quelle façon le cadre procédurale doit être adapté à la mise en œuvre de ce qui devient une enquête documentaire.

Droit à la preuve, droit au secret : deux droits antagonistes

Corinne BLERY

Maître de conférences-HDR, Directrice du Master 2 Contentieux privé, Faculté de droit de Caen

(*L'exposé de Corinne Blery est complété par un article reproduit à la fin des actes)*

Je vous remercie pour votre invitation.

Le droit à la preuve et le droit au secret sont antagonistes et pourtant confrontés dans le cadre des constats et saisies informatiques. Ainsi, le droit de la preuve est antagoniste au droit à la preuve. En vertu du premier, il n'est pas permis de rechercher ou de produire une preuve en violation des règles de droit, tandis qu'en vertu du second, tout justiciable peut prétendre à la recherche et à la production d'une telle preuve.

Au-delà de la charge de la preuve incombant au demandeur, le droit de la preuve concerne également la loyauté de la preuve et le droit au secret, pouvant être opposé par le contradicteur ou par un tiers. Ainsi, la jurisprudence protège le droit à la vie privée, le secret des affaires ou encore le secret professionnel.

Face à ce droit de la preuve, un droit de la preuve a récemment été affirmé par deux arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en 2006 et 2008 et par un arrêt de la Cour de cassation en 2012. Cette affirmation vise le droit de produire une preuve, y compris une preuve dérogeant partiellement aux grands principes du droit de la preuve. Ainsi, en 2012, un justiciable a pu produire une lettre en violation du droit à la vie privée et du secret des correspondances. Il est donc désormais acquis que lorsqu'un plaideur possède une preuve permettant de soutenir une de ses allégations, il a le droit d'en faire usage en justice.

Cette proclamation d'un droit à la preuve, qui a fait grand bruit en doctrine, concerne également le droit pour le justiciable d'obtenir une preuve, y compris en ayant recours à un expert informatique accompagné d'un huissier de justice. Ce recours peut être utilisé dans deux cas de figure. Dans le premier cas, le justiciable saisi un huissier et/ou demande à un juge d'ordonner un constat où une saisie. Dans cette hypothèse, la marge de manœuvre de l'huissier et de l'expert sera extrêmement réduite puisque, faute de décision de justice, tout constat ou expertise sera nécessairement amiable.

Dans le second cas, le plaideur ne possédant pas la preuve ou l'information qui lui est nécessaire, sans carence de sa part, peut demander au juge d'ordonner une mesure d'instruction, dans le cadre d'un procès. De même, un plaideur n'ayant pas encore saisi la justice peut demander à un juge d'ordonner une mesure d'instruction *in futurum*, par la voie du référé ou sur requête et à condition d'avoir un motif légitime, en vertu de l'article 145 du Code de procédure civile.

Le droit à la preuve est alors laissé à l'appréciation du juge, qui va contrôler l'opportunité et la licéité de l'opération, et peut être appelé à intervenir à deux moments. Ainsi, dans un premier temps, il doit s'efforcer de déterminer au mieux l'objectif de l'huissier de justice et de l'expert informatique dans le cadre de la recherche d'informations. En outre, le juge peut également prévoir le sort réservé aux informations qui seront récoltées.

Dans un second temps, si l'expertise a mis en lumière l'existence d'une preuve que le requérant a intérêt à produire, mais que le requis s'y oppose, le juge est placé devant deux normes contradictoires : le droit à la preuve et le droit au secret. Il est appelé à trancher en permettant au plaideur de produire la preuve concernée, ou écarter la pièce des débats en ordonnant sa restitution au requis.

Cependant, entre les deux interventions du juge, avant et après les opérations de saisies et constats, l'expert informatique et l'huissier de justice vont devoir effectuer la recherche de manière efficace, mais pas intrusive. Les méthodes informatiques sont choisies par l'expert, puis validées par l'huissier de justice. En principe, l'huissier doit être neutre et ne peut interpréter les requêtes ou ordonnances. Cependant, en réalité, il se trouve confronté à des situations inattendues et va donc devoir effectuer des choix parfois non orientés directement par le Code de procédure civile ou par l'ordonnance de mission.

Pour résoudre ce conflit, le juge, l'expert informatique et l'huissier de justice disposent tout de même d'outils juridiques permettant de trouver la voie médiane entre droit à la preuve et droit au secret. Dans son arrêt de 2012, la Cour de cassation a en effet posé deux conditions permettant de passer outre le principe du respect de la vie privée, et applicables à tous les types de secrets. Ainsi, la pièce produite en violation du principe du respect de la vie privée doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve, tandis que la production litigieuse doit être proportionnée aux intérêts antinomiques en présence. De même, la Cour Européenne des Droits de l'Homme admet une ingérence dans la vie privée ou le secret si cette ingérence est nécessaire et proportionnée à un but légitime.

Au regard de ces éléments juridiques, il apparaît qu'un mode de preuve portant atteinte à un droit fondamental n'est pas nécessairement illicite. Ainsi, la conciliation entre droit au secret et droit à la preuve doit être réalisé au cas par cas.

Au-delà de la piste juridique, la piste amiable est également à considérer. Ainsi, lorsque le technicien chargé de procéder à la saisie ou au constat se heurte à l'invocation d'un droit au secret qu'il estime opposable, il peut tenter d'obtenir l'accord du requis quant à la recherche de la preuve et à la manière dont cette dernière va être traitée. Cependant, la recherche d'une solution amiable relève de la pratique et ne peut donc être guidée par le juge ou le Code de procédure civile.

Enfin, le juge et le tandem réunissant expert informatique et huissier de justice peuvent également s'appuyer sur la jurisprudence pour procéder à la conciliation entre droit à la preuve et droit au secret. En effet, la Cour de cassation a considéré que les secrets non légalement protégés, tels que le secret des affaires ou le respect de la vie privée des salariés, ne constituaient pas un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées. Ainsi, dans le cas où les mesures sont ordonnées par un juge, ce dernier devra procéder à un arbitrage entre droit au secret et droit à la preuve, au regard des critères précédemment évoqués. Toutefois, si le juge décide de passer outre le respect du secret des affaires, il devra veiller à ce que l'atteinte à ce secret ne soit pas excessive.

A titre d'exemple, une mesure autorisant des huissiers de justice à prendre copie de documents et à cloner les disques durs des ordinateurs personnels et sociaux des dirigeants d'une société a été permise par la Cour de cassation, alors que cette mesure était circonscrite à la recherche de documents relatifs à une franchise et à la cession d'un fonds de commerce et de titres d'une société, alors que le clonage des disques informatiques ordonné pour préserver les disques durs du risque de destruction de documents lors de la recherche de preuve avait été organisé sous le contrôle des huissiers de justice, avec l'assistance d'experts en informatique, sans possibilité de divulgation à la requérante, et alors qu'il avait été rappelé que toute retranscription relative à la vie privée des intéressés était interdite. L'ordonnance était donc particulièrement développée, puisqu'elle précisait les mesures permises ainsi que le sort des informations récoltées.

A l'inverse, la Cour de cassation a fermement condamné une mesure qui autorisait un huissier de justice à se rendre dans les locaux d'une société suspectée d'actes de concurrence déloyale et de détournement de clientèle et à se saisir de tout document social, fiscal, comptable ou administratif, qu'elle qu'en soit la nature, susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement. Une telle mesure revenait à permettre à l'huissier de justice de fouiller dans l'ensemble des documents de l'entreprise.

En revanche, la violation des secrets légalement protégés est bien plus encadrée. A titre d'exemple, les correspondances des avocats sont protégées par le secret professionnel de l'avocat, à l'exception des correspondances libellées « officielles », et ne peuvent donc être produites en justice.

En outre, le secret professionnel bancaire est protégé par la loi. Ainsi, les personnels des établissements bancaires n'ont pas le droit de divulguer des informations confidentielles. Il est donc exclu d'envoyer un huissier de justice et un expert informatique rechercher des preuves dans les systèmes informatiques de tels établissements. Cependant, le secret bancaire admet quelques exceptions, notamment lorsque l'établissement bancaire est le contradicteur du requérant.

De même, le secret de la Défense nationale est légalement protégé. Confronté à l'opposition d'un tel secret, le technicien doit céder sa place à une personne agrée par le ministère de la Défense.

Enfin, il existe également une jurisprudence concernant la consultation par l'employeur de l'ordinateur d'un salarié. Ainsi, les fichiers qualifiés « personnel » ne peuvent être consultés par le chef d'entreprise en dehors de la présence du salarié. A l'inverse, tous les documents à caractère professionnel peuvent être consultés par l'employeur en l'absence du salarié concerné, sachant que la présomption du caractère professionnel est particulièrement élargie. Ces dispositions s'appliquent notamment lorsqu'un employeur soupçonne un de ses salariés de se livrer à une concurrence déloyale. En revanche, lorsqu'une entreprise soupçonne un de ses concurrents, la fouille des ordinateurs nécessite une ordonnance d'un juge.

En conclusion, il apparaît donc que le juge joue un rôle important *a priori* et *a posteriori,* lors de la rédaction de l'ordonnance, puis lors du tri des données récoltées. Cependant, entre ses deux étapes, le tandem réunissant un huissier de justice et un expert en informatique devra procéder à des arbitrages, en s'appuyant notamment sur les arrêts de la Cour de cassation et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ainsi que sur la jurisprudence. Cependant, de telles conciliations sont toujours périlleuses, car en cas de contestation, l'huissier de justice ne saura s'il a dépassé le cadre du droit à la preuve qu'après le jugement de la contestation.

(*L'exposé de Corinne Blery est complété par un article reproduit à la fin des actes)*

Les techniques de triage, configurations rencontrées en opérations

Michel LECLERC
Expert informatique

Lorsque les experts informatiques interviennent avec les huissiers de justice sur les opérations de constat ou de saisie, la collaboration du requis est toujours nécessaire. Ainsi, les experts informatiques doivent être guidés dans le cadre de l'appréhension des systèmes sources, de plus en plus complexes en raison de la multiplication des réseaux à distance ; des systèmes internes complexes, tels que les progiciels SAP ou Sage ; des systèmes externes disposant d'une faible exposition, tels que les webmails, les réseaux sociaux ou le *cloud* ; les dispositifs internes d'archivage et de recherche ; ainsi que les dispositifs de sécurité protégeant les données de l'entreprise.

Cette nécessaire collaboration engendre une situation de dépendance vis-à-vis du requis, qui doit fournir les identifiants et mots de passe protégeant les données, et accompagner les experts informatiques dans l'appréhension des logiciels spécifiques de l'entreprise, qui nécessite un temps d'apprentissage. Dans ce cadre, il est nécessaire de disposer de moyens de contrôle permettant de vérifier que l'information fournie par le requis est complète et exhaustive. En conséquence, le tandem réunissant l'huissier de justice et l'expert informatique doit se trouver en permanence aux côtés du requis, pour vérifier la façon dont il accède aux informations.

En outre, le stockage à distance des données sur les webmails et les plateformes de stockage telles que le *cloud,* pose également problème, puisque les données sont protégées par des identifiants et des mots de passe, qui doivent être demandés au requis. Concernant les moyens de contrôle, Il est possible de déterminer si le requis utilise de tels services en interrogeant l'historique du navigateur internet, ou en vérifiant la présence de ces services sur le bureau de l'ordinateur.

Par ailleurs, il convient également d'interroger les services de trafic web, souvent gérés par des sociétés extérieures telles que Google. A titre d'exemple, Google Analytics permet de mesurer le taux de fréquentation d'un site et d'accéder à différentes informations sur les activités réalisées sur ce site. Ce type d'outils, fréquemment utilisé dans les affaires d'e-réputation ou de concurrence déloyale, est également protégé par des mots de passe. Concernant les moyens de contrôle, il est possible d'accéder au code source du portail pour savoir si le requis utilise ce type d'outils. Il est également possible d'interroger directement Google, mais cela nécessite davantage de temps.

Michel ENTAT
Expert informatique

Lorsqu'ils interviennent en opération, les experts en informatique n'ont qu'un objectif : trouver les éléments visés par l'ordonnance. S'il n'est pas toujours aisé de traduire les critères formulés par l'ordonnance de manière écrite en langage informatique, le problème majeur reste l'élimination des documents couverts par la confidentialité. De plus, se pose également le problème de la mise en forme des informations récoltées, qui seront annexées au procès-verbal de l'huissier ou mises sous séquestre, selon le sort prévu par l'ordonnance.

Les opérations se déroulent donc en plusieurs étapes successives, que sont :

- la collecte des éléments répondant aux critères de l'ordonnance ;
- l'élimination des informations couvertes par la confidentialité ;
- la validation des informations récoltées ;
- la copie des résultats bruts en trois exemplaires, dont un est conservé par l'expert, tandis que les deux autres sont respectivement envoyés au requis et à l'huissier de justice ;
- la préparation des livrables, à joindre au procès-verbal ou à séquestrer, en tenant compte de la problématique de l'exploitabilité future de ces données ;
- la validation des livrables ;
- l'itération éventuelle des livrables ;
- la finalisation de la note technique et des livrables ;
- la destruction de l'ensemble des documents.

Le filtrage des éléments confidentiels nécessite l'existence de critères, que le requis n'a généralement pas préparé. Ainsi, la plupart du temps, ce dernier ne se trouve pas en mesure d'exprimer clairement ce qui est couvert par la confidentialité, ce qui constitue une première incertitude. Une fois ces critères définis par le requis, ils sont transmis à l'expert et validés par l'huissier de justice.

En outre, après le filtrage effectué sur la base des critères évoqués précédemment, il convient de vérifier les informations collectées. Or quand nous sommes confrontés à un volume important de documents, il est impossible de vérifier les documents pièce par pièce. Il existe donc une seconde incertitude, qu'il est nécessaire de lever pour s'assurer que les critères de l'ordonnance et de confidentialité sont bien respectés.

Il apparaît donc que les instructions de l'ordonnance sont rarement suffisantes pour procéder à un tri pertinent. Ainsi, l'utilisation des mots-clés « confidentiel » et « personnel » ne permet quasiment jamais d'exclure les informations confidentielles du champ documentaire. De plus, les recherches peuvent être entravées par des systèmes de protection interne, qu'il convient de contourner.

Par ailleurs, il arrive parfois que certains documents collectés en vertu de l'ordonnance du juge comportent des informations confidentielles. Dans ce cas, un protocole technique ou organisationnel permettant de respecter les exigences de confidentialité doit être mis en place. Sachant que le caviardage constitue une modification des pièces, se pose la question de savoir si ces modifications éventuelles doivent être prévues par l'ordonnance. De même, l'éventualité d'une conservation des pièces originales non caviardées interroge.

En outre, il est particulièrement difficile d'exploiter les données collectées sans réaliser un inventaire. Se pose alors la question de savoir comment réaliser un tel inventaire. A titre d'exemple, le fait d'inventorier l'ensemble des objets des mails peut déjà constituer une rupture de la confidentialité. Se pose également la question du destinataire de l'inventaire.

De même, la mise en forme des données collectées, qui doivent pouvoir être exploitées par des tiers, de manière immédiate ou différée, est également problématique. Un tel travail prend du temps, et ne dispose pas d'un statut clair. Ainsi, les experts en informatique se demandent s'ils doivent réaliser une telle mise en forme, ou remettre les données dans leur format d'origine.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que la gestion des problématiques de confidentialité est simple lorsque le volume de documents est faible. A l'inverse, elle s'avère plus compliquée lorsque le volume de documents est important, que les formats de fichiers sont peu communs, que les critères sont compliqués ou que de nombreux documents doivent être modifiés pour en retirer les éléments confidentiels. Face à ces difficultés, une phase de validation prenant en compte les commentaires du requis peut être sécurisante.

En conclusion, je souhaiterais vous soumettre quelques questions. Ainsi, peut-on et comment laisser un temps de contrôle au requis après les opérations de collecte et de filtrage ? Quelles sont les restitutions synthétiques qu'il est souhaitable de préparer en vue de l'annexion au procès-verbal ? Doit-on conserver une version non caviardée des pièces ?

En outre, la présence résiduelle de documents ou informations confidentiels au sein du champ documentaire en dépit du filtrage et du caviardage ne fait-elle pas peser de graves conséquences sur la procédure, au-delà du refus de production de la pièce concernée et de sa restitution au requis ?

Enfin, doit-on fournir des livrables bruts, ou bien directement exploitables ?

Colloque du 5 mai 2015
Les constats et saisies à l'épreuve du secret

Michel Leclerc
Expert près la cour d'appel de Douai
Michel Entat
Expert près la cour d'appel de Paris

Constat : collaboration du requis

- Nécessité d'être guidé sur:
  - Identification des systèmes « sources »
  - les systèmes internes complexes (SAP-Comptabilité)
  - les systèmes externes avec faible exposition (webmails, réseaux sociaux, espaces du cloud)
  - les dispositifs internes d'archivage et de recherche
  - les dispositifs de sécurité

Constat: collaboration du requis

- L'accès aux données
  - identifiants, mots de passe
- → Dépendance accrue vis-à-vis du requis
- L'accès aux logiciels métier
  - Complexe- lié à organisation -temps d'apprentissage
- → Collaboration nécessaire
- Moyens de contrôle
  - Sortie des données côte à côte [huissier-expert-requis]

Constat: collaboration du requis

- Accès à des services distants
  - Messagerie Web
  - Stockage de données (dropbox etc..)
- Ces services sont protégés par identifiant et mot de passe
- → Nécessité d'identifier et de connaître les mots de passe . A demander au requis
- Moyens de contrôle
  - Interroger l'historique du navigateur sur internet
  - Vérification de la présence des services sur PC ou tablette

Constat: collaboration du requis

- Interrogation des E-services spécialisés (trafic-web)
  - Ils sont gérés par des tiers pour le compte du requis
  - Utile dans des constats de concurrence déloyale en e-réputation
- → Demander l'identifiant et mot de passe au requis
- Moyens de contrôle
  - Détermination du e-service utilisé en interrogeant le code source de la page d'accueil du site web du requis
  - Visualisation des données de sortie dans l'outil e-services

La confidentialité, le séquestre

- Trouver les éléments répondant aux critères de l'ordonnance
- Exclure ceux qui sont couverts par une règle de confidentialité
  - Correspondance avec avocats
  - Secret des affaires
  - Secret médical
  - ...
- Préparer et valider les livrables en tenant compte d'un éventuel séquestre et des exigences de confidentialité

Les étapes classiques du filtrage

- Collecter des éléments répondant à des critères de l'ordonnance
- Retirer des éléments répondant à des exigences de confidentialité
- Valider si possible
- Copier le résultat « brut », en 3 exemplaires
- Préparer les livrables
  - A joindre au PV, avec les annexes permettant leur interprétation immédiate
  - A séquestrer, avec les annexes permettant leur exploitation à long terme
- Valider les livrables
- Itérer si nécessaire
- Finaliser note technique et livrables
- Détruire tous les fichiers de travail

Le filtrage des éléments confidentiels

- Nécessite des critères (noms des avocats…) que le requis n'a pas préparé sereinement
- Les critères de confidentialité sont fournis à l'expert par le requis et l'huissier, qui les valide avant utilisation
- Assez facile si le volume permet de visualiser tout ce qui est copié
- Assez aléatoire si on se contente de retirer des éléments résultant de filtrage par mots-clés
- Exemple mot-clé « nom de l'avocat » :
  - Qui n'apparaît pas dans les mails envoyés de son mobile
  - Qui apparaît mais pas seul destinataire
- Ne peut pas souvent se faire sur la seule base de la mention « personnel » ou « confidentiel »
- Peut dépendre de protections de confidentialité internes

Caviardage et Inventaire

- Ajouter si nécessaire le caviardage de pièces
  - Exemple de suppression des identifiants de patients sur des pièces de dossier médical
  - Nécessite protocoles spécifiques selon les cas
  - Doit-il être prévu par l'ordonnance ?
- Doit-on conserver les pièces d'origine non caviardées et comment ?
- Comment faire l'inventaire des pièces ?
  - en tenant compte de leur destination et de la destination de l'inventaire
  - Les seuls noms de fichier ou objets de mail peuvent être confidentiels

L'exploitation du dossier des éléments copiés ou du séquestre

- Doit-elle être possible sans expert informatique et sans matériel ou logiciel particulier ?
- La mise en forme permet :
  - De valider l'exploitabilité des pièces
  - De faciliter une validation par le requis
  - De faciliter l'exploitation par le requérant
- Nécessite des ajouts purement techniques, voire des reformatages (par exemple pour la lecture des mails)
- Charge de travail supplémentaire que le requérant peut ne pas souhaiter

En synthèse

- La gestion du confidentiel est simple quand le volume d'information est faible
- Elle peut devenir très compliquée selon
  - Les volumes
  - Les formats
  - Les critères
  - La nécessité de caviarder
- Une phase de validation prenant bien en compte les commentaires du requis est sécurisante
- Cette phase nécessite une bonne lisibilité des livrables

Quelques questions à la table ronde

- Peut-on laisser un temps de contrôle au requis ?
- Quelles restitutions synthétiques pour le PV ?
- Doit-on conserver une version non caviardée des pièces ?
- Quelles dispositions nécessaires dans l'ordonnance ?

Question subsidiaire :

- Doit-on fournir des livrables bruts ou directement exploitables ?

L'ordonnance, la conduite des opérations, la restitution dans le PV

Table ronde animée par Marie COURBOULAY, Présidente de la troisième chambre première section du TGI de Paris, juge référent de la troisième chambre

Participaient à la table ronde :

Emmanuel EDOU, Président de chambre au Tribunal de Commerce de Paris

Fabienne LAVAL, huissier de Justice associé, Etude Venezia, Neuilly-sur-Seine

Bruce BONNAURE, expert informatique, membre du Comité Directeur de la CNEJITA

Emmanuel GOUGE, avocat (Paris), Sollicitor (England&Wales), associé Pinsent Massons

Marie COURBOULAY

Au cours de cette première table ronde, Emanuel EDOU traitera de la manière dont le magistrat travaille sur l'ordonnance proposée par le requérant, Fabienne LAVAL exposera les difficultés concrètes que rencontre l'huissier lors des opérations de saisie ou de constat, tandis que Bruce BONNAURE fera part des interrogations rencontrées par l'expert informatique au cours des opérations. Enfin, Emmanuel Gougé présentera le travail réalisé par l'avocat pour préparer une requête la plus complète possible, afin que l'ordonnance envisage l'ensemble des cas de figure pouvant se présenter sur le terrain, même si cela semble difficilement réalisable. Le cadre fixé par l'ordonnance doit ainsi être suffisamment fermé pour exclure les documents ne relevant pas de l'affaire, mais suffisamment ouvert pour permettre la collecte des documents nécessaires.

Emmanuel GOUGE

Dans un premier temps, le magistrat va demander à la partie requérante d'exposer la requête de manière loyale. Ces propos peuvent sembler relever de l'évidence, mais la loyauté de la requête est un principe régulateur, examiné par le juge lors de l'élaboration de l'ordonnance, mais également par les juridictions de contrôle *a posteriori*. Cela est vrai tant pour les procédures relevant de l'article 145 du Code de procédure civile que pour les saisies-contrefaçon.

En outre, le juge va examiner la requête au seul vu des éléments communiqués par le requérant. De fait, il n'est pas possible d'apprécier pleinement le caractère loyal de la requête avant la réalisation des opérations. Ce point est important, car les conditions dans lesquelles la requête a été présentée sont de plus en plus citées comme critère d'évaluation dans les décisions de la troisième chambre.

De plus, lors de la rédaction de la requête et du projet d'ordonnance soumis au magistrat, nous ne connaissons pas précisément les documents recherchés, ni ceux pouvant être trouvés. Ainsi, nous sommes tiraillés entre le souhait de trouver le maximum d'information, et la volonté de ne pas aller trop loin dans la recherche.

Face à cette situation, il semble que les requérants se montrent de plus en plus prudents sur l'étendue des demandes formulées dans le cadre du projet d'ordonnance, notamment pour les cas de saisies-contrefaçon. De fait, la recherche est de plus en

plus souvent restreinte aux éléments considérés comme nécessaires à la démonstration de la réalité des accusations avancées par le requérant.

Dans ce cadre, la définition des mots-clés, qui sont des éléments de recherche mis à disposition de l'huissier et de l'expert pour procéder à la collecte des informations, est particulièrement importante. Se pose ainsi la question de savoir si la liste proposée au juge dans le projet d'ordonnance doit être large ou, au contraire, la plus précise possible.

Par ailleurs, il me semble que le fait d'engager dans l'ordonnance une mise sous séquestre des éléments collectés peut permettre de résoudre les problématiques d'atteinte éventuelle à la confidentialité, même si cela rallonge et complexifie la procédure.

En conclusion, la loyauté et la clarté de l'exposé dans le cadre de la requête me semblent être des éléments essentiels. En outre, il n'existe pas de recettes ou de règles particulières concernant les mots-clés. Enfin, il convient de ne pas hésiter à placer sous séquestre les informations collectées.

Emmanuel EDOU

Le juge appelé à se prononcer sur une requête est formaté par son expérience. Ainsi, lorsqu'il analyse la requête, il est pleinement conscient de ce qu'elle implique, notamment à l'occasion de la future demande de rétractation et de la levée du séquestre. Il arrive en effet qu'après une année, une procédure n'ait pas avancé, en raison de la qualité de la défense du requis à toutes les étapes de la procédure.

Face à cette situation, le juge commence d'abord par jouer le rôle du contradicteur face au requérant, afin de déterminer si ce dernier est fondé à ne pas appeler la partie adverse, et s'il n'existe pas des failles dans son raisonnement. De même, il vérifie que le requérant ne dispose pas déjà de preuves suffisantes, sachant que des éléments supplémentaires pourront être demandés lors du futur procès. Enfin, le juge s'assure que le procès n'est pas manifestement voué à l'échec, et que la requête précise bien le nom des parties défenderesses et l'objet exact du procès.

En outre, il est vrai que dans le cadre de l'analyse de la requête, il s'avère bien souvent compliqué de définir ce que sera le futur procès, ainsi que les moyens poursuivis. Ces éléments doivent pourtant être développés. De même, les mesures doivent être proportionnées.

Par ailleurs, dans le cadre de l'ordonnance, nous distinguons bien le fait de se faire remettre des informations par le requis, de celui de rechercher des informations, soit dans des archives papier, soit au sein des systèmes informatiques. De plus, nous veillons à circonscrire la recherche à une période limitée, afin de ne pas fouiller dans plusieurs années d'archive.

Il convient également de déterminer les mots-clés et les éléments allant ou non être séquestrés, ce qui se révèle souvent difficile. Sur ce point, il est vrai que les requérants essayent de raccourcir les listes de mots-clés. Cependant, les juges ne reprennent jamais les trames des avocats, mais préfèrent élaborer leurs propres trames, en collaboration avec les requérants. Ainsi, si le requérant estime que la liste est trop réduite, il peut faire appel et cette dernière fera l'objet d'une nouvelle discussion.

Enfin, la rétractation constitue le moment de vérité, sachant que le requis met alors en œuvre l'ensemble des moyens à sa disposition.

Fabienne LAVAL

A ce stade, il me semble que trois points importants sont à retenir de nos échanges. Ainsi, Madame Bléré a rappelé que l'huissier de justice ne devait pas interpréter

l'ordonnance, tandis que Monsieur Leclerc a indiqué que la collaboration du requis était nécessaire. Enfin, Monsieur Entat a souligné la distinction existant entre la matière brute et la matière filtrée.

Concernant le premier point, il est vrai qu'en théorie, l'huissier de justice ne doit pas interpréter l'ordonnance du juge. Cependant, au-delà de la conservation de la preuve, le requérant attend que l'huissier réalise des opérations de tri. Si la conservation de la preuve ne pose pas de réel problème à l'huissier, la question du tri est plus compliquée. Ainsi, il convient de ne pas rendre inintelligible l'article 145 du Code de procédure civile en présentant systématiquement des masses de données, en raison du fait qu'il a été impossible de procéder au tri sur place. En tant qu'huissier de justice, j'essaie de toujours réaliser les opérations de tri *in situ*, afin de ne pas repartir avec des copies d'ordinateurs complètes.

Concernant le second point, il est vrai que le contrôle du requis et de l'ensemble des éléments mis à disposition de l'huissier de justice et de l'expert informatique est nécessaire. Cependant, l'huissier de justice même assisté de l'Expert ne peut se tenir en permanence aux côtés du requis lorsqu'il y a une multiplicité de postes informatiques.

Bruce BONNAURE

Le fait de se faire remettre des documents par le requis nécessite un contrôle, d'autant plus que ce dernier n'est pas toujours extrêmement coopératif. En outre, l'expert en informatique et l'huissier de justice savent ce qu'ils ont trouvé, mais ne savent pas ce qu'ils ont manqué. Cette situation oblige les experts informatiques à faire montre d'une grande exigence méthodologique.

En outre, il est d'autant plus important de bien cibler les informations recherchées que les outils des entreprises sont bien souvent inadaptés à nos recherches. Nous disposons également de nos propres outils, les moins intrusifs possible, nous permettant de réaliser des recherches légèrement plus performantes et mieux ciblées. Cependant, nos outils ont des limites, collectent souvent des faux positifs, et ne sont pas capables de réaliser des analyses de contenu. De même, ils n'ont pas été conçus pour prendre en compte la problématique de confidentialité.

De plus, les mots-clés contenus dans l'ordonnance permettent rarement de trouver l'ensemble des informations recherchées. Ainsi, il arrive souvent qu'en se tenant strictement à l'ordonnance, un expert en informatique collecte des milliers de documents inutiles, mais ne puisse pas récupérer les informations utiles qu'il a pourtant sous les yeux. Dans ce cas, se pose la question de savoir s'il convient de strictement s'en tenir à l'ordonnance. Il me semble que l'expert en informatique doit respecter le cadre de sa mission, mais également faire preuve d'adaptabilité et de créativité.

Fabienne LAVAL

Il est vrai que le rôle de l'huissier n'est pas d'interpréter les ordonnances. Cependant, il me semble qu'il dispose de toute la confiance des parties prenantes, et doit parfois se montrer créatif, tout en se protégeant. Ainsi, confrontée à un cas relevant du secret défense, j'ai proposé au requis de séquestrer les données, mais au sein de ses locaux. Une telle proposition permet de contourner l'opposition du requis, tout en ne perdant pas de vue la finalité conservatoire de la mission.

Bruce BONNAURE

Il est vrai que la traçabilité des documents et le sort devant être réservé aux versions intermédiaires des documents caviardés font souvent l'objet de débats, notamment en cas de séquestre ou de séquestre partiel. En conséquence, il me semble utile que les experts informatiques rendent compte des différentes étapes de modification des

documents dans les notes techniques, afin d'assurer la traçabilité des documents modifiés.

Marie COURBOULAY

Il est vrai que l'huissier de justice dispose de toute la confiance du juge qui le désigne, et qu'il représente au sein des locaux du requis. A ce titre, il se doit de ne procéder à aucune interprétation au sens des civilistes, à savoir interpréter ce qui est clair. Cependant, face à un évènement non prévu par l'ordonnance, il convient de prendre les décisions nécessaires, au regard des critères évoqués par Madame Bléry.

En outre, dans le cadre de l'analyse de la requête, le juge joue le rôle du contradicteur, en essayant de déterminer ce que la partie absente aurait bien pu dire. C'est ainsi que doivent être comprises les notions de « but poursuivi » et de « but légitime », respectivement employées par la Cour de cassation et la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Le magistrat s'attache donc à déterminer si le but affiché dans la requête est l'objectif réel du requérant, ou s'il compte chercher des informations qu'il n'est pas censé trouver. Avec l'expérience, au moins 50 % des requêtes portent sur des éléments que le requis n'aurait jamais dû chercher. Ainsi, j'ai récemment eu à me prononcer sur une requête demandant la saisie de l'ensemble des ordinateurs et des disques durs d'une entreprise.

Par ailleurs, l'objectif de tout magistrat est d'être confronté au moins de rétractations possible. De fait, il convient de négocier avec la partie requérante pour bien cadrer l'ordonnance, et que les opérations se déroulent du mieux possible sur le terrain, tout en laissant une marge de manœuvre suffisante à l'huissier et à l'expert pour l'exercice de leur mission. Ainsi, il n'est pas souhaitable de tout prévoir dans le cadre de l'ordonnance, et la créativité revendiquée par Fabienne Laval est nécessaire. Au sein de la troisième chambre, nous considérons que face à l'opposition d'un secret, il appartient à l'huissier de faire le tri ou non, et d'éventuellement placer les données sous séquestre. Il me semble que ce type de décisions relève de sa responsabilité.

Enfin, il est vrai qu'il est impossible de traiter plusieurs dizaines de milliers de documents. De fait, il apparaît préférable d'obtenir un faible nombre de documents pertinents plutôt que des dizaines de milliers, dont il est difficile d'évaluer la pertinence au cas par cas.

Fabienne LAVAL

Est-il envisageable qu'au sein d'une même ordonnance, il soit précisé que certains documents ne relèvent pas du séquestre, mais que l'huissier de justice a la possibilité de placer d'autres documents sous séquestre ? Ainsi, les ordonnances ne seraient plus monolithiques.

En outre, après avoir passé une journée chez le requis, souvent en présence de son conseil, je suis gênée par le fait que ces derniers connaissent l'ensemble des éléments collectés, que je ne peux pourtant pas communiquer au requérant. Cette situation engendre un déséquilibre.

Emmanuel GOUGE

L'ordonnance peut effectivement prévoir un séquestre partiel. Cependant, l'huissier peut tout à fait prendre l'initiative de ce séquestre partiel, d'autant plus que l'ordonnance ne peut pas tout prévoir. Même si une telle responsabilité peut être lourde à gérer, l'huissier a la faculté de placer certains documents sous séquestre.

Fabienne LAVAL

Les requérants n'apprécient généralement absolument pas que l'huissier de justice réalise un séquestre non prévu dans l'ordonnance.

Emmanuel GOUGE

Dans le cadre des procédures de saisie-contrefaçon, les parties requérantes s'attachent à ne pas trop en demander. Ainsi, un tri est réalisé en séance, souvent avec l'assentiment du saisi, afin de déterminer ce qui est confidentiel et ce qui n'est le pas. Dans ce cadre, lorsque le saisi argue que certains documents sont confidentiels, le requérant n'a pas intérêt à systématiquement s'opposer à la mise sous séquestre.

Marie COURBOULAY

Il convient en effet d'indiquer au requérant qu'il vaut mieux placer une partie des documents sous séquestre que de voir le constat annulé. En effet, si des données collectées non mises sous séquestre s'avèrent confidentielles, l'ensemble de la procédure sera mis en péril.

Bruce BONNAURE

Le fait de s'engager à placer les documents confidentiels sous séquestre permet également d'avoir accès à certaines informations, que le requis n'aurait pas communiquées en l'absence de mise sous séquestre. A titre d'exemple, dans le cas d'une grande entreprise, l'entité allemande s'est montrée particulièrement réticente à transmettre certaines informations.

Marie COURBOULAY

Cette situation s'explique par le fait qu'en Allemagne, dans le cadre des procédures de saisies-contrefaçon, les documents sont directement remis au juge. La France est un des seuls pays où les documents sont remis aux parties.

Emmanuel GOUGE

Vous avez raison de le rappeler, d'autant plus que ces procédures, qui nous semblent naturelles, peuvent être perçues comme extrêmement intrusives. Ainsi, en Allemagne et en Grande-Bretagne, les mesures avant procès *ex parte* sont extrêmement rares. A l'inverse, en France, 80 % des affaires relatives aux brevets sont précédées d'une procédure de saisie-contrefaçon.

Vincent VIGNEAU

Je suis très réservé face à l'idée de laisser à l'huissier l'initiative de séquestrer. Cela me semble constituer une délégation de pouvoir du juge, systématiquement condamnée par la Cour de cassation. Ainsi, l'huissier ne doit pas définir lui-même sa mission. Dans le cadre de mon ancienne pratique de juge du fond, je faisais la distinction entre les documents qui n'étaient pas de nature à porter atteinte à des secrets protégés de ceux comportant un risque d'atteinte à un secret protégé, pour lesquels je prévoyais la mise sous séquestre, avec la possibilité de séquestre amiable.

En outre, le fait de laisser l'initiative du séquestre à l'huissier, qui se trouve souvent dans une situation précaire, risque de le mettre en danger, en engageant notamment sa responsabilité civile. Au regard de ces éléments, il me semble déloyal de la part du magistrat de placer l'huissier dans une telle situation.

Par ailleurs, concernant la personne du constatant, il n'est pas obligatoire de désigner un huissier de justice. Ainsi, lorsqu'il s'agit de récolter des documents potentiellement

couverts par un secret protégé, d'autres types d'acteurs peuvent être désignés. A titre d'exemple, dans le cadre d'une affaire pour concurrence déloyale opposant deux avocats, j'ai désigné un troisième avocat, ancien bâtonnier, en qualité de constatant. Des solutions de ce type doivent être envisagées quand les affaires peuvent concerner des éléments interdits à la connaissance de l'huissier, notamment dans le cadre du secret médical ou du secret professionnel des avocats.

Je m'étonne également de l'absence de jurisprudence relative aux conditions d'exécution de l'ordonnance, qui pose un certain nombre de questions, alors même que la jurisprudence relative à l'ordonnance en elle-même est abondante. Se pose ainsi la question d'un éventuel refus de coopération opposé par le requis. Certains huissiers de justice ou experts informatiques présents ce jour ont-ils déjà été confrontés à un tel refus ? Si oui, comment est-il possible de passer outre ce refus ?

Enfin, je m'interroge quant aux opérations de tri réalisées après le séquestre. Sont-elles réalisées par l'huissier de justice ou par l'expert informatique ? De plus, ces opérations de tri ne comportent-elles pas également une délégation de pouvoir du juge, sachant qu'elles peuvent être considérées comme une recherche de qualification ? Or un constatant peut uniquement procéder à des constations matérielles.

Bruce BONNAURE

Le rôle de l'expert informatique est plutôt simple, sachant qu'il se contente de réaliser ce que l'huissier lui demande.

Marie COURBOULAY

Dans les ordonnances, il est toujours indiqué qu'en cas de difficultés, il sera possible de recourir au juge après l'exécution de la mesure. Cependant, depuis dix ans, je n'ai jamais été saisie par un requérant afin de trancher sur de telles difficultés. De plus, en cas de refus opposé par un requis appelé à communiquer ses codes d'accès, je ne vois pas réellement ce qui peut être mis en œuvre pour l'y contraindre.

Jacqueline DERAY

Dans le cadre d'une saisie informatique que j'ai eu à réaliser, le requis a catégoriquement refusé de nous laisser accéder aux données, et les forces de l'ordre ne sont pas passées outre ce refus.

Marie COURBOULAY

Le recours aux forces de l'ordre peut parfois poser des problèmes, sachant qu'elles sont habituées à réaliser des perquisitions, et non des saisies-contrefaçon. Ainsi, il est arrivé qu'un tel recours s'avère finalement catastrophique, car les forces de l'ordre ont totalement pris le contrôle de la situation et agi comme dans le cadre d'une perquisition, qui a finalement dû être annulée.

Emmanuel GOUGE

Concernant la question du séquestre, il me semble que si au cours de l'opération de saisie, le requis met en avant des problématiques de confidentialité sur certains documents, l'huissier de justice peut prendre l'initiative de procéder à une mise sous séquestre temporaire, si elle n'est pas contestée par le requérant ou le requis. Une telle hypothèse permet au requis de bénéficier d'un délai de contestation.

Vincent VIGNEAU

Il est vrai que si les deux parties sont d'accord, le problème ne se pose pas. En revanche, le fait que les huissiers prennent l'habitude de procéder à des mises sous séquestre de leur propre initiative peut poser une difficulté, en ce que cet usage pourrait devenir une coutume, qui serait alors une source de droit. De fait, le non-respect de cette norme serait de nature à engager la responsabilité professionnelle de l'huissier.

Carole DUPARC

Le séquestre temporaire peut être envisagé dans le cadre d'un référé de difficulté établi par l'huissier. Ainsi, dans le cadre du procès-verbal, ce dernier peut faire état des difficultés rencontrées lors des opérations de saisie. Dans ce cadre, l'huissier de justice est protégé par le référé de difficultés, et le séquestre temporaire apparaît comme une mesure conservatoire dans l'attente d'une décision du juge.

Vincent VIGNEAU

Si le procédé que vous évoquez devient une habitude, et donc une coutume, le fait de ne pas y avoir recours pourra poser des problèmes à l'huissier de justice.

Carole DUPARC

A Paris, de nombreuses ordonnances prévoient les mesures de séquestre. En revanche, ces mesures sont plus rares dans d'autres juridictions, et les huissiers doivent prendre des décisions au cours des opérations. Or même si la mise sous séquestre n'est pas décidée, un requis estimant que l'huissier dispose d'éléments confidentiels peut saisir la juridiction d'un référé de rétractation. Ainsi, il est d'usage de ne pas déposer le procès-verbal avant la rétractation ou la non-rétractation, ce qui peut être considéré comme une mesure conservatoire. Il apparaît donc que les huissiers de justice mettent en œuvre toutes les précautions nécessaires pour satisfaire les deux parties.

Marie COURBOULAY

Dans le cadre de la saisie-contrefaçon, la mise sous séquestre constitue déjà la norme. La grande majorité du temps, cette mise sous séquestre ne fait pas l'objet d'une opposition de la part du requérant. De plus, l'avocat du saisissant est alerté des difficultés rencontrées par l'huissier, et la mise sous séquestre par précaution fait très souvent l'objet d'un accord amiable. De fait, un huissier de justice n'usant pas d'un tel procédé serait d'ores et déjà hors-norme.

Vincent VIGNEAU

Ayant présidé une chambre traitant des affaires engageant la responsabilité professionnelle des auxiliaires de justice, j'essaie d'anticiper les difficultés pouvant être rencontrées par les huissiers, pris entre la colère du requérant ne pouvant accéder à la preuve, et celle du requis déplorant le non-respect de la confidentialité.

Fabienne LAVAL

C'est bien pour cette raison que tout en protégeant l'huissier de justice, l'ordonnance doit lui laisser une marge de manœuvre. Il me semble que le « tout-séquestre » ne soit pas satisfaisant pour le requérant.

Emmanuel EDOU

Les juges de commerce sont juges de l'exécution de leurs ordonnances sur requête. Dans les ordonnances, les juges indiquent qu'il leur en sera référé en cas de difficulté, une fois la mission effectuée, et s'il y a eu des obstacles à la réalisation de la mission. Ainsi, si l'huissier rencontre une difficulté, telle que le refus du requis de transmettre certaines informations en l'absence de séquestre, il doit la consigner dans un procès-verbal de difficulté. Ce procès-verbal est ensuite envoyé au requérant et au requis, qui peuvent alors saisir le juge pour qu'il tranche sur cette difficulté. Cette pratique, certes peu fréquente, me semble permettre d'éviter les difficultés évoquées précédemment.

Vincent VIGNEAU

Les parties ont toujours le droit de saisir le juge, que cela soit précisé dans l'ordonnance ou non. En revanche, le juge ne peut pas subordonner la possibilité de le saisir à l'exécution de la mesure, ce qui reviendrait à limiter les voies de recours contre ses propres décisions. Il n'apparaît donc pas nécessaire de préciser les possibilités de recours dans l'ordonnance.

Corinne BLERY

Il me semble exagéré de dire qu'en cas de non-respect de la coutume relative au séquestre, l'huissier de justice engagerait sa responsabilité professionnelle. En effet, une pratique n'est pas nécessairement une coutume avec une force obligatoire.

Vincent VIGNEAU

Lorsque nous sommes saisis en matière de responsabilité professionnelle des auxiliaires de justice, nous nous référons toujours aux normes en vigueur, qui ne sont pas nécessairement écrites, et relèvent de la pratique habituelle. Ces éléments permettent de juger de l'existence éventuelle d'une faute professionnelle. De fait, si la mise sous séquestre temporaire à l'initiative de l'huissier de justice devient un usage professionnel, les juges saisis sur la question de la responsabilité professionnelle d'un huissier s'y réfèreront.

Corinne BLERY

Sachant que tous les huissiers n'ont pas recours aux mesures de séquestre temporaire, elles ne semblent pas pouvoir constituer une norme professionnelle.

Vincent VIGNEAU

Si une telle pratique se développe, elle risque de constituer une norme, dont le non-respect mettrait en jeu la responsabilité professionnelle des huissiers de justice.

François CHASSAING

La question du délai de remise du procès-verbal et de l'inventaire des pièces se pose également, d'autant plus que les normes varient en fonction des juridictions. Ainsi, à Nanterre, nous demandons que le procès-verbal et l'inventaire des pièces soient remis au requis et au requérant, alors qu'à Paris, une telle pratique n'est pas systématique. Dans ce cadre, quel est l'usage ?

En outre, en cas de difficultés, une rétractation est généralement demandée, et les difficultés sont traitées en rétractation. Dans ce cadre, le juge établit une fiche du juge en référé, ce qui semble être une pratique cohérente.

Enfin, en cas de refus du requis de transmettre des documents, des possibilités d'astreinte existent. Ainsi, si le requis est contraint à payer une astreinte de plusieurs milliers d'euros par jour, les documents nécessaires sont généralement communiqués.

Marie COURBOULAY

En Hollande, le montant de l'astreinte peut aller jusqu'à 50 000 euros par heure.

Vincent VIGNEAU

L'astreinte est-elle ordonnée par voie de requête ou par ordonnance de référé ?

François CHASSAING

L'astreinte est ordonnée par ordonnance de référé.

De la salle

Je suis étonné du fait que la mise sous séquestre à l'initiative de l'huissier puisse devenir une sorte de norme professionnelle, sachant que la mise sous séquestre se plaide, et fait l'objet d'un débat avec le juge. Au regard de ces éléments, il ne semble pas souhaitable que l'huissier prenne la responsabilité d'une mise sous séquestre, à moins qu'elle soit temporaire, dans l'attente de la décision du juge sur un référé de difficultés.

Ainsi, l'ordonnance, qui prévoit ou non une mise sous séquestre, doit être exécutée telle quelle par l'huissier de justice. De fait, l'existence d'une norme non écrite en vertu de laquelle l'huissier de justice peut procéder à une mise sous séquestre des informations saisies, de sa propre initiative, est insatisfaisante au regard des textes de loi.

Carole DUPARC

La question que vous évoquez renvoie à la problématique de l'obstruction de l'exécution de la mission de l'huissier de justice par le requis. Ainsi, en l'absence de mise sous séquestre, le procès-verbal de difficulté sera réalisé par l'huissier sans que les informations n'aient été sécurisées, sachant que certains requis se refusent à communiquer des documents qu'ils considèrent comme étant confidentiels en l'absence d'une mise sous séquestre temporaire, dans l'attente de la décision du magistrat. Dans ce cadre, le requis peut lui-même réaliser le référé de difficultés, pour demander des mesures spécifiques pour certaines pièces.

Yves LEON

La mise sous séquestre temporaire, parfois indispensable, allonge nécessairement les délais et donc les coûts de la procédure, ce qui est reproché aux experts informatiques par les avocats, qui souhaitent avoir immédiatement connaissance des informations collectées. Cette contradiction n'est pas toujours facile à gérer.

De la salle

Du point de vue du requérant, il est toujours préférable d'obtenir des pièces placées sous séquestre que de voir les documents disparaître. Sachant que la mise sous séquestre est bien souvent un élément de négociation avec le requis, il est préférable de laisser la liberté aux huissiers de justice de tenir compte des circonstances et oppositions rencontrées pour remplir au mieux leur mission.

En outre, concernant les résistances du saisi, que nous rencontrons au quotidien, je pense qu'il n'existe pas de réponse simple et systématique. La coopération avec le saisi est nécessaire.

Emmanuel GOUGE

Il existe des différences entre les pratiques mises en œuvre dans le cadre des saisies-contrefaçon et celles déployées dans le cadre l'article 145.

En outre, il peut être de l'intérêt du requérant de sécuriser certains éléments, quitte à les mettre sous hypothèque en raison d'une éventuelle atteinte au secret des affaires. Il peut également être possible de se mettre d'accord, au cours de la procédure, sur les éléments pouvant être collectés immédiatement et ceux qui feront l'objet d'échanges à l'issue de la collecte. Cette pratique peut être une solution pragmatique permettant d'obtenir un certain nombre d'éléments.

Marie COURBOULAY

Dans le cadre des procédures de saisies-contrefaçon, l'éventualité d'une mise sous séquestre et la possibilité du saisi de se retourner vers le juge pour obtenir des mesures de tri sont prévues par les textes. En outre, les avocats ont toujours intérêt à ce que les opérations se déroulent dans les conditions les plus sereines possible, sachant que leurs clients peuvent être successivement requis et requérant. En conséquence, la mise sous séquestre fait très souvent l'objet d'un accord amiable. La situation est très différente dans le cadre des procédures relevant de l'article 145.

Fabienne LAVAL

Les opérations peuvent se dérouler sereinement, y compris dans le cadre des procédures relevant de l'article 145. Ainsi, sauf en cas d'excès de la part de l'huissier de justice, les avocats requis ou requérants n'attaquent que très rarement les conditions d'exécution de la mesure.

Marie COURBOULAY

Il est vrai qu'en général, toutes les parties tiennent à ce que les opérations se déroulent dans de bonnes conditions. Cependant, lorsque les opérations de collecte se déroulent de manière excessive, les procédures de saisie-contrefaçon sont annulées. Ainsi, une entreprise ayant lancé une procédure de saisie-contrefaçon dans le seul objectif d'obtenir des secrets de fabrication a été condamnée à verser 850 000 euros de dommages et intérêts.

De la salle

Il est important que l'ordonnance reste la feuille de route de l'exécution de la mission. Dans le cas contraire, les avocats seront amenés à présenter des projets d'ordonnance au sein desquels il sera explicitement ordonné à l'huissier de justice de ne pas procéder à des mises sous séquestre, afin d'éviter une prise d'initiative de l'huissier de justice. En cas de difficulté, ce dernier doit dresser un procès-verbal de difficulté et se retourner vers le juge, pendant que les documents sont provisoirement sécurisés.

Fabienne LAVAL

Le fait de sécuriser provisoirement les documents revient à ordonner une mise sous séquestre temporaire.

Michel ENTAT

En tant qu'expert informatique, j'ai été confronté à deux types de situations. Dans le premier cas, les éléments potentiellement confidentiels sont identifiés et font l'objet d'un conflit. Dans le second cas, le volume d'information collecté est tel que le requis n'est pas en mesure de dire si certaines informations sont confidentielles. Dans ce cadre, le requis ne demande pas une mise sous séquestre, car il s'oppose à la communication des documents, mais parce qu'il ne sait pas réellement si toutes les informations confidentielles ont été retirées des documents collectés.

Face à cette situation, quelle solution devons-nous mettre en œuvre, sachant que l'analyse des documents collectés par le requis pour y rechercher d'éventuelles informations confidentielles peut être très longue et nécessiter d'importants moyens ?

Marie COURBOULAY

La réponse à cette question sera apportée au cours de la seconde table ronde.

Text mining et Machine Learning, perspectives d'application au tri

Bernard NORMIER

Consultant spécialisé en text mining, vice-président de l'Aproged

Vos échanges sont passionnants, et posent de nombreuses questions en lien avec la recherche d'informations et le *text mining.*

Dans le cadre de mon activité, deux technologies se complètent. La première technologie est la recherche d'informations, qui peut être utilisée quand les éléments recherchés sont identifiés. Dans ce cadre, la combinaison de différents mots-clés permet de trouver les informations recherchées. La seconde technologie, complémentaire de la première, est l'extraction d'informations. Ainsi, il est possible de partir d'un ensemble de documents sans connaître les informations recherchées, et d'identifier les informations intéressantes, grâce à des outils d'analyse automatique.

La recherche d'informations est souvent perçue comme étant une démarche aisée, sachant que tout le monde sait utiliser Google. Cependant, la recherche devient problématique quand les documents ne sont pas indexés par un moteur de recherche, quand les volumes sont importants, quand les formats sont hétérogènes, quand l'objectif de la recherche est mal défini ou quand certains documents sont confidentiels.

En outre, même si l'objet de la recherche est bien défini, la recherche d'informations se heurte systématiquement à deux problématiques contradictoires. Ainsi, privilégier la précision permet d'obtenir uniquement des documents en lien avec la recherche. A l'inverse, opter pour le rappel permet d'obtenir tous les documents reliés à la recherche, de près ou de loin. Il convient donc de trouver le juste équilibre entre un excès d'informations, qualifié de bruit, et un nombre trop restreint d'informations, qualifié de silence.

Dans le cadre de vos échanges, j'ai cru comprendre que les problématiques de confidentialité étaient liées à la présence de bruit. Ainsi, si les termes de la recherche sont exprimés de manière précise, les documents confidentiels doivent se trouver dans la zone de bruit.

L'équilibre entre le bruit et le silence dépend de l'équation de recherche, qui repose sur la combinaison des mots-clés grâce à différents opérateurs, tels que « et », « ou » ou encore « sauf ». Ainsi, dans le cadre d'une recherche de documents évoquant François Mitterrand, il convient de bien construire l'équation de recherche, afin de ne pas trouver des documents évoquant François Hollande, successeur de Mitterrand, ou la bibliothèque François Mitterrand. Le métier des experts en recherche d'informations consiste à élaborer de telles formules, qui sont souvent compliquées, mais qui permettent de préciser la recherche, et donc de limiter le bruit.

Par ailleurs, il apparaît que dans votre pratique quotidienne, la liste de mots-clés est élaborée par la juge. Cependant, je ne sais pas si les experts informatiques peuvent combiner ces mots-clés dans le cadre d'une équation de recherche.

En outre, un mot-clé n'est pas un mot au sens linguistique du terme, sachant que les mots peuvent prendre de nombreuses formes différentes. Ainsi, une recherche consacrée à une augmentation de capital doit également prendre en compte les formules « augmentation des capitaux » ou « les capitaux ont augmenté ». Ces transformations des mots doivent être prises en compte.

Pour ce faire, il est possible d'avoir recours à la troncature, en recherchant l'ensemble des documents contenant le terme « augm* » suivi de « capita* ». Cependant, une telle formule identifiera également des documents mentionnant l'augmentation de la population

dans la capitale. Il apparaît donc qu'une réelle expertise est nécessaire dans le cadre de la recherche d'informations, sachant que les transformations flexionnelles et dérivationnelles des mots, les mots composés, les mots ambigus, les noms propres et les locutions posent problème.

En outre, la tendance actuelle au sein du monde de la recherche d'informations est à l'utilisation des recherches sémantiques, grâce à des référentiels de mots liés entre eux. Ainsi, dans le cadre d'une recherche portant sur la concurrence déloyale, il peut être possible d'étendre automatiquement la recherche à des termes tels que « préjudice ». Dans le cas où de tels rapprochements entre des mots-clés similaires seraient utilisés, se pose la question de savoir si un référentiel faisant autorité pourrait être établi.

Au-delà de la recherche d'informations, le *text mining* consiste à sonder un ensemble documentaire conséquent, sans que les termes de la recherche soient réellement précisés. Une première technologie permet d'extraire les informations, grâce à un logiciel identifiant les objets présents au sein des documents, tels que les individus, les lieux, les entreprises, les produits ou les problématiques, ainsi que les relations entre ces différents objets. Une seconde technologie, la catégorisation, permet d'indexer automatiquement l'ensemble des documents au sein d'un système de classement établi préalablement, sous différentes entrées. Enfin, le *clustering* consiste à regrouper les différents documents par classes de similarité, sans plan établi.

Les évolutions actuelles de la recherche d'informations s'illustrent sur Google. Ainsi, il est possible de poser une question au moteur de recherche, qui fournira une réponse, mais également un ensemble de documents, de faits et de suggestions annexes en lien avec la question. Ces technologies nées sur internet commencent à trouver des traductions au sein des logiciels d'entreprise.

Au-delà des recherches textuelles, des technologies permettent également de rechercher des images, des sons, des musiques, des discours ou même des données subjectives telles que des avis ou des sentiments.

Par ailleurs, des technologies de visualisation permettent, lorsque le champ documentaire est extrêmement important, de visualiser de manière synthétique les informations pouvant être extraites. Ainsi, dans le cadre d'une recherche donnée, une technologie permet d'identifier les relations existant entre l'objet de la recherche et d'autres thématiques. Ces outils sont très utilisés par les militaires et par les douanes.

Deux catégories de méthodes existent pour l'ensemble des technologies évoquées jusqu'à présent. La première catégorie regroupe des méthodes symboliques, qui s'appuient sur les règles de grammaire pour apprendre à un logiciel à reconnaître certains objets, tels que des entreprises. La seconde catégorie comprend des méthodes basées sur le *machine learning,* qui consiste à présenter au logiciel un corpus de documents servant d'exemples, au sein desquels les objets ont été préalablement identifiés, afin que le logiciel s'appuie sur ces exemples pour identifier d'autres objets, au sein d'autres documents.

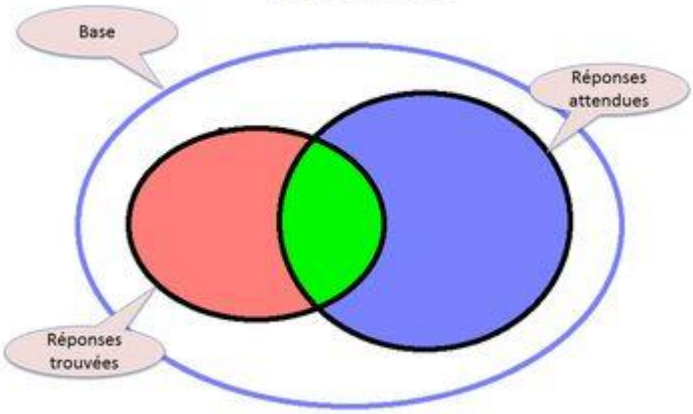
A ce jour, l'offre de produits est de plus en plus fournie, les éditeurs de logiciels sont de plus en plus nombreux et les outils toujours plus sophistiqués. Ces outils peuvent être autonomes ou intégrés à des plateformes existantes, telles que des plateformes de CRM, de messagerie électronique ou de e-commerce.

En conclusion, les critères de qualité et de pertinence visés dans le cadre de la mission, le périmètre et la temporalité de la recherche, ainsi que les types de documents recherchés sont des éléments particulièrement importants.

En outre, j'ai cru comprendre que dans le cadre de la collecte, les experts informatiques étaient contraints par la liste de mots-clés élaborée par le juge. Cependant, je m'interroge quant à la marge de manœuvre de ces experts. Ainsi, est-il possible de rajouter des mots-clés ou de procéder à des combinaisons dans le cadre d'équations de recherche ?

Enfin, le fait que de nombreuses données des entreprises ne soient pas indexées, et donc non identifiables en temps réel, pose problème. En revanche, si ces données sont séquestrées et qu'il est donc possible de disposer du temps nécessaire pour les analyser, les différents types de recherches peuvent être mis en œuvre.

La qualité des réponses dépend de l'équation de recherche



Quelques propriétés des mots

- **Transformations**
  - Flexionnelles
    - genre, nombre, formes conjuguées, cas
    - *augmentation de capital, augmentation des capitaux*
  - Dérivationnelles
    - verbes <> nom , adjectif <> adverbe, etc.
    - *Les capitaux ont augmenté*
    - *augm* capita* >> augmentation de la population dans la capitale…*
- **Mots composés**
  - Figés : *contrôle de gestion* **contrôle efficace de gestion*
  - Non figés : *mettre en place* *mettre un contrôle en place*
- **Ambiguïtés**
  - la ferme . Donne le la . Donne la . Donne, là . La donne est bonne. Etc.
- **Noms propres**
  - lieux, personnes, sociétés, produits, etc. *Bibliothèque François Mitterrand*
- **Locutions**
  - *il pleut des cordes, entre chien et loup, etc.*

Recherche sémantique

- **Concurrence déloyale ?**
  - dénigrement >> dénigrer , dénigré, etc …
  - préjudice , préjudiciable, etc.
  - exclusivité, non-concurrence
  - prix prédateurs, dumping
  - etc.
- **« expansion sémantique »**
  - Thésaurus
  - Ontologies

La fouille de textes

- **On ne sait pas bien ce qu'on cherche**
  - Ou on ne sait pas formuler ce qu'on cherche sous forme de question
- **Extraire les informations *(IE : Information extraction)***
  - Identifier des objets dans un texte
    - des noms de personnes, de lieux, des thèmes, des valeurs, etc.
  - Identifier des relations entre les objets extraits
    - *la société X rachète Y pour tel prix*
- **Catégoriser des documents *(Categorization)***
  - Placer des documents sous la bonne entrée dans un plan de classement
- **Classer des documents *(clustering)***
  - Rassembler des documents similaires (sans plan pré-établi)

Exemple d'extraction: personnes

- **Personnes connues**
  - *L'élection de François Hollande a fait revenir la gauche…*
- **Personnes inconnues**
  - *Paul Schmilblik, M. Schmilblik, Le président Schmilblik, le général Machin*
  - *Dans son discours, Schmilblik a affirmé que…*
- **Ambiguïtés**
  - *Selon Hollande la courbe du chômage / le chômage en Hollande*
  - *La place du général de Gaulle, la bibliothèque François Mitterrand*
- **Références**
  - *Le président de la République pense que …*
  - *Le président pense que …*
  - *En 1962, le président pensait que …*

Visualisation

Autres recherches et fouilles

- **Rechercher des images**
  - Par thématique, couleurs, etc.
  - Reconnaître des visages, des expressions
- **Rechercher des sons, des musiques, du discours**
  - Exemple Shazam
  - Recherche en aval de Speech to text
    https://www.youtube.com/watch?v=PL3qk1Lvok
- **Rechercher des données subjectives**
  - des avis, des émotions
  - « sentiment analysis » et « opinion mining »
- **Et aussi**
  - Résumer des textes
  - Produire des textes à partir de données résultats d'un autre processus de recherche
  - Recherche en plusieurs langues

Le retour au contradictoire, le tri détaillé

Table ronde animée par François CHASSAING, Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

Participaient à la table ronde :

Carole DUPARC, huissier audiencier au Tribunal de Commerce de Paris

Grégoire DESROUSSEAUX, avocat associé, cabinet August et Debouzy, spécialiste en droit des brevets

Philippe AYMAR, expert informatique, Président de la CNEJITA

Bernard NORMIER, consultant spécialisé en text-mining, vice-président de l'Aproged

François CHASSAING

Le retour au contradictoire a déjà été largement abordé par les questions posées ce jour. Il existe quatre manières de revenir au contradictoire : le référé de difficultés, la rétractation, le retour devant le juge du référé pour la levée du séquestre ou le retour devant le juge du fond pour la levée du séquestre. Dans ce cadre, il existe de la matière, au travers des éléments collectés, et des acteurs, que sont l'huissier de justice, le requérant, l'expert informatique et le requis, lorsqu'il est convoqué.

Il me semble donc que le premier point de nos débats doit porter sur les éléments pouvant être présents à l'ouverture de la phase de contradictoire. Ainsi, la remise du procès-verbal au requis et au requérant est systématiquement ordonnée à Nanterre, tandis qu'à Paris, l'ordonnance ne demande pas toujours la remise du procès-verbal, dans l'attente d'une éventuelle demande de rétractation. De même, se pose également la question de la présence d'un inventaire des pièces sous séquestre recueillies dans le cadre de la collecte.

Carole DUPARC

Dans les faits, les huissiers de justice s'en tiennent à la lettre de l'ordonnance : *« Toute l'ordonnance et rien que l'ordonnance ».*

Concernant la remise du procès-verbal de constat, celle-ci peut être suspendue à la décision statuant sur une demande de rétractation, sachant qu'il est d'usage de ne pas déposer le procès-verbal tant que le juge n'a pas rendu sa décision. Il faut, pour ce faire que l'Avocat du requis en informe l'Huissier de justice.

Certaines ordonnances prévoient la remise du procès-verbal accompagné d'un inventaire exhaustif, ou comprenant juste l'indication du nombre d'éléments collectés.

L'établissement d'un inventaire peut être source de problèmes, car il peut contenir des éléments relativement explicites, et drainer des documents ou éléments résultant de la recherche opérée par mots-clés susceptibles d'entrainer une violation du secret des affaires. De fait, je ne suis pas favorable à la communication de cet inventaire.

Cependant, la communication de l'inventaire au requis présente un intérêt. En effet, celui-ci pourra ainsi identifier les éléments qu'il estime sortir du champ de la mission en amont de l'audience, sachant que le tri des documents récoltés peut s'avérer complexe,

notamment dans le cas où l'huissier n'a pas pu procéder au tri des éléments sur place. De plus, même si l'huissier y a procédé, il est possible qu'il ait rencontré des difficultés (mails en langue étrangère, par exemple) et des incertitudes (mail contenant des informations multiples et donc sur des sujets relevant du secret des affaires, par exemple), ou encore que le requis estime que certains documents relèvent d'un secret protégé. Dans ce cas, le tri ne sera pas définitif et les difficultés soumises au Juge, qui appréciera. Enfin, il est également possible que l'huissier n'ait pas pu procéder au tri sur place, en raison de contraintes techniques, de contraintes de temps ou de contraintes de lieu.

S'agissant des mots-clés, on connaît leurs limites. C'est pourquoi, je suis favorable à ce que l'huissier de justice et l'expert informatique aient la possibilité de les combiner car ils ne doivent pas être considérés comme une contrainte, mais comme un moyen permettant de répondre à la mission telle qu'elle a été strictement définie par le juge.

Au-delà des mots-clés définis dans l'ordonnance, l'huissier instrumentaire doit pouvoir rechercher les éléments avec comme seul objectif de répondre à la mission. Le fait d'indiquer dans l'ordonnance que l'huissier et l'Expert pourront rechercher, *si nécessaire*, au moyen des mots-clés définis par le juge nous permet d'éviter de ne pas pouvoir récolter des éléments recherchés qui pourraient avoir un nom de code interne, par exemple ou d'éviter, sous prétexte d'appliquer un mot-clé seul, la collecte d'une profusion de résultats non pertinents qu'il faudra un temps infini à trier.

François CHASSAING

Partons du principe que les parties se trouvent devant le juge du référé ou le juge du fond, et qu'on demande à l'huissier de justice de délivrer une mainlevée. Qu'attendez-vous du requérant ou du juge pour que la mainlevée soit facilitée ?

Carole DUPARC

La plupart du temps, il est impossible de revenir devant le juge avec des résultats obtenus grâce à la liste de mots-clés et correspondant parfaitement à l'objet de la mission. L'huissier de justice doit donc demander au juge les moyens nécessaires pour affiner les recherches, en redéfinissant les mots-clés, la période temporelle ou le périmètre de la recherche.

François CHASSAING

A partir du moment où l'ordonnance est exécutée, de telles demandes ne peuvent être formulées.

Carole DUPARC

Dans leur procès-verbaux, les huissiers relatent les différentes difficultés rencontrées au requérant, qui peut alors saisir le juge dans le cadre d'un référé difficultés exposant les différentes contraintes rencontrées en opération, ou par le biais d'une demande de rétractation, qui permet de redéfinir le champ de la recherche, à travers une rétractation partielle. De plus, il est possible de demander au magistrat la nomination d'un sachant, tel qu'un traducteur. Les difficultés, relatées dans le procès-verbal, sont exposées au magistrat lors de l'audience. Dès lors, il peut ordonner de nouvelles mesures, et notamment des mesures de tri complémentaires.

Grégoire DESROUSSEAUX

Comme indiqué par Monsieur Normier, la recherche peut être réalisée sur la base du rappel ou de la précision. Naturellement, le requérant privilégie le rappel tandis que le requis préfère la précision. Il apparaît donc que le processus doit se dérouler en deux

phases successives. Dans un premier temps, il est préférable d'engager un rappel aussi massif que possible, avant de procéder au tri dans un second temps.

Dans le cadre du tri, il me semble que le problème majeur provient de la dysmétrie entre la position du requis, qui assiste aux opérations et connaît bien les documents récoltés, et celle du requérant, qui n'est pas présent et dont les représentants ne comprennent pas nécessairement les documents récoltés. Au regard de ces éléments, je m'interroge quant à la possibilité de rééquilibrer ces échanges. Le juge peut-il apporter une réponse à cette question ?

François CHASSAING

Le juge peut effectivement désigner un expert, à la demande du requis ou du requérant.

Grégoire DESROUSSEAUX

Au-delà de la présence d'un expert, est-il possible d'assister aux opérations de tri avec son client ? En effet, dans certaines situations, et notamment en matière de brevets, les experts se trouvent désarmés, et peinent à estimer l'importance des documents en l'absence de leurs clients.

Carole DUPARC

La procédure mise en place par le Tribunal de Commerce, impose de communiquer un inventaire des pièces collectées au requis, afin qu'il puisse identifier les pièces qu'il estime confidentielles. Le juge lui demande alors de préciser quel type de contestation il souhaite formuler, et sur quels types de pièces. Les problématiques sont ensuite traitées par bloc. Cependant, il est vrai que le requérant est souvent extrêmement frustré, sachant qu'il n'a pas connaissance des pièces évoquées, et ne peut donc apprécier le caractère fondé ou infondé des contestations soulevées par le requis.

Face à cette situation, il est possible de demander au magistrat de reporter l'audience, et d'organiser une réunion contradictoire, au sein des locaux de l'Huissier, en présence des avocats des deux parties, et éventuellement du requis. Dans ce cadre spécifique, les opérations de tri sont réalisées au sein de l'étude de l'huissier, en amont de l'audience. Le requérant revient ensuite devant le juge afin d'indiquer les pièces dont il souhaite communication. Dans ce cas, le magistrat statue sur les seules pièces appelant des contestations. Cette procédure est efficace lorsque le requis est de bonne volonté.

François CHASSAING

La solution que vous évoquez doit être coûteuse et chronophage lorsque le volume de documents est important. Dans ce cadre, les outils évoqués par Bernard Normier peuvent-ils nous être utiles ?

Bernard NORMIER

Monsieur Desrousseaux a indiqué qu'il lui semblait préférable de privilégier le rappel dans un premier temps, avant d'affiner la recherche dans un second temps. Cette méthode est utilisée en matière d'e-réputation, car il est impossible, avec des outils hétérogènes et des techniques frustes, d'obtenir des résultats précis dès le départ.

A l'écoute de vos échanges, il me semble que la liste de mots-clés établie par le juge constitue un biais important dans le cadre de la recherche. Il serait préférable que le juge exprime simplement un besoin, puis que ce besoin soit traduit en langage documentaire et technologique par les experts en informatique. Le choix des mots-clés

est un métier, qui ne relève pas des compétences du juge, de l'huissier de justice ou de l'avocat.

François CHASSAING

Le juge n'établit pas la liste de mots-clés, mais reçoit simplement celle soumise par le requérant et vérifie sa pertinence au regard de l'objectif de la requête.

Grégoire DESROUSSEAUX

Le requérant ne souhaite pas contraindre la recherche par des mots-clés, mais plutôt procéder à un large rappel. Il me semble préférable d'opérer de la sorte dans un premier temps, avant de donner au requis la possibilité de s'exprimer dans le cadre du tri. Cependant, Monsieur Vigneau semble considérer que demander à un expert de trouver des documents relevant de l'objet de la procédure constitue une délégation de pouvoir.

Au regard de ces éléments, il me semble que la liste de mots-clés est avant tout un moyen aux mains des juges pour limiter les avocats malveillants. A mon sens, il serait préférable qu'une plus grande confiance s'instaure entre le juge et l'huissier de justice, et que les experts et huissiers de justice disposent de davantage de libertés dans l'exercice de leurs missions, sans être encadrés par des mots-clés frustes et artificiels.

Vincent VIGNEAU

Dans une affaire de concurrence déloyale, l'objectif est de chercher à savoir si un client du requérant a été démarché. Dans ce cadre, il est impossible de demander à l'huissier de justice de rechercher des actes relevant de la concurrence déloyale, puisque c'est l'apanage du juge. Etant un constatant, l'huissier ne peut porter aucune appréciation de nature juridique. Il est donc nécessaire d'établir une liste de mots-clés, jugés comme étant de nature à caractériser une concurrence déloyale. Juridiquement, il est impossible de laisser les huissiers de justice et les experts faire preuve d'imagination en recherchant des éléments de leur propre initiative.

François CHASSAING

L'article 145 précise qu'il convient de constater des faits, et non des intentions. Dès lors qu'une intention est recherchée, la rétractation est quasiment assurée.

Bernard DENIS-LAROQUE

Votre position consiste donc à s'en remettre au requérant pour traduire sa demande en un certain nombre de mots-clés, or je ne suis pas sûr qu'il soit le plus impartial. Ne serait-il pas plus pertinent d'avoir recours à un expert pour vérifier la pertinence de cette traduction, sachant que le juge n'est pas nécessairement qualifié pour vérifier que la liste de mots-clés fournie par le requérant correspond bien à l'objet de la recherche ?

Marie COURBOULAY

Les mots-clés ne sont pas des mots-clés au sens informatique du terme. Deux raisons poussent les magistrats à proposer des mots-clés : limiter la recherche aux éléments factuels, et éviter le *fishing*. Ainsi, le requérant doit être en mesure d'exprimer clairement le motif de sa recherche. Il apparaît donc que les mots-clés protègent la partie non représentée à ce stade de la procédure. A mon sens, un huissier de justice recherchant d'autres mots-clés que ceux contenus dans l'ordonnance dépasserait le cadre de sa mission. En revanche, il me semble possible de combiner les mots-clés, à partir du moment où une telle combinaison restreint la recherche.

L'huissier de justice a une mission précise, dont le périmètre est défini par l'ordonnance du juge. Même si l'utilisation des mots-clés est un moyen limité, l'huissier de justice doit s'en contenter.

Bernard DENIS-LAROQUE

Imaginons que la demande d'un requérant porte sur un produit couvert par le brevet GXH-1120. Dans ce cas, le mot-clé « GXH-1120 » sera ajouté à la liste contenue dans l'ordonnance, et tous les documents relatifs à ce brevet vont être récoltés. Or il peut apparaître que le brevet concerné est le GHX-1120-A, alors que le GHX-1120-B est un perfectionnement ultérieur, s'appuyant sur d'autres savoir-faire, ce que le requérant savait pertinemment lorsqu'il a formulé sa demande.

Grégoire DESROUSSEAUX

Je ne vois pas pourquoi un expert serait plus objectif ou plus compétent que le requérant lui-même, sachant que l'avocat n'est pas à la botte de son client. Il me semble que la meilleure solution pour lutter contre le *fishing* est la sanction, car elle conduit l'avocat à tempérer les ardeurs de son client. Plutôt que de multiplier les intervenants, il convient de punir sévèrement les abus.

Vincent VIGNEAU

Le juge ne doit pas être considéré comme un distributeur. Ainsi, le requérant doit démontrer la probabilité du fait recherché. En outre, seul le demandeur recherche des éléments, et non le juge. De fait, il est hors de question que le juge rajoute des mots-clés non sollicités par le requérant, puisque cela dépasserait le cadre de sa mission.

Philippe AYMAR

Il me semble que la formulation des mots-clés avant même de connaître le terrain limite grandement la recherche. Ainsi, entre une formulation juridique telle que « *est recherché tout élément de nature à prouver la concurrence déloyale* » et l'élaboration *a priori* d'une liste de mots-clés extrêmement restrictive, il existe un juste milieu, dans le cadre duquel le recours au *text-mining* pourrait être envisagé. Ainsi, une formulation telle que « *est recherché tout acte de démarchage relatif au produit XXX »* pourrait être envisagée, et accompagnée d'une annexe déclinant les différents mots-clés relatifs au démarchage, tels que « *prise de contact ».* Ces différentes déclinaisons pourraient être issues d'un référentiel de bonnes pratiques établi par l'usage.

L'objectif d'une telle procédure serait de libérer l'avocat de la nécessité de choisir des mots-clés au hasard, sans connaître les habitudes langage du requis. En effet, à ce jour, pour essayer de ne pas excessivement restreindre la recherche, l'avocat ajoute les déclinaisons lexicales et grammaticales des mots-clés, ce qui génère du bruit dans les résultats des recherches. Les capacités d'adaptation au terrain sont limitées, si l'huissier et l'expert ne peuvent pas créer de nouveaux mots clés, ils peuvent retirer des recherches les mots clés qui génèrent trop de bruit. Par exemple, si l'on recherchait de l' « électronique navale », la tentation serait de lister « navelec », « nav-elec », « electro-nav », « electronav », « E.N. », « EN », « E-N », le bigramme « EN » pourrait vite polluer les recherches et l'huissier demanderait à l'expert de le retirer des recherches. En revanche le mot clé « EleNav » ne pourrait pas être rajouté à la liste si par hasard les premières recherches montraient que c'était l'habitude locale pour faire référence à notre sujet.

Au regard de ces éléments, il apparaît nécessaire de réfléchir à la problématique des mots-clés, afin de libérer l'avocat de cette sorte de bataille navale, consistant à proposer des listes de mots-clés élargies.

François CHASSAING

La question essentielle est de savoir ce que cherche le requérant.

Grégoire DESROUSSEAUX

En cas de rachat d'entreprise, le requérant cherche un mot-clé précis, par lequel le projet est désigné en interne.

En outre, il apparaît qu'en favorisant le rappel, la recherche perd nécessairement en précision. De fait, il me semble que la phase de tri est au moins aussi importante que la phase de collecte. Dans ce cadre, plus la liberté laissée au requérant, à l'huissier et à l'expert informatique est grande, plus les chances de succès sont élevées, même s'il existe effectivement un risque de *fishing.* Cependant, ce risque peut être limité si le tri est réalisé de manière efficace.

François CHASSAING

Les parties sont d'abord tenues par l'article 145, qui décline les mesures légalement admissibles, ce qui renvoie à l'opposition entre droit à la preuve et droit au secret. Ainsi, dans le cadre d'une procédure pour concurrence déloyale il n'est pas admissible de rechercher l'ensemble des factures d'un client sur une période donnée. Il convient de rechercher les factures correspondant à un client que vous présumez avoir été démarché de manière déloyale.

Grégoire DESROUSSEAUX

Si le requérant sait qu'un client a été démarché de manière déloyale, il peut peut-être avoir besoin de toutes les factures. En l'absence de telles informations, la concurrence déloyale est impossible à prouver.

Emmanuel GOUGE

Ces informations ne peuvent-elles pas être obtenues dans le cadre d'un débat contradictoire ?

Grégoire DESROUSSEAUX

Il pourrait être envisagé d'autoriser des demandes initiales plus larges, tout en étant plus rigoureux dans le cadre du tri. En effet, si la précision est privilégiée lors de la recherche initiale, le rappel sera moins important.

Bernard NORMIER

Il est vrai que précision et rappel sont contradictoires, d'autant plus quand les outils sont frustes, ce qui est le cas dans la phase de recherche initiale. Il est donc préférable d'adopter la démarche en deux temps évoquée par Grégoire Desrousseaux.

De la salle

La notion de mot-clé pose clairement problème. Dans le cas d'une accusation de harcèlement, les preuves sont en grande partie contenues dans les mails, mais elles ne sont pas nécessairement explicites. Il convient donc d'analyser l'ensemble des mails grâce aux outils évoqués par Bernard Normier, afin d'étudier les relations entre émetteurs et destinataires et d'identifier une éventuelle surutilisation des mails. Ainsi, il pourrait être possible d'obtenir une preuve sans lire le contenu des mails, ce qui est impossible avec les listes de mots-clés.

Grégoire DESROUSSEAUX

La meilleure solution semble être d'ouvrir la recherche de manière très large, dans les limites de la délégation, puis d'envisager une intervention du juge au moment du tri, afin que le requis exprime son avis sur les documents collectés.

Philippe AYMAR

Dans le cadre du tri, se pose la question de l'asymétrie entre la position du requis et celle du requérant, il y a un qui sait et l'autre ne sait pas. Il est important de trouver des restitutions qui permettent de créer une représentation des éléments collectés et de leur intérêt vis à vis des mots clés. Une fois les éléments superflus éliminés (doublons, bruit), il est possible de produire des tableaux statistiques à partir des réponses aux mots clés ou aux combinaisons de mots-clés.

Ces éléments synthétiques permettent d'éclairer le contenu du séquestre sans pour autant le dévoiler. Le juge, l'huissier, l'avocat peuvent ainsi débattre efficacement de la nature des recherches à organiser dans les itérations suivantes. Souvent utiles, ces tableaux de fréquences sont rarement prévus dans les requêtes.

Le text-mining, illustré par les graphiques présentés par Bernard Normier, vient enrichir la problématique des restitutions intermédiaires. Avec des synthèses plus élaborées que ces simples tableaux de fréquence. Les graphique sont plus riches, les stratégies mise en œuvre s'intéresse au sens du texte contenu dans les documents, voire les fragments de documents, plutôt qu'à la présence de signes. Comment est ce que ces synthèses, documentaires ou graphiques, peuvent être utilisés dans le débat ? Jusqu'à quel stade joue-t-elle le jeu du « révéler sans dévoiler » ? Comment prescrire des recherches qui reposent sur des automates à base d'intelligence artificielle ? Dans ces communications plus larges, faut-il limiter la communication de ces synthèses élargies au seul juge et à l'huissier ? Peut-on organiser un club de confidentialité pour prévoir un échange productif ?

François CHASSAING

Les procédures que vous évoquez pourraient être prévues par des instructions contenues dans l'ordonnance du juge, qui peut indiquer qu'une analyse de corrélation ou de bruit sera réalisée. Il semble en effet préférable de préparer les opérations de tri dès l'ordonnance, en accord avec le requérant.

Grégoire DESROUSSEAUX

La solution, si le rappel est favorisé dans le cadre de la recherche initiale, est de réunir les personnes tenues par la confidentialité, afin qu'elles s'accordent sur des mesures de tri. Cela permettrait au requis d'identifier les documents qu'il ne juge pas pertinents dans le cadre de la recherche, et au requérant d'accéder à quelques informations via le club de confidentialité, ce qui lui permettrait de réaliser une analyse statistique pertinente.

Nicolas COURTIER

Il me semble que la notion de contradictoire ne revient pas suffisamment dans le cadre des débats. En effet, les ordonnances ne sont pas rendues dans le cadre du contradictoire, qui ne fait son retour que au mieux lors des demandes de rétractations. A mon sens, l'inflation du travail de l'expert dans le cadre du constat ou de la saisie devrait avoir une limite, qui est celle de l'exercice du contradictoire. Ainsi, je lutte contre les ordonnances qui autorisent les experts à réaliser une expertise car il me semble que de nombreuses opérations ne devraient pas être réalisées dans le cadre d'un constat, en ce qu'elles requièrent l'exercice du contradictoire.

De fait, je suis plutôt favorable à une saisie large dans les limites d'un cadre fixé par le juge, que les documents soient séquestrés et analysés ensuite dans un autre cadre fixé par une nouvelle ordonnance cette fois d'expertise.

L'ordonnance pourrait aussi prévoir ce qui doit rester confidentiel jusqu'à ce que les parties reviennent devant le juge pour demander la déconfidentialisation de ce que l'expert aura trouvé dans les documents. Ce dernier apportant alors au juge des éléments pour décider s'il convient ou non de déconfidentialiser ces informations.

De la salle

Il me semble que si les experts participent à la préparation des travaux, tel que Philippe Aymar le propose, ils risquent de devenir experts des parties et non plus experts de justice.

Grégoire DESROUSSEAUX

Des conseils en propriété industrielle interviennent dans les procédures de saisie-contrefaçon, et sont missionnés par les parties. La question qui se pose est plutôt de savoir si les experts informatiques peuvent procéder à la fois à la collecte et au tri.

Marie COURBOULAY

Les opérations de tri doivent être réalisées par un expert tiers. En outre, comme indique par Maître Courtier, les opérations de tri ne peuvent avoir lieu que sous l'égide du contradictoire, réordonné par le juge, quitte à organiser un club de confidentialité pour anonymiser les pièces, en y incluant le requérant ou un de ses représentants. Au sein de la troisième chambre, les opérations de tri sont toujours prises en charge par des experts indépendants.

Grégoire DESROUSSEAUX

Le contradictoire est déjà présent au moment de la saisie, lors de la négociation. C'est pour cette raison que la troisième chambre connaît peu de rétractations.

Nicolas COURTIER

A mon sens, le contradictoire n'existe pas si les avocats des deux parties ne sont pas présents.

Grégoire DESROUSSEAUX

Dans le cadre des procédures de saisie-contrefaçon, le contradictoire inclut les conseils en propriété industrielle du requis, ce qui permet d'engager une négociation équilibrée. De plus, la négociation entre avocats constitue la deuxième étape de contradictoire.

Ainsi, j'ai récemment reçu un procès-verbal de saisie-contrefaçon indiquant que la saisie a été exécutée jusqu'en 2010, alors que la prescription date du 13 mars 2011. Une phase confidentielle de négociation contradictoire a donc été organisée, au cours de laquelle il a été demandé de retirer du procès-verbal les éléments antérieurs à cette date. Le procès-verbal remis à l'ensemble des parties a donc été modifié, avec l'accord des avocats des deux parties. Cette solution, qui paraît être de bon sens, permet un retour au contradictoire, et d'éviter les rétractations. Cependant, sa mise en place nécessite que les parties soient raisonnables.

Un intervenant

Vos échanges m'interrogent, notamment en matière de *timing.* Vous évoquez la possibilité d'aller chercher un maximum de données, pour ensuite les faire exploiter par des experts informatiques différents de ceux ayant procédé à la saisie, grâce au *text-mining.* Or une telle procédure se déroulerait tout de même en dehors du contradictoire et prendrait du temps. Se pose également la question de l'identité de la personne en charge du contrôle d'une telle procédure.

De plus, cette procédure induirait une logique nouvelle par rapport au simple constat réalisé à ce jour, dans le cadre duquel l'expert informatique, accompagné de l'huissier de justice, doit faire des recherches en un temps limité, sur la base d'une liste de mots-clés et sans pouvoir utiliser ses outils. Ainsi, il ne sera pas possible d'utiliser des outils de *text-mining* lors des interventions avec l'huissier.

Philippe AYMAR

La mise en équation de la recherche est prise en charge par l'avocat qui rédige sa requête, et qui peut faire appel à un expert, avant d'être éventuellement modifiée par le juge. L'équation est-elle figée, ou est-il possible de la faire évoluer au contact du terrain, moyennant des règles d'encadrement ? Est-il possible pour l'huissier d'étendre une liste de mots clés par proximité sémantique ? En outre, le retour au contradictoire intervient une fois les opérations terminées, même si certaines spécificités existent en fonction des cultures locales.

La mise en équation va continuer à être affinée à l'issue des opérations, dans le cadre du tri. En outre, la question de la synthèse est également à considérer. Ainsi, l'expert peut réaliser une première synthèse lors des opérations, que l'huissier annexera à son procès-verbal. Se pose alors la question du niveau de détail de cette synthèse. Tout comme l'équation de recherche, cette synthèse va être amenée à évoluer au cours des opérations de tri contradictoires. Ainsi, lors d'une série d'itérations, l'expert informatique va pouvoir produire des synthèses plus élaborées, ce qui permet de mettre en évidence les éléments pertinents, sans noyer le juge ou les parties sous des rapports mentionnant des milliers de documents.

Michel ENTAT

Il a été dit précédemment que l'expert chargé de réaliser le tri ne pouvait être le même que celui qui a réalisé la collecte. Il apparaît cependant plus efficace de confier le tri à un expert ayant déjà une bonne connaissance du dossier.

Marie COURBOULAY

L'expert ayant réalisé la collecte est rémunéré par une des parties.

Michel ENTAT

Lorsque j'assiste un huissier, je n'ai pourtant pas l'impression d'être le prestataire d'une des parties.

Marie COURBOULAY

Dans le cadre des procédures de saisies-contrefaçon, je désigne également des huissiers de justice différents pour les opérations de collecte et les opérations de tri, afin de ramener de la sérénité dans les débats. En revanche, la situation est différente pour les procédures de saisie-contrefaçon, sachant que le magistrat désigne lui-même l'huissier, alors qu'il est désigné par le requérant dans le cadre des saisies-contrefaçon.

Synthèse et clôture des travaux

Philippe AYMAR
Président de la CNEJITA

Lors de nos échanges de ce jour, de nombreux sujets en lien avec la procédure, qui ne concernent donc pas les experts informatiques, ont été évoqués. Au-delà des questions de procédure, d'autres sujets ont été ouverts, tels que l'utilisation des nouvelles techniques de recherche dans le cadre des opérations, ainsi que les moyens de déterminer et d'encadrer ces techniques de recherche.

Ces réflexions vont être prolongées tout au long de l'année, notamment au travers d'une réflexion sur les types de synthèses pouvant être produites par les experts informatiques à l'issue des opérations, dans des délais plus conséquents qui sont ceux du retour au contradictoire. Il convient également de réfléchir quant à l'intérêt d'utiliser des techniques telles que celles présentées par Bernard Normier, qui demandent un effort plus conséquent en matière de préparation et de paramétrage.

Toutes ces questions relatives aux nouvelles technologies feront l'objet de réflexions, notamment au travers de journées de formation, dont une demi-journée sera ouverte aux avocats, juges et huissiers de justice intéressés. De même, un groupe de travail, organisé autour d'un noyau technique, mais également ouvert aux juges, avocats et huissiers de justice désireux d'y participer, va être consacré à ces nouvelles technologies.

Je remercie les intervenants pour leurs exposés, et vous remercie pour votre présence.

Droit à la preuve, droit au secret : deux droits antagonistes[1]

Corinne BLERY
Maître de conférences-HDR, Directrice du Master 2 Contentieux privé, Faculté de droit de Caen

1. À l'occasion des constats ou saisies informatiques, le droit à la preuve va se trouver mis à l'épreuve du droit au secret, ces deux droits étant antagonistes.

Plus largement, c'est le **droit de la preuve** qui est antinomique, antagoniste[2] au **droit à la preuve**. En vertu du premier, le justiciable ne peut prétendre, au moins en principe, rechercher ou produire une preuve en violation d'une règle prévue dans un texte légal ou réglementaire ou en violation d'un principe général du droit de la preuve tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence[3]. En vertu du second, le justiciable prétendra au contraire **rechercher** ou **produire** une telle preuve.

Quid de la notion (I) et de sa mise en œuvre (II).

I. Droit à la preuve *versus* droit au secret : notion

A. Position du problème

2. Le droit de la preuve ? On pense aussitôt à la charge de la preuve qui incombe au demandeur, à l'interdiction de prouver contre et outre un acte par témoignage ou présomption, mais il implique aussi la loyauté de la preuve et le respect du droit au secret de l'adversaire ou des tiers : les codes et la jurisprudence ont ainsi eu à cœur de protéger la vie privée (C. civ., art. 9), le secret des affaires, le secret professionnel, le secret médical, le secret de la défense nationale,…

Mais aujourd'hui est affirmé un droit à la preuve. C'est une affirmation nouvelle en jurisprudence[4], datant de 2006/2008 pour ce qui est de la Cour européenne des droits de

1. Version écrite actualisée au 20 juin 2016.
2. E. Vergès, « Le droit à la preuve : la consécration d'un principe et d'une méthode d'analyse de la licéité des preuves – La Cour de cassation consacre le droit à la preuve comme un nouveau principe général de procédure civile (Cass. 1re civ., 5 avril 2012 n° 11-14.177, F-P+B+I »), http://blogs.upmf-grenoble.fr/etienneverges/files/2013/07/Chronique-lexbase-procédure-civile-novembre-2012-droit-à-la-preuve.pdf.
3. E. Vergès, « Le droit à la preuve :… », préc.
4. La doctrine, elle, avait reconnu l'existence du droit à la preuve, dans ses deux aspects, depuis le début du XXe siècle. Dès 1911, à propos des lettres missives, Gény parlait d'un droit à la preuve, qu'il définissait comme « une faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie, à sa guise, les moyens que lui offre la vie sociale (notamment les lettres missives) pour la justification et la défense de ses droits » (F. Gény, Des droits sur les lettres missives, Tome II, Sirey, Paris, 1911, p. 106). Durant la réforme du Code de procédure civile, un autre auteur a lié le droit à la preuve et la procédure de production forcée des preuves en justice qui venait d'être créée (C. Marraud, « Le droit à la preuve. La production forcée des preuves en justice », JCP, 1973, I, 2572). Puis le Professeur Goubeaux a défini les contours du droit à la preuve (G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », *in* La preuve en droit, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277 s.). L'auteur montrait que ce droit se présentait à la fois comme la possibilité de produire une preuve que l'on détient et comme la faculté d'obtenir une preuve que l'on ne détient pas. Et, plus récemment, v. la thèse de Mme le professeur A. Bergeaud, Le droit à la preuve, LGDJ, 2010. *Adde* E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, Droit de la preuve, PUF, Thémis, 2015, n° 283.

l'homme[5] et de 2012 pour ce qui est de la Cour de cassation[6]. Cette affirmation vise un sens particulier du droit à la preuve, à savoir celui de produire une preuve… y compris une preuve qui ne serait pas parfaitement conforme au regard des principes du droit de la preuve, qui serait douteuse, voire illicite. Ainsi en 2012, un justiciable a-t-il pu produire une lettre en violation du secret des correspondances et du droit à la vie privée[7]. Il est désormais acquis que lorsqu'un **plaideur possède la preuve nécessaire pour soutenir son allégation,** il a le droit d'en faire usage.

3. La proclamation de ce nouveau « droit à » a fait grand bruit en doctrine[8]. Pourtant, ce n'est pas le seul aspect du droit à la preuve. L'autre est à la fois plus traditionnel – il est admis et réglementé par le Code de procédure civile – et plus discret. Et, c'est **cet autre aspect qui est au cœur de vos préoccupations, renouvelé par les nouvelles technologies : c'est le droit, pour le justiciable, d'obtenir une preuve – au besoin en recourant aux services du tandem huissier de justice/expert en informatique.**

4. Deux cas de figure se présentent, tous deux autorisés par la loi[9] : soit qu'un justiciable requière directement l'huissier de rechercher/constater une information qui serait détenue par un tiers, soit qu'il demande à un juge d'ordonner un constat ou une saisie. Dans le premier cas, la marge de manœuvre va être assez réduite : faute de décision de justice, le constat/expertise ne peut être qu'amiable et suppose l'accord du requis, qui pourra donc s'opposer à ces mesures[10].

5. Dans le second cas, **le plaideur qui ne possède pas la preuve/l'information qui lui est nécessaire,** sans carence de sa part, peut demander au juge, au cours du procès, une mesure d'instruction (CPC, art. 144). Mais surtout, celui qui n'a pas encore agi en justice peut avoir recours au juge pour obtenir une mesure d'instruction *in futurum* par la voie du référé ou sur requête – pour conserver l'effet de surprise -, à condition d'avoir un motif légitime (CPC, art. 145) : c'est le cas de figure qui vous intéresse essentiellement. Cet aspect

---

5 CEDH 10 oct. 2006, n° 7508/02, L. L. c/ France, D. 2006. 2692 ; RTD civ. 2007. 95, obs. J. Hauser. - CEDH 13 mai 2008, n° 65097/01, D. 2009. 2714, spéc. 2717, obs. T. Vasseur ; RTD civ. 2008. 650, obs. J.-P. Marguénaud ; JCP 2008. I. 167, n° 13, obs. F. Sudre.

6. La Cour de cassation a d'abord implicitement évoqué le droit à la preuve dans certains arrêts faisant suite à la jurisprudence de la CEDH, puis elle a consacré l'existence du droit à produire une preuve en 2012, dans un important arrêt de principe : Cass. 1re civ., 5 avr. 2012, n° 11-14.177, Bull. civ. II, n° 85 ; D. 2012. 1596, note G. Lardeux et 2826, obs. Ph. Delebecque ; D. 2013, 269, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2012. 506, obs. J. Hauser. E. Vergès, « Le droit à la preuve : … ».

7. La cour d'appel avait considéré que le droit au secret des correspondances combiné au droit au respect de l'intimité de la vie privée interdisaient la production en justice d'un courrier que le demandeur voulait utiliser comme preuve. La Cour de cassation a cassé au visa des articles 9 du Code civil et du Code de procédure civile et des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : « en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». C'est admettre que « le respect dû à la vie privée peut devoir céder devant les nécessités probatoires, autrement dit l'impératif de vérité » (G. Lardeux, note préc.).

8. Cf. réf. *supra*.

9. Jcl Encyclopédie des huissiers de justice, Fasc. 30 : Preuve-Constats d'huissiers de justice », par S. Dorol, n° 6 à 10.

10. Jcl Encyclopédie des huissiers de justice, Fasc. 30 : Preuve-Constats d'huissiers de justice », par S. Dorol, n° 88 : « À la condition expresse que le tiers y consente, l'huissier de justice peut dresser un procès-verbal de constat chez ce dernier sur réquisition d'un particulier. Mention de l'accord exprès du tiers doit alors apparaître dans le procès-verbal de constat (R. Perrot, Le constat d'huissier de justice : CNHJ 1985, p. 53) » et n° 89 : « dans l'hypothèse où le tiers s'oppose aux constatations, ou si l'information de ce dernier des futures constatations contrarie les intérêts du requérant, l'huissier de justice ne pourra pénétrer chez le tiers sans son consentement que sur autorisation du juge qui précisera la mission de l'officier public et ministériel ».

du droit à la preuve est largement soumis au **pouvoir du juge**, qui contrôlera, non seulement la licéité, mais encore l'opportunité de la mesure sollicitée.

6. Le juge peut être appelé à intervenir à deux moments. ***A priori***, le juge doit s'efforcer de déterminer au mieux l'objectif de l'huissier de justice et de l'expert informatique (« obtenir telle information, procéder à tel constat ou à la saisie de tels types de documents », « vérifier tels mots clés » et pas « perquisitionner chez le requis », c'est-à-dire donner une permission globale), en ayant à l'esprit qu'il faut éviter la violation du secret et sachant que, lors des opérations, l'huissier et l'expert pourront se voir opposer un tel secret[11] ; il peut aussi prévoir la façon dont les informations seront exploitées : remise au requérant, placement sous séquestre,… ***A posteriori***, si l'expertise a mis en lumière une preuve que le requérant a intérêt à produire et que le requis s'y oppose, le juge, placé devant deux normes contradictoires, est conduit à opérer une conciliation :

- s'il estime que le droit à la preuve doit l'emporter, le plaideur pourra produire la preuve qui viole, par exemple, la vie privée (c'est l'arrêt de 2012) ;

- dans l'hypothèse inverse, le juge doit écarter des débats la preuve produite et ordonner sa restitution au requis.

Entre les deux, le tandem huissier de justice/expert va devoir concrètement effectuer la recherche de manière efficace, mais pas trop intrusive, l'expert ayant l'initiative des choix informatiques, l'huissier les validant. Même si l'huissier de justice doit rester neutre et ne doit pas interpréter[12], il se trouve « lâché dans la nature », dans une zone précisément régie ni par le Code de procédure civile ni par le juge.

Quelles pistes de solution ?

B. Pistes pour résoudre le problème

7. **Une piste juridique.** En opposant le droit à la preuve au droit au secret – et plus généralement aux autres principes qui encadrent la production des pièces en justice -, la CEDH et la Cour de cassation créent une situation de conflit de normes et adoptent, dans le même temps, la méthode qui permet de résoudre ce conflit. En effet, dans l'arrêt de 2012 la Haute juridiction a posé deux conditions pour la mise à l'écart du principe du respect de la vie privée :

- d'une part, la pièce doit être **indispensable** à l'exercice du droit à la preuve ;

- d'autre part la production litigieuse doit être **proportionnée aux intérêts antinomiques en présence.**

En fait, c'est loin d'être simple et les critères ne sont pas très clairs, pas toujours cumulatifs et parfois exprimés autrement.

De son côté, « la juridiction européenne conçoit qu'un droit fondamental fasse l'objet d'une ingérence, si cette ingérence est nécessaire et proportionnée à un but légitime[13]. On distingue alors l'ingérence justifiée, conforme à la CESDH, de l'ingérence injustifiée, qui constitue la violation de la CESDH »[14]. La Cour de cassation aussi parle de « but

11. V. *infra* 2).
12. Jcl Encyclopédie des huissiers de justice, Fasc. 30 : Preuve-Constats d'huissiers de justice », par S. Dorol, n° 4 et 5.
13. CEDH, 27 mai 2014, n° 10764/09/01, considérant 40.
14. E. Vergès, « Le droit à la preuve : ... », préc.

poursuivi »[15]. Cette présentation est beaucoup plus floue, mêlant les deux conditions et entrainant une analyse au cas par cas. « Le critère de la proportionnalité qui est utilisé par les Hautes juridictions donne beaucoup de souplesse au juge. Un mode de preuve n'est pas systématiquement illicite, même lorsqu'il porte atteinte à un droit fondamental. Cette distinction entre la simple ingérence et la violation est directement empruntée à la Cour européenne »[16].

La difficulté suscitée par cette méthode de conciliation est de rendre peu prévisible la résolution des conflits qui n'ont pas encore été tranchés en jurisprudence. […]. En définitive, il appartient à la Cour de cassation, qui contrôle étroitement l'exercice du droit à la preuve, de trancher au cas par cas les conflits probatoires »[17]. Il s'agit là d'une évolution du droit de la preuve vers un modèle anglo-américain.

Bilan : les conditions permettant la production d'une preuve sont plutôt la manière dont la preuve est recherchée (autorisation du juge, présence de la partie concernée, absence de fraude dans l'obtention de la preuve), la pertinence de la preuve, la proportionnalité de l'ingérence résultant de la recherche/production de la preuve, ainsi que le but légitime de la preuve. La CEDH l'a récemment rappelé à propos de visites domiciliaires ordonnées par le JLD en matière de concurrence[18]. Une décision du 27 mai 2014[19] parlait déjà de « but poursuivi » et la Cour de cassation a récemment mis en œuvre la notion : dans un arrêt du 25 février 2016, la première chambre civile pose en principe que « **le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi** »[20].

Ce sont les critères qui doivent guider le juge *a priori* lorsqu'il ordonne une recherche d'information susceptible de devenir une preuve, qu'il délimite les contours du constat ou de la saisie qu'il ordonne. *A posteriori* – en cas de contestation de la part du requis[21] –, ce sont les critères qui doivent le guider lorsqu'il apprécie concrètement si une preuve peut être produite ou si elle doit être écartée des débats et restituée, dans la mesure du possible[22]. Ils doivent aussi guider le tandem huissier de justice/expert qui vont aller chercher une information susceptible de devenir une preuve au soutien d'une prétention du requérant dans l'ordinateur du requis[23].

---

15. Cass. 2e civ., 3 juin 2004, n° 02-10.886, Bull. civ. II, n° 273.
16. E. Vergès, « Le droit à la preuve : ... », préc.
17. E. Vergès, « Le droit à la preuve : ... », préc.
18. CEDH, 2 avr. 2015, n° 63629/10 et 60567/10, Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services/France, JCP G 2015, 479, obs. L. Milano. *Adde* V. Nioré et L. Dusseau, « Le cœur de la défense », Gaz. Pal. 25 avr. 2015, p. 10.
19. CEDH, 27 mai 2014, n° 10764/09/01 (considérant 40), préc..
20. Cass. 1re civ., 25 févr. 2016, n° 15-12.403, FS P+B+I, JCP G 2016, 583, note A. Aynès, D. 2016, 884, note J.-C. Saint-Pau, LPA 2016, p. 16, note G. Lardeux, Gaz. Pal. 17 mai 2016, p. 50, note N. Hoffschir. V. déjà Cass. 2e civ., 3 juin 2004, n° 02-10.886, Bull. civ. II, n° 273.
21. Les deux aspects du droit à la preuve peuvent donc se succéder : le droit au secret se heurte d'abord au droit à la recherche de preuve, puis – si la recherche a conduit à obtenir une preuve douteuse (par exemple, des fichiers de tiers ont été piochés dans l'ordinateur au passage) – il se heurte au droit à la production de la preuve.
22. V. L. Milano, obs. sous CEDH, 2 avr. 2015, préc. : « posant une obligation procédurale à la charge de l'État, la Cour estime qu'à cet effet, il appartient au juge de statuer sur le sort de tels documents au terme d'un contrôle concret de proportionnalité et d'ordonner, le cas échéant, leur restitution. Or, en l'espèce, le JLD s'est contenté d'apprécier la régularité formelle des saisies sans procéder à l'examen concret qui s'imposait, violant ainsi l'article 8 ».
23. Selon l'alinéa 2 alinéa de l'article 1er de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, « ils peuvent, commis par justice ou à la requête de particuliers, effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter. Sauf en matière pénale où elles ont valeur de simples renseignements, **ces constatations font foi jusqu'à preuve contraire** ».

8. Une piste amiable. En principe, en cas de refus du requis – qui invoque un secret - de transmettre l'information ou de la mettre à disposition de l'huissier de justice et de l'expert, le technicien est contraint d'arrêter le cours de la mission[24]. L'huissier et l'expert peuvent alors essayer de conclure un accord avec les parties, par exemple décider qu'ils seront seuls destinataires de l'information ou des informations réclamées – l'huissier se faisant séquestre -, que certaines informations seront masquées, afin d'occulter certains renseignements strictement confidentiels[25], qu'un tri complémentaire et contradictoire sera effectué… le tout dans le respect de la mission impartie par le juge (cette piste est tout l'objet des tables rondes).

9. Une piste tirée de l'expérience, c'est-à-dire de cas déjà jugés. La jurisprudence donne des exemples de confrontations du droit à la preuve et du droit au secret.

II. Droit à la preuve *versus* droit au secret : cas de confrontation susceptibles de se poser lors d'une expertise informatique

A. Secret des affaires (au sens large)

10. Les parties, le juge et même le tiers, étranger à la procédure, à qui il est ordonné de produire des pièces[26], peuvent se trouver confrontés à un secret des affaires. Ce secret bénéficie d'une protection variable, ne rendant pas toujours admissible un élément de preuve y portant atteinte[27].

11. Le droit à la preuve peut l'emporter sur le ***secret des affaires non légalement protégé*** ; ce que la Cour de cassation a jugé en décembre 2012[28] : « le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicités ». Dans le cas d'un constat/expertise amiables, le requis pourra opposer ce secret.

En revanche, comme le secret n'est pas légalement protégé, le juge pourra passer outre ou pas. Il a un pouvoir souverain d'appréciation : il a notamment été jugé que les magistrats pouvaient refuser de diligenter une expertise afin de protéger des secrets de fabrication[29]. Mais si une expertise est ordonnée, les mesures portant atteinte au secret doivent être limitées dans leur objet et dans le temps et strictement nécessaires pour éviter une atteinte excessive ou non légitime au secret des affaires[30].

---

24. Jcl. Procédure civile, Fasc. 660 : « mesures d'instructions exécutées par un technicien », par X. Marchand, Ph. Savatic et J. Audouy, n° 189.
25. Jcl. Procédure civile, Fasc. 660, n° 191 (à propos du seul expert).
26. Cass. 2e civ., 26 mai 2011, n° 10-20.048, *Bull.* 2011, II, n° 118 : « il résulte de la combinaison des articles 10 du Code civil, 11 et 145 du code de procédure civile qu'il peut être ordonné à des tiers, sur requête ou en référé, de produire tous documents qu'ils détiennent, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige et si aucun empêchement légitime ne s'oppose à cette production par le tiers détenteur ».
27. Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, La preuve, p. 331.
28. Cass. soc. 19 déc. 2012, n° 10-20.526, Bull. civ. V, n° 341 ; D. 2013. 1032, obs. J. Porta et 2013, 2802, obs. J.-D. Bretzner.
29. Cass. 2e civ., 14 mars 1984, n° 82-16.076, Bull. civ., II, n° 49.
30. Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, La preuve, p. 331.

C'est le cas de la mesure autorisant des huissiers de justice à prendre copie de documents et à cloner les disques durs des ordinateurs personnels et sociaux des dirigeants d'une société, dès lors que

- que cette mesure était circonscrite à la recherche de documents relatifs à une franchise, la cession d'un fonds de commerce et de titres d'une société,

- que le clonage des disques informatiques, ordonné pour préserver les disques durs de risques de destruction de documents lors de la recherche des documents effacés, avait été organisé sous le contrôle des huissiers de justice, avec l'assistance d'experts en informatique, sans possibilité de divulgation à la requérante,

- et qu'il avait été rappelé que toute retranscription relative à la vie privée des intéressés était interdite[31].

Ce n'est pas le cas de mesures autorisant un huissier de justice à se rendre dans les locaux d'une société suspectée d'actes de concurrence déloyale et de détournement de clientèle et à se saisir de tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement, permettant ainsi à l'huissier de justice de fouiller à son gré les locaux de la société, sans avoir préalablement sollicité la remise spontanée des documents concernés et obtenu le consentement du requis[32].

12. Le droit à la preuve peut aussi être confronté à des **secrets des affaires légalement protégés** :

- **le secret professionnel de l'avocat** : selon l'article 66-5, alinéa 1er, de la loi de 1971, *« en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel »*. Seules les correspondances officielles sont donc exclues du secret professionnel, ce qui permet d'utiliser une correspondance qui n'est pas par nature confidentielle, puisqu'elle est volontairement qualifiée d'officielle. En revanche, le secret l'emporte sur la possibilité de demander et/ou produire une pièce confidentielle. Le juge ne pourrait y faire échec. Si une pièce était saisie par erreur ou dans « un lot » (par exemple parce que figurant dans l'ordinateur du client), elle ne devrait pas pouvoir être produite et être restituée[33] ;

- **le secret professionnel bancaire**. En vertu de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, il est interdit aux établissements bancaires et aux prestataires de services d'investissements (PSI) de divulguer des informations confidentielles[34] telles que les données chiffrées, les coordonnées bancaires et, de manière générale, tous les « renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre client »[35]. Le secret bancaire constitue, au sens des articles 10 du Code civil et 11 du Code de procédure civile, un « motif légitime » ou un « empêchement légitime », notamment dans le cadre de procédures de référé et, *a fortiori*, sur requête visant à obtenir des mesures *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Il est opposable au tiers à qui il a été ordonné de produire une pièce couverte par le

31. Cass. com., 8 décembre 2009, n° 08-21.253 et rapport 2012, p. 332.
32. Cass. 2e civ., 16 mai 2012, n° 11-17.229, Bull. civ, II, n° 89 et rapport 2012, p. 332.
33. Sauf à ce qu'elle soit saisie à l'occasion d'une visite domiciliaire en matière fiscale (Livres des procédures fiscales, art. L. 16 B) et à la condition que les documents soient de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à la fraude présumée (Rapport 2012, p. 334).
34. C'est même pénalement répréhensible.
35. Cass. com. 18 sept. 2007, n° 06-10.663. Cass. 3e civ., 17 déc. 2013, n° 12-26070.

secret bancaire[36]. En revanche, ce secret n'est que relatif : il peut être levé par le client bénéficiaire[37] et n'est pas opposable lorsque la banque et le bénéficiaire du secret sont tous deux parties à l'instance.

Attention, l'empêchement légitime résultant du secret bancaire ne cesse pas du seul fait que l'établissement financier est partie à un procès, dès lors que son contradicteur n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a pas lui-même renoncé. La Cour de cassation considère en effet que, même si le débiteur du secret bancaire est partie au litige, il est fondé à l'opposer pour refuser la communication d'informations protégées, si son contradicteur n'est pas son client, bénéficiaire du secret et y ayant renoncé, mais un tiers. C'est une solution constante récemment rappelée[38].

Compte tenu de cette jurisprudence, on devrait penser qu'il est exclu d'envoyer un huissier de justice et un expert informatique consulter les ordinateurs d'une banque, sauf à ce que le bénéficiaire ait renoncé au secret[39]. Une décision de la Cour de justice de l'Union européenne va peut-être remettre en cause cette solution du 16 juillet 2015[40] : la CJUE a en effet jugé que la loi allemande sur le secret bancaire, « dès lors que son libellé ne contient ni condition ni précision », est excessive car elle permet d'opposer celui-ci à toute demande de preuve « de manière illimitée ». Ne faudra-t-il pas, en conséquence, que la Cour de cassation applique sa jurisprudence du 5 avril 2012 à tous les secrets professionnels fondés sur le seul respect de la vie privée ?[41]...

B. Autres secrets

13. Le secret de la défense nationale peut être invoqué par une entreprise pour s'opposer à la mesure d'instruction. Il est défini par l'article 413-9 du Code pénal. Son « opposabilité au juge découle des règles spécifiques, rappelées notamment par une circulaire du 3 janvier 2008 »[42]. L'hypothèse est envisageable uniquement dans le cas d'un constat sur ordonnance. « Dans ce cas, l'officier public doit surseoir à opérer jusqu'à ce que le président du tribunal de grande instance ayant ordonné la mesure, s'il en est requis, ordonne une expertise confiée à des personnes agréées par le ministre chargé de la défense et devant ses représentants *(Cass. 1re civ., 21 mars 2006, n° 05-13.302 : JurisData n° 2006-032791)* »[43]. Encore faut-il apporter la preuve du secret défense qui ne doit pas être un moyen commode de se soustraire au constat, ceci par un document – valide – attestant de l'habilitation de l'entreprise.

---

36. Il résulte de l'article 141 du Code de procédure civile que, lorsqu'un jugement a ordonné la production de pièces détenues par un tiers, celui-ci peut, en cas de difficulté ou s'il est invoqué quelque empêchement légitime, exercer un recours devant la juridiction ayant rendu ce jugement, puis interjeter appel de la décision rendue sur recours ; Cass. 2e civ., 17 nov. 2011, no 10-21326, P., Gaz. Pal., 03 mars 2012, p. 23, obs. C. Bléry.
37. Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20.985, Bull. civ. IV, n° 121
38. Cass. com. 10 février 2015, n° 13-14779, P.
39. En ce sens J. Lasserre-Capdeville, « Précisions utiles sur la portée du secret bancaire et la preuve par SMS », D. 2015, p. 959, n° 11.
40. CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-580/13, Coty Germany GmbH, D. 2016, p. 96, note G. Lardeux, D. 2015, p. 2168, note C. Kleiner ; AJ pénal 2015. 544, note J. Lasserre Capdeville.
41. En ce sens, G. Lardeux, note préc..
42. Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, Le droit de savoir, p. 258
43. Jcl Encyclopédie des huissiers de justice, Fasc. 30 : Preuve-Constats d'huissiers de justice », par S. Dorol, n° 35. L'auteur poursuit : « cette position se justifie par la lecture de l'article 413-9 du Code pénal qui incrimine le fait pour toute personne non habilitée de reproduire ou porter à la connaissance d'une personne non qualifiée un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale » ; ce qui ressort de l'attendu de principe de cet arrêt publié.

14. Une jurisprudence[44] s'est développée à propos de la **consultation par l'employeur de l'ordinateur professionnel utilisé par un salarié** (y compris lorsque l'employeur a toléré ou autorisé que les salariés fassent un usage personnel du matériel informatique mis à leur disposition) et de l'utilisation comme preuve par l'employeur de fichiers ou courriels contenus dans cet ordinateur (plus la connexion internet) : « si le message électronique ou le fichier qui figure dans l'ordinateur professionnel a été expressément qualifié de "document personnel" par le salarié, l'employeur ne peut y accéder hors la présence du salarié et ne peut *a fortiori* l'exploiter en justice »[45]. En revanche, « si le salarié ne veille pas à identifier expressément le message électronique ou le fichier comme étant "personnel", celui-ci est présumé présenter un caractère "professionnel", de sorte que l'employeur peut y accéder sans que la présence du salarié soit requise »[46]. Or, « la présomption d' "appartenance à la sphère professionnelle" s'applique, dès lors que l'élément de preuve (fichier ou message électronique) figure dans l'ordinateur professionnel du salarié, provient de celui-ci ou a transité par ce même ordinateur »[47]. C'est le cas si les preuves figurent sur une clé USB appartenant au salarié, mais qui avait été connectée à l'ordinateur professionnel[48] ou si un salarié transfère sur sa messagerie professionnelle des messages qu'il avait initialement émis depuis sa messagerie personnelle, sans les qualifier de « personnels »[49] ; en effet, selon la chambre sociale « des courriers et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié ». De même encore, la seule dénomination « mes documents » donnée à un fichier ne lui confère pas un caractère personnel, de telle sorte que la cour d'appel qui juge qu'il ne pouvait être ouvert en dehors de la présence du salarié viole les articles 9 du Code civil et 9 du Code de procédure civile[50]… Le chef d'entreprise, par exemple, qui soupçonne un de ses salariés de concurrence déloyale, peut donc ouvrir lui-même ou demander à un huissier assisté d'un expert de rentrer dans les fichiers non personnels d'un de ses salariés hors sa présence, pour confirmer ses soupçons[51]. Pour les fichiers personnels le salarié doit être présent ou dûment appelé, « sauf risque ou événement particulier »[52] (sauf à ce qu'il ait autorisé un représentant du personnel à effet de le représenter en cas de constat/saisie ?). *A contrario* des messages électroniques provenant « de la messagerie personnelle de la salariée distincte de la messagerie professionnelle dont celle-ci disposait pour les besoins de son activité », doivent « être écartés des débats en ce que leur production en justice portait atteinte au secret des correspondances »[53] : sans doute est-ce l'absence de confusion entre les deux messageries qui justifie cet arrêt.

---

44. Cf. la construction jurisprudentielle de la Cour de cassation, Rapport 2012, p. 326 s.
45. J.-D. Bretzner, obs. sur Cass. soc., 12 févr 2013, no 11-28649, Bull. civ. I, n° 34, D. 2013. 2802. V. Il y a un problème de format Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-40.274, D. 2009. 1832, obs. S. Maillard, et 2010. 2674, obs. J.-D. Bretzner ; Dr. soc. 2010. 267, chron. J.-E. Ray ; RDT 2009. 591, obs. L. Marino ; RTD civ. 2010. 75, obs. J. Hauser.
46. *Loc. cit*. L'employeur n'est même pas tenu d'en informer le salarié. La présomption a été posée par Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48025, P.
47. *Loc. cit*.
48. Cass. soc., 12 févr 2013, no 11-28649, Bull. civ. V, n° 34, D. 2013. 2802. V. déjà Soc. 17 juin 2009, n° 08-40.274, D. 2009. 1832, obs. S. Maillard, et 2010. 2674, obs. J.-D. Bretzner ; Dr. soc. 2010. 267, chron. J.-E. Ray ; RDT 2009. 591, obs. L. Marino ; RTD civ. 2010. 75, obs. J. Hauser.
49. Cass. soc., 19 juin 2013, nº 12-12138, P., D. 2013. 2802, obs. J.-D. Bretzner.
50. Cass. soc., 10 mai 2012, nº 11-13884, P.
51. Jcl Encyclopédie des huissiers de justice, Fasc. 30 : Preuve-Constats d'huissiers de justice », par S. Dorol, n° 127 : « […] il a été jugé que "l'employeur est en droit d'ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels" (Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866 : JurisData n° 2013-009653). Cependant, la prudence est recommandée pour les huissiers de justice qui doivent s'assurer que le salarié a bien été appelé, et préfèreront reporter les opérations si le salarié ne peut être présent, après avoir pris la précaution de placer le matériel sous scellé ».
52. Cass. soc., 17 mai 2005, nº 03-40017, P.
53. Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-15360, P.

Mais cette construction n'est pas transposable lorsqu'il s'agit, pour un huissier et un expert informatique de procéder à des constats ou des saisies à la demande d'un concurrent, dans l'ordinateur des salariés, voire du chef d'entreprise tiers, le cas de figure étant différent. L'huissier et l'expert missionnés pour constater ou saisir des preuves qui figureraient dans ces ordinateurs ne peuvent procéder à ces recherches que sur la base d'un titre exécutoire et donc dans la limite de celui-ci. Le juge peut faire prévaloir le droit à la preuve sur le droit à la vie privée et/ou le secret des affaires des personnes travaillant dans l'entreprise.

15. Si le juge a un rôle fondamental *a priori*, dans la délimitation de la mission du couple huissier de justice/expert en informatique et *a posteriori*, en cas de contestation par le requis, qui se plaint de la violation du droit au secret (parce qu'il estime que son droit au secret l'emportait sur le droit à la preuve du requérant, ou parce que des éléments couverts par le secret ont été obtenus par erreur), le tandem huissier de justice/expert doit se « débrouiller » entre ces deux moments. L'inconvénient de cette situation de mise en balance d'intérêts antagonistes est qu'elle engendre une insécurité. En cas de contestation, ce n'est qu'une fois la mission effectuée que le tandem huissier/expert saura si la mise en œuvre du droit à la preuve n'a pas été au-delà du droit de la preuve.