

Constats et saisies informatiques

*Une mission à risque,
Agir et décider face aux imprévus de terrain*

Colloque **CNEJITA** du 24 Mai 2012

Sommaire

Introduction et ouverture du Colloque	3
Monsieur Frank GENTIN	3
Monsieur Serge MIGAYRON	3
Madame Christiane FERAL-SCHUHL	4
Monsieur Frank GENTIN	7
Trois ans de constats et de saisies informatiques : un état des lieux	9
Monsieur Serge MIGAYRON	9
Les besoins et les contraintes des mesures d'instruction	14
Maître Kami HAERI	14
L'huissier de justice et ses obligations	17
Maître Denis CALIPPE	17
L'exécution : une mission à risques	20
avec la participation de Jean-François REIGNIER juge, Frank VALENTIN et Louis-Marie ABSIL avocats, Fabienne LAVAL et Stéphane VAN KEMMEL huissiers, Dominique SALIBA, Bruce BONNAURE et Michel ROUKINE experts	20
Synthèse et clôture du Colloque	41
Monsieur Serge MIGAYRON	41

Introduction et ouverture du Colloque

Monsieur Frank GENTIN

Président du Tribunal de Commerce de Paris

Je suis heureux de vous accueillir au tribunal de commerce de Paris pour ce colloque de la CNEJITA. Mes remerciements vont en premier lieu au président Migayron qui a pris l'initiative d'organiser cet événement en ce lieu. Pour le tribunal de commerce, c'est un plaisir d'accueillir des manifestations intellectuelles en lien direct avec son activité. Mes remerciements vont ensuite à Madame le Bâtonnier qui a accepté d'ouvrir ce colloque.

Le sujet qui nous réunit me paraît particulièrement intéressant à plusieurs titres.

Il concerne directement l'article 145 du code de procédure civile. Et vous savez probablement que son application est assez délicate pour le juge de commerce. Exercer sa mission dans un cadre non contradictoire est un art difficile pour le juge qui est habitué à la neutralité. Or, dans le cadre des requêtes prises sur le fondement de l'article 145, il doit apporter la contradiction au requérant. Il me semble donc tout à fait opportun de réfléchir ensemble aux conditions d'application de cet article aujourd'hui.

Ensuite, le sujet des constats et de saisies informatiques est ancré dans l'actualité. Aujourd'hui, toutes les données sont stockées sur un support électronique. L'environnement technologique est de plus en plus difficile à apprécier pour le juge. Le juge, qui détient des compétences économiques et juridiques, se trouve souvent un peu démuné s'agissant des compétences techniques requises dans les saisies et constats informatiques. Pour l'ensemble des juges présents, les échanges présentent donc un grand intérêt.

Monsieur le Président, il vous revient d'introduire ce colloque, je vous cède donc la parole.

Monsieur Serge MIGAYRON

Président de la CNEJITA

Monsieur le Président, je vous remercie d'être parmi nous aujourd'hui pour ce colloque, et de nous accueillir dans ce lieu, qui, il y a trois ans déjà, nous réunissait déjà pour un premier colloque consacré aux constats et saisies informatiques.

Je présenterai brièvement le programme et les différents intervenants, qui vont tour à tour s'exprimer à cette tribune.

Je salue d'abord la présence de Madame Christiane Féral-Schuhl, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris, que vous connaissez tous. Je peux vous assurer que j'ai pu constater dans l'organisation de cette manifestation combien l'agenda d'un Bâtonnier est chargé et complexe à gérer. Aussi, je tiens à la remercier chaleureusement de sa présence.

Jusqu'à 15 heures 30, nous écouterons trois exposés.

Je commencerai par un état des lieux de la situation des constats et saisies, trois ans après notre premier colloque sur ce sujet. Nous constaterons ensemble que la situation a

Paris, le 24 mai 2012

bien évolué. Maître Kami Haeri, avocat et président de la Commission Ouverte Contentieux des Affaires du Barreau de Paris, nous exposera ensuite sa vision des besoins et contraintes des mesures d'instruction. Ceux d'entre vous qui étaient présents il y a trois ans connaissent bien Kami Haeri, qui est déjà intervenu lors de cette première manifestation. Maître Denis Calippe, président de la Chambre des Huissiers de Paris, nous présentera ensuite sa vision du rôle et des obligations de l'huissier de justice. Nous serons ainsi arrivés au terme de la première partie de notre colloque.

Une deuxième partie débutera par la présentation d'un cas pratique. Nous avons choisi une approche concrète, en vous montrant, par l'exemple, comment se passe une intervention sur le terrain et comment elle est préparée en amont. Pour cela, nous mettrons en situation deux avocats, l'avocat du requérant et l'avocat du requis. Pardonnez-moi d'employer le néologisme « requis », mais ce terme, qui s'est naturellement imposé lors des travaux de préparation, permet de désigner simplement la société ou la personne « visitée » lors de l'opération. Le rôle de l'avocat du requis reviendra à Maître Louis-Marie Absil du cabinet Reinhart Marville. Maître Frank Valentin, du cabinet de Gaulle Fleurance, représentera l'avocat du requérant. Maître Fabienne Laval, de l'étude Venezia, Laval, Lodieu, représentera l'huissier de l'une des deux interventions, et Maître Stéphane Van Kemmel l'huissier au Tribunal de Commerce de Paris de la seconde intervention. Enfin, deux de nos confrères, Bruce Bonnaure et Michel Roukine joueront les rôles des experts intervenant aux côtés des huissiers lors de ces opérations.

Au fil de la présentation du cas, nous ferons émerger plusieurs problématiques qui seront traitées dans une discussion qui suivra. Monsieur Jean-François Reignier, Délégué Général aux Référés et Requête du Tribunal de Commerce de Paris nous rejoindra alors.

Cette deuxième partie sera animée par l'un de nos confrères, Dominique Saliba, vice-président de CNEJITA.

Nous ouvrirons ensuite une séance de questions-réponses avec la salle puis terminerons ce colloque par une synthèse rapide des travaux réalisés. Il sera alors temps de nous rendre dans la salle des pas perdus où un cocktail aura été dressé à notre intention.

Je cède maintenant à présent la parole à Madame le Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris.

Madame Christiane FERAL-SCHUHL

Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, je vous remercie tout d'abord de m'avoir invitée à intervenir sur une matière que j'ai beaucoup pratiquée, et que je regrette de ne plus beaucoup pratiquer en tant que Bâtonnier de l'ordre des Avocats de Paris.

Commençons mes propos par le récit d'une anecdote : il me revient en mémoire cette scène terrible où, avocat de la défense, après plusieurs mois de discussions procédurales, toutes les parties se sont enfin retrouvées avec l'expert pour examiner le CD qui contenait les éléments de la saisie, et dont le contenu s'est révélé absolument impossible à lire. Je me trouvais être alors l'avocat de la défense, donc plutôt contente de la situation... Mais consciente aussi que de nombreux mois étaient passés et que nous avions mis en œuvre d'importants moyens informatiques tout cela pour un résultat nul. Nous pouvions légitimement nous interroger sur le risque de répétition de ce type d'incident et sur la pertinence des mesures qui avaient été demandées puis mise en œuvre.

Paris, le 24 mai 2012

Certaines technologies commençaient pourtant déjà à émerger, avec également la présence de nouveaux acteurs spécialisés comme les cyber avocats, cyber huissiers, cyber policiers ou cyber magistrats.

Aujourd'hui, de nouvelles problématiques se posent. Le premier constat est qu'il est indispensable pour ces différents acteurs d'être à jour sur le plan des technologies. Le second constat est que, face à cette évolution des techniques, nous sommes toujours concentrés sur le même article, l'article 145 du Code de procédure civile, qui pose le cadre légale de ces mesures.

Mes propos vont tout naturellement concerner au premier chef le rôle de l'avocat dans ces procédures. Je souhaiterais ensuite dire quelques mots du principal intéressé : le justiciable, qu'il soit personne physique ou personne morale, ainsi que de cet acteur périphérique indispensable au cœur des procédures informatiques : l'expert. J'ai souvent eu tendance, Monsieur le Président, à estimer que dans une affaire informatique, beaucoup de choses dépendaient de la qualité de l'expert, dont la contribution est tout à fait déterminante dans l'appréciation qui sera faite du procès-verbal du constat.

1. *Le rôle de l'avocat*

L'avocat peut jouer deux rôles : celui du requérant et celui du requis, conformément à la terminologie procédurale habituelle.

- *L'avocat du requérant*

Il intervient tout à fait en amont de la mesure, d'autant que la règle du jeu veut que pendant la phase de saisie proprement dite, il soit mis hors circuit. Nous allons donc nous intéresser à l'avocat durant cette phase de préparation de la mesure. L'enjeu de la mesure est absolument essentiel, je vous en ai donné la démonstration avec le CD qui n'était pas lisible et qui a mis en difficulté le requérant. L'objectif est d'obtenir et de sauvegarder de façon adéquate les preuves nécessaires à la procédure envisagée.

Nous savons tous que la qualité, l'intégrité et la pertinence de la preuve, ainsi que la loyauté de la collecte de la preuve sont autant d'éléments qu'il faudra prendre en compte pour s'assurer de la pertinence des éléments saisis lors du débat judiciaire. La tendance naturelle de l'avocat est d'en demander beaucoup de manière à être sûr d'en obtenir un peu. Nous savons que cette attitude peut s'avérer inefficace voire même préjudiciable pour le requérant. En effet, le risque final peut être l'annulation de la procédure. Nous nous trouvons dans une situation de ruine potentielle de tout l'enchaînement des mesures pensées en amont. Tout ce qui va se passer à ce moment-là sera absolument déterminant. L'avocat doit faire en sorte d'arbitrer avec discernement entre le besoin de conserver les preuves qui vont appuyer la démonstration judiciaire et la tentation d'aller « à la pêche aux preuves ». La ligne de partage, vous l'avez parfaitement compris, entre ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas, peut facilement être franchie.

A titre personnel, je pense que la prudence s'impose. Il en va en effet du devoir de conseil, de mesure et de pertinence de l'avocat. Grâce à son expérience et son savoir-faire, l'avocat pourra ajuster la mission qu'il sollicite. L'avocat doit également toujours conserver à l'esprit ses obligations déontologiques qui l'incitent également à cette mesure, cette prudence et ce souci de sauvegarder des principes supérieurs comme la vie privée. Le choix des termes décrivant la mesure sollicitée et la pluralité des lieux sont autant d'éléments essentiels. Je peux vous dire, pour m'être occupée de plusieurs saisies en des lieux différents, parfois devant des juridictions différentes, qu'il faut être accompagné d'acteurs conscients de l'importance des choix et des enjeux, afin de s'assurer de la bonne mise en œuvre et du bon déroulé de ces mesures.

- *L'avocat du requis*

L'enjeu pour l'avocat du saisi, est de limiter la mesure, de faire tomber une partie de la saisie, voire de faire annuler la mesure de saisie. Dans la mesure où il intervient en aval, il va donc rechercher les vices de procédure et s'assurer de la proportionnalité de la mesure. Cette dernière est une donnée très française, subjective, qui relèvera *in fine* de l'appréciation du juge. Il s'agit d'apprécier la proportionnalité et la pertinence des choix qui ont été opérés. L'avocat du requis portera donc forcément un regard extrêmement critique sur les mesures qui ont été choisies par son contradicteur. Il va également s'assurer que les choix opérés préservent le secret des affaires de son client qui peut être extrêmement pénalisé par la mesure qui a été mise en œuvre.

Vous savez comme moi qu'une loi relative au secret des affaires est actuellement à l'étude. Or ces saisies peuvent livrer des informations sensibles en matière de concurrence, cette dernière étant souvent féroce entre acteurs d'un même secteur d'activité. Vous mesurez ainsi que la saisie elle-même est susceptible de permettre cette pénétration quasi-anormale à l'intérieur du patrimoine de l'entreprise qui subit la mesure. Il peut également y avoir violation de la vie privée du personnel de l'entreprise. Il appartiendra donc à l'avocat du requis de faire en sorte, s'il n'annule pas la mesure de saisie, de maintenir ce qui est saisi secret et confidentiel pendant la procédure.

Il nous arrive, en tant qu'avocats, de saisir le juge pour l'interpeller sur le secret des affaires, sur la nécessité de préserver la confidentialité de tous ces éléments pour que l'autre partie ne s'en saisisse pas. En même temps, nous savons que la partie qui a opéré la saisie a besoin de pénétrer en partie dans les éléments saisis pour apprécier la pertinence de l'action déclenchée suivant une procédure et des délais très rigoureux.

Au final, nous constatons que l'avocat du requis ne trouve souvent que des avantages à contester les mesures subies par son client. En effet, dans la pire des hypothèses, sa demande sera rejetée. Mais dans la meilleure des hypothèses, il a toujours une chance d'affaiblir les éléments de preuve qui ont été saisis par son contradicteur. Voici les règles du jeu pour commencer. Et chacun a son rôle à jouer.

2. *Le justiciable*

Je voudrais dire un mot des risques d'atteinte aux libertés individuelles, aux droits de la défense et au secret des affaires.

Il s'agit d'un risque réel dont je mesure d'autant plus l'importance qu'aujourd'hui je suis confrontée aux perquisitions parfois effectuées à l'initiative d'un juge d'instruction.

Bien que nous ne soyons pas sur le même fondement juridique, je souhaite faire un parallèle avec les saisies opérées par les autorités administratives indépendantes. Celles-ci peuvent en effet entrer dans les entreprises et y collecter des éléments de preuve (violation des règles en matière de concurrence ou de protection des données personnelles par exemple). Alors que la procédure de saisie existe depuis longtemps, que nous avons acquis un certain nombre de règles d'usage dans le domaine de l'informatique avec les différents acteurs concernés, nous voyons dans ces nouvelles procédures le développement de risques bien réels qui ne sont pas nécessairement encadrés par la jurisprudence et les usages. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu juger en 2011 que les obligations de la loi Informatique et Libertés ne s'appliquaient pas aux traitements mis en œuvre par une AAI au cours de la saisie opérée dans une société.

Je vous invite donc à réfléchir sur l'importance et les éventuelles conséquences de recourir à ce mode de recherche de preuve. Il faut être prudent sur l'emploi de ces modes de saisies, qui ouvrent des pans entiers d'informations. A l'heure actuelle, les échanges

sont dématérialisés et sur un poste informatique, dans une boîte mail, on trouve des informations de toute nature, qui peuvent être d'ordre privé ou professionnel.

C'est d'ailleurs pour cette raison que si l'employeur conserve un droit de contrôle sur les outils technologiques mis à la disposition de ses salariés, son pouvoir de contrôle est et doit rester encadré par les règles de proportionnalité et de transparence.

Dans ce domaine, la jurisprudence récente apporte encore souvent de nouveaux éléments de réponse. Ainsi, un répertoire intitulé « Mes documents » ne signifie pas forcément que le répertoire contient des documents personnels. Pour autant, une culture se construit dans les entreprises au fil des jurisprudences et permet petit à petit d'acquérir les bons réflexes. Il importe de savoir que l'on ne peut pas entrer dans la vie privée des uns et des autres.

J'ai souvenir d'une saisie effectuée dans une entreprise. La difficulté tenait au fait que des actes de concurrence déloyale avaient été identifiés par le chef d'entreprise. La question était de savoir comment entrer dans les ordinateurs des uns et des autres. Nous ne bénéficions pas à l'époque de toutes les précisions jurisprudentielles que nous avons aujourd'hui, mais nous savions que les circonstances exceptionnelles, à savoir un risque particulier, pouvaient autoriser cette ouverture. Nous avons fait le choix, avec le chef d'entreprise, de réunir les différents salariés suspectés dans une salle de réunion, pour les informer de la saisie accompagnés d'un expert, pour aller ouvrir, un à un, les ordinateurs et collecter l'information nécessaire. Ces mesures avaient vocation, avant les jurisprudences, à faire en sorte que la preuve respecte cette frontière si importante de la vie privée.

Je garde aussi en souvenir la réflexion et les inquiétudes du chef d'entreprise qui était soucieux des conséquences susceptibles de résulter d'une ouverture des ordinateurs qui se révélerait abusive.. Il relève cependant de la responsabilité de l'employeur de savoir ce qui se passe à l'intérieur de son entreprise.

Nous voyons qu'il faut prêter attention à ce volet dans les saisies.

Face à la généralité de l'article 145 du CPC, le juge doit garantir que l'utilisation du texte reste dans une ligne raisonnable, non attentatoire aux libertés individuelles, mais également aux droits de la défense. Les mesures prises au visa de l'article 145 sont déstabilisantes et pénalisantes pour les entreprises qui les subissent. Le juge joue donc un rôle de garde-fou. J'ajouterai que l'expert, qui est au cœur de ce débat, puisque c'est lui qui opère, est tenu par l'obligation de maîtriser toutes ces données juridiques.

Je vous remercie de votre attention et vous souhaite d'excellents travaux au cours de ce colloque.

Monsieur Frank GENTIN

Président du Tribunal de Commerce de Paris

Merci beaucoup Madame le Bâtonnier. Je ne suis pas surpris de la qualité de votre intervention, puisque nous y sommes tous très habitués. Vous avez posé assez clairement les contours et les enjeux de la problématique de ce colloque. Parmi les sujets que vous avez évoqués, deux me tiennent particulièrement à cœur :

- *L'intervention sur plusieurs lieux*

Sachez que le tribunal de commerce de Paris est très attentif à s'assurer que sa jurisprudence est homogène avec les autres tribunaux de commerce. Je m'entends

Paris, le 24 mai 2012

particulièrement bien avec mon homologue du Tribunal de Nanterre, et c'est un des sujets sur lesquels nous échangeons. Car il va de soi que la bonne fin des opérations suppose une homogénéité des décisions prises par les juridictions. Et que les décisions prises par les juges, devraient, dans un monde idéal, ne pas surprendre les requérants et les requis.

- *L'enjeu de la rétractation*

Le juge délégué aux requêtes est très attentif aux risques de la rétractation. C'est la raison pour laquelle j'ai invité Jean-François Reignier, le Délégué général chargé des requêtes, à nous rejoindre. . J'ignore s'il est un « cyberjuge », mais il est assurément le meilleur spécialiste de cette maison sur le sujet. Jean-François, je te propose de venir prendre place à cette tribune.

Je vous remercie,

Paris, le 24 mai 2012

Trois ans de constats et de saisies informatiques : un état des lieux

Monsieur Serge MIGAYRON

Président de la CNEJITA

Il y a trois ans, la CNEJITA avait organisé, dans ce même lieu, un premier colloque sur les constats et saisies informatiques, intitulé « Constats et saisies informatiques - Confidentialité et contradictoire ».

Nous avons alors exploré ces zones un peu floues, sans codification très précise, qui sont celles de la gestion des informations confidentielles dans une opération. Nous avons mené une première réflexion sur la pratique de ces opérations. Un groupe de travail animé par le Président Binoche, présent aujourd'hui, réunissant trois juges, trois avocats, trois huissiers et trois experts, avait développé des réflexions en vue d'homogénéiser ces pratiques en évolution.

Des premiers modèles d'ordonnances avaient été proposés. L'interrogation qui avait dominé les travaux portait sur la messagerie, objet alors complexe à appréhender, sur lequel nous disposions de très peu de repères. Si la situation a évolué, nous verrons que la messagerie reste au centre de nombreuses interrogations aujourd'hui.

Alors, pour quelle raison organiser un nouveau colloque sur ce thème aujourd'hui ?

En fait, la situation a bien changé depuis trois ans.

La situation a changé en premier lieu car les requérants sont plus exigeants, au point de demander des ordonnances à partir de requêtes qui vont très loin dans les mesures qu'ils souhaitent voir exécutées.

La situation a également changé parce que les requis sont beaucoup plus vigilants, je dirais même défensifs. Aujourd'hui, les requis opposent de nombreux arguments aux opérations, examinent les ordonnances très attentivement. Les situations sont sans doute beaucoup moins simples qu'elles ne l'étaient il y a trois ans.

Enfin la situation a changé parce que la réalité technique sur le terrain s'est sérieusement complexifiée en trois ans. Et là, nous experts, sommes directement concernés.

On voit donc que l'exécution de la décision se situe à l'intersection, je dirais la confluence, de ces trois contraintes, devenues beaucoup plus fortes qu'elles ne l'étaient il y a trois ans.

1. Des requérants plus exigeants

Je l'illustrerai par trois exemples.

Mon premier exemple est celui d'une opération mobilisant sept équipes d'huissiers et d'experts, dans un contexte de fraude à la formation continue. Les huissiers et les experts héritent d'une ordonnance qui ne prévoit pas de séquestre, alors même que des risques d'atteinte à des informations sensibles existent.

J'ai sélectionné quelques passages de la mission :

« Procéder aux recherches sur tout support d'archivage informatique (...) sauvegarde sur bandes magnétiques ou tout support numérique ».

« Effectuer des vérifications pour savoir si des fichiers en rapport avec ... ont été dissimulés ou supprimés ainsi que les traces éventuelles de telles interventions ».

Ces extraits illustrent des opérations extrêmement difficiles à réaliser sur le terrain en raison des contraintes de temps, de lieu et de l'outillage limité dont nous pouvons disposer en dehors de nos cabinets. Ainsi, exploiter des sauvegardes est quasiment unimaginable dans les délais d'une opération de constat. Quant aux fichiers supprimés, certes nous avons avec nous des outils de récupération des fichiers effacés, mais ces outils peuvent être utilisés avec plus ou moins de pénétration, en fonction des enjeux et des contraintes de temps. Il faudrait donc normalement que l'ordonnance précise le sens qu'elle entend par « récupérer des fichiers supprimés ».

Ces deux chefs de mission ont d'ailleurs fait l'objet de réserves de la part des exécutants.

Un troisième chef de mission prévoyait d'emporter, si nécessaire, les documents et les ordinateurs. Il va sans dire qu'un tel chef de mission se trouve à la limite, et même au-delà du raisonnable lors d'une opération exécutée dans un contexte civil. Prendre l'ordinateur d'une entreprise revient à la priver d'une partie de son outil de travail. Je dois dire que très généralement, les huissiers avec lesquels j'interviens ne procèdent pas à ce type d'action.

Mon deuxième exemple illustre les exigences des requérants. Il s'agit d'une ordonnance exécutée il y a quelques mois, dans un contexte de concurrence déloyale, contexte par excellence des opérations de type article 145. Quinze équipes d'huissiers et d'experts interviennent simultanément. Un séquestre est prévu. Il nous est demandé de :

« Rechercher et prendre copie de tous documents se trouvant sur place faisant référence à (...) et notamment tous documents administratifs, commerciaux et comptables (factures, bons de commande, bons de livraison ...) établissant (...) depuis le 1^{er} janvier 2002 ».

Or, sur un système informatique, des données datées de 2002 ont très peu de chance d'être encore présentes. L'exécution de ce chef de mission exige donc d'explorer les sauvegardes et les systèmes d'archivage. Il s'agit typiquement d'une mission quasi-irréalisable.

Mon troisième exemple est celui d'une ordonnance, à nouveau dans un contexte de concurrence déloyale, sans séquestre, et faisant intervenir deux équipes d'intervenants, qui prévoit de :

« Rechercher tout document ou courrier électronique ... comprenant ... l'un quelconque des mots-clés suivants : ... Régis ... Christophe ... Alain ... Fontenay ... »

La présence de plus en plus fréquente de mots clés dans les missions soulève un certain nombre de questions, notamment sur leur bon usage, dont nous en discuterons au cours de ce colloque. Dans ce cas précis, le prénom « Christophe » fait partie des mots clés. Or Christophe est le prénom de l'un des utilisateurs des postes à examiner. Le bon sens consiste bien sûr à ne pas lancer de recherche sur ce prénom sur le poste de Christophe, dans la mesure où un très grand nombre des fichiers du poste risquent d'être sélectionnés. Mais dès lors que la mission le demande, l'huissier et l'expert sont placés dans une situation inconfortable : La mission confiée ne peut pas être strictement exécutée.

Cette même mission précisait d'exclure les courriels couverts par le secret professionnel et les correspondances échangées avec les avocats. C'est certes une sage précaution que de le prévoir, mais le prévoir sans séquestre est très compliqué.

L'expérience démontre en effet l'extrême complexité d'un tri sur place, par exemple concernant des courriels d'avocats. Déjà, en soi, la définition de ce qu'est un courriel d'avocat constitue un sujet de débat. En outre, il existe toutes les situations des courriels d'avocats transférés à l'intérieur d'autres courriels. Opérer un tel tri sur place exigerait pratiquement de lire les courriels un à un, ce qui est matériellement impossible. Il est donc déraisonnable d'exprimer une telle demande sans prévoir de séquestre qui garantisse qu'aucun courriel confidentiel ne sera divulgué accidentellement avec le procès-verbal de constat.

Enfin, je citerai très rapidement un **quatrième exemple**, toujours dans un contexte de concurrence déloyale, prévoyant cette fois un séquestre. C'est cette fois la généralité de la mission, qui se veut la plus étendue possible, nous interpelle. Il nous est en effet demandé de :

« Consulter et copier ... tous les documents commerciaux ... susceptibles d'établir la volonté du président de cette société ... de développer une activité concurrente ... ».

Pour l'huissier, un tel chef de mission qui invoque une « volonté », pris à la lettre, serait extraordinairement extensif.

2. Des requis plus vigilants, voire plus défensifs

Lors de nos opérations, nous constatons que l'avocat du requis est très souvent appelé et n'hésite pas à se déplacer immédiatement sur les lieux. Ainsi, lors d'une opération à laquelle j'ai participé lundi dernier, deux avocats du requis nous ont rejoint et sont demeurés présents pendant la totalité de l'exécution de la mission. Ces avocats ont posé des questions, examiné l'ordonnance, en un mot, ont joué leur rôle d'avocats du requis, comme vous le constaterez tout à l'heure dans l'étude de cas, leur rôle consiste principalement à vérifier que l'ordonnance est exécutée dans son périmètre et non au-delà.

S'agissant des demandes en rétractation ou en annulation, je vous recommande la lecture d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 13 avril 2012 (affaire « ARP / MEADWESTVACO »). La mission en question, faisant intervenir cinq équipes d'experts et prévoyait que les éléments copiés seraient placés sous scellés en vue d'une expertise ultérieure. Après exécution de la mission, les opérations ont été vivement attaquées par le requis. Une première décision a validé les opérations. Puis cet arrêt de la Cour d'Appel a invalidé la totalité des cinq procès verbaux de constats. La motivation de la Cour repose sur notamment sur l'appréciation selon laquelle aussi bien l'ordonnance, dans le périmètre qu'elle fixait, que les opérations, dans leur exécution, auraient été en disproportion avec l'objectif recherché. L'arrêt mentionne ainsi des mesures autorisées « excessives », « sans limites », des saisies d'éléments « en vrac ». Ce cas est très illustrateur et nous amène à réfléchir. Il rejoint les propos de Madame le Bâtonnier sur le principe de proportion entre la mesure et l'objectif poursuivi. Au fond, alors même que cette ordonnance prévoyait un séquestre, la Cour d'Appel a considéré que celui-ci ne constituait pas une protection suffisante et que les opérations devaient être annulées.

Nous constatons de plus en plus une volonté du requis de défendre pied à pied ses droits lors de ces interventions.

3. Une réalité technique plus complexe

Les experts sont concernés en premier chef par la complexité accrue de la réalité technique rencontrée sur le terrain.

En premier lieu, les volumes d'information deviennent de plus en plus importants. Dans la moindre messagerie, désormais, on trouve des dizaines de milliers de messages. Un poste de travail ordinaire peut comporter des centaines de milliers de fichiers.

Le travail de tri pour trouver le bon fichier s'avère donc compliqué et demande du temps. En outre, les serveurs d'application et de données sont de plus en plus souvent distants, comme les applications de type web mail (telle que gmail). Nous commençons par ailleurs à rencontrer des applications dans le « Cloud » (Google docs est un exemple connu et très utilisé d'une telle application). Dans ce cas, nous n'avons pas de contact direct avec le système qui supporte ces informations. Nous ne le voyons qu'à travers des interfaces plus ou moins riches en matière de fonctionnalités de recherche ou d'export.

Ainsi, la semaine dernière, lors d'une opération de constat, j'ai été confronté à une messagerie accessible à travers une interface web que je ne connaissais pas et qui n'avait aucune fonctionnalité d'exportation des messages. Or, un certain nombre de messages entraient dans le périmètre de la mission. Sans possibilité de les exporter et sachant que les imprimer un à un aurait été fastidieux, je me suis résolu à effectuer des captures d'écran de chacun des messages concernés, ce qui a pris beaucoup de temps.

Il existe par ailleurs des architectures techniques complexes qui requièrent une compréhension en amont de la topologie des réseaux. Un travail de décryptage et d'analyse de l'environnement doit alors être mené avant même de pouvoir commencer l'opération. Nous rencontrons aussi parfois des protections techniques. Ainsi, il y a quelques mois, l'huissier et moi-même nous sommes trouvés confrontés à des postes de travail cryptés dont tous les des ports usb étaient bloqués. Certes, l'ordonnance prévoyait d'effectuer des copies de disques. Or, le procédé de cryptage (qui était associé à un composant du processeur de la machine) rendait impossible une lecture a posteriori d'une copie de disque. La possibilité offerte par l'ordonnance de copier les disques ne pouvait donc pas être utilisée. Par ailleurs, les supports usb étant bloqués, nous n'avions aucun moyen de copier les fichiers entrant dans le périmètre de la mission. Finalement, nous sommes heureusement parvenus à débloquer les ports usb et avons pu mener l'opération.

Cet exemple montre que certaines situations peuvent être redoutables sur le plan technique. Face à cette complexité, les experts en informatique s'adaptent, à mon sens vite et bien. La CNEJITA a ainsi mis en place des espaces collaboratifs permettant des échanges d'expériences et une capitalisation des savoir-faire. Mais le risque d'une difficulté technique imprévue et non contournable existe néanmoins.

4. *Des interrogations sur la messagerie*

Si la situation de la messagerie a évolué depuis trois ans, elle n'en est pas pour autant totalement clarifiée. Lors du congrès annuel de la compagnie des Ingénieurs experts de la Cour d'appel de Paris, dans lequel j'intervenais récemment, j'avais intitulé ma présentation « La messagerie, objet de convoitises mais source de difficultés ». Aujourd'hui, il est devenu évident que les messageries détiennent un monopole quasi exclusif des échanges entre les systèmes d'information des entreprises et l'extérieur. Cette situation rend presque facultative la recherche d'informations et de fichiers en dehors des messageries elles-mêmes.

La sphère de la vie privée s'est réduite ces dernières années, comme en témoignent deux décisions récentes de la Chambre sociale de Cour de Cassation :

La première, du 23 mai 2007, énonce que « *Le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ».

D'après la seconde, du 15 décembre 2010, « *Les courriers adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels* ».

Mais même si elle s'est réduite, une sphère de la vie privée (tant des personnes physiques que morales) subsiste aujourd'hui et des questions récurrentes continuent de se poser lorsque les investigations touchent aux messageries. Ces questions seront abordées au cours de la discussion qui suivra dans ce colloque.

Ces contraintes font peser de nouveaux risques sur la validité des opérations. Il s'agit de risques de « sur-exécution » au sens technique, c'est-à-dire de libération d'informations qui ne se trouvent pas strictement dans le périmètre de la mission. Mais il s'agit également de plus en plus de risques de « sous-exécution », en raison du niveau d'exigence élevé du requérant, qui a tendance à demander des mesures étendues. Ceci est d'autant plus vrai que la réalité rencontrée sur le terrain ne correspond pas toujours à celle de la mission. D'où le titre de ce colloque: « une mission à risques - agir et décider face aux imprévus du terrain ».

Notre discussion examinera comment anticiper au mieux les imprévus et faire en sorte que la mission s'exécute le plus fidèlement possible au périmètre de l'ordonnance. Face à ces deux risques qui s'opposent, l'huissier et l'expert ont un juste mais difficile équilibre à tenir.

Je cède maintenant la parole à Maître Kami Haeri, qui va nous parler de sa perception des besoins et contraintes des mesures d'instruction.

Les besoins et les contraintes des mesures d'instruction

Maître Kami HAERI

Avocat à la Cour, Président de la Commission Ouverte Contentieux des Affaires du Barreau de Paris

Je souhaite tout d'abord remercier les membres de la Compagnie Nationale des Experts en Informatique qui me font l'amitié de m'associer de nouveau à leurs travaux et je souhaite remercier Monsieur le Président du Tribunal de Commerce de nous recevoir aujourd'hui.

C'est un sujet particulièrement important et vivant que celui des mesures de constat au travers notamment de l'examen de l'article 145 du Code de Procédure Civile. C'est un article un peu particulier de notre Code de Procédure Civile qui a fait l'objet d'une lente mutation. Réservé initialement aux procédures en référé en prévision de contentieux dans le domaine des dommages-ouvrages, il s'est peu à peu transformé en un dispositif sophistiqué destiné à contourner les faiblesses de notre appareil processuel français.

En effet nous ne disposons pas en France de procédures de *discovery* ou de *disclosure* comme c'est le cas aux Etats Unis ou en Grande Bretagne. Il existe certes diverses possibilités de solliciter la production forcée de pièces dans le cadre d'un procès. Je pense bien évidemment aux sommations de communiquer ou aux incidents de communication. Mais le plus souvent de telles procédures sont longues, complexes, coûteuses et se heurtent à un principe de réalité: on ne peut légitimement demander que ce qui ne fait l'objet d'aucune contestation et dont l'existence peut être raisonnablement présumée. Des documents sociaux ou financiers existent dans toutes les entreprises et, sous réserve des contestations qui seraient invoquées devant le juge, peuvent être sollicités et produits. Mais qu'en est-il des autres documents, des échanges informels, etc ? Le problème est qu'aujourd'hui, l'essentiel des preuves réside dans les échanges et courriers électroniques. Il y a d'ailleurs un incroyable hiatus entre l'importance que nous attachons à la rédaction d'un email, objet anodin à la rédaction duquel nous conférons peu d'importance, et la valeur probatoire qu'elle peut receler ; sans doute précisément du fait du manque d'attention qui a précédé sa formalisation.

Tandis que l'acte d'écriture et la communication étaient ritualisés dans le passé, ils sont devenus désormais anodins. En outre, la sociologie de la communication a également changé du fait de l'avènement des outils et des réseaux informatiques : les informations électroniques sont désormais tangibles, intègres et traçables. Surtout, alors qu'il était autrefois laborieux de mettre plusieurs personnes en copie, un plus grand nombre de destinataires peuvent en quelques secondes être associés à l'envoi d'une information essentielle. Peu importe au fond que ces personnes lisent ou non le contenu de l'email, elles en sont les destinataires et, partant, les dépositaires. Dans ces conditions, les opportunités de saisir des informations sont désormais plus nombreuses.

L'article 145 vient donc répondre à une légitime volonté d'appréhender des échanges électroniques qui pourraient receler des éléments de preuve notamment dans des affaires de concurrence déloyale et dans des affaires portant sur des violations d'un droit économique ou sur des obligations en matière financière. Même sur le plan répressif, la preuve électronique devient aujourd'hui essentielle et, à la faveur d'un certain nombre de jurisprudences récentes, je pense notamment à la décision rendue le 21 janvier 2011 par le Tribunal de grande instance de Paris dans le dossier Vivendi, la responsabilité de

Paris, le 24 mai 2012

dirigeants ayant participé à la commission de l'infraction a pu être très précisément identifiée et établie grâce aux messageries électroniques. Une telle capacité à personnaliser la participation de telle ou telle personne à une infraction n'aurait sans doute pas existé sans les moyens d'investigation dont nous disposons aujourd'hui.

L'article 145 dont je revendique l'utilisation et la préservation, est un article puissant et souple. Contrairement aux dispositions du Code de Procédure Civile en matière de référé, ou en matière de saisie (dans le Code de la Propriété Intellectuelle), il n'est soumis ni à une condition d'urgence ni à une obligation de procéder à une assignation dans un délai préfixé sous peine d'en perdre les bénéfices.

Il constitue donc un moyen préalable et tactique extrêmement utile dans des procédures où la partie requérante a besoin non seulement de preuves, mais également de démontrer sa détermination. A cet égard, il faut reconnaître que la mise en œuvre de l'article 145 peut s'apparenter à une forme de perquisition civile, même si, naturellement, il n'y a aucun caractère coercitif à cette mesure qui peut faire l'objet d'un refus. Un tel refus serait certainement peu apprécié par le Président du Tribunal de Commerce ou de Grande Instance qui a rendu l'ordonnance et celui-ci pourrait lui donner un caractère plus coercitif en y associant une mesure d'astreinte en cas de refus. Il n'en demeure pas moins que cette mesure peut être refusée si la partie requise y a un intérêt.

La récente évolution de l'article 145 et l'incroyable foisonnement jurisprudentiel que cet article a provoqué, a notamment eu pour effet d'en étendre l'application notamment en ce qui concerne l'épineux et légitime débat relatif au caractère privé des fichiers et correspondance dont la copie est sollicitée. A cet égard la jurisprudence du 23 mai 2007 est venue préciser que « le caractère personnel d'une correspondance ne fait pas obstacle en soi à l'application de l'article 145 du CPC ». La jurisprudence a pu également préciser qu'une mesure de saisie pouvait être mise en œuvre à l'égard d'un salarié y compris sur les éléments personnels de sa boîte de correspondance dès l'instant où il était mis en mesure d'être présent lors de la mise en œuvre de la mesure. Nous recommanderons donc systématiquement, si les éléments personnels, ou identifiés comme tels, doivent être saisis, de notifier l'ordonnance auxdits salariés afin que celui-ci se présente s'il le souhaite pour assister à l'exécution d'une mesure qui lui fait incontestablement grief. Si, une fois qu'il s'est vu notifier ladite ordonnance, il ne se présente pas lors de sa mise en œuvre, celle-ci peut être librement exécutée et exploitée.

C'est donc cet élargissement de l'article 145 afin que la manifestation de la vérité puisse être mise en œuvre utilement dans le cadre du procès qui constitue la majeure mutation autour du texte.

L'on mettra également en perspective cet apport jurisprudentiel avec la décision rendue le 9 avril 2011 par la Cour d'appel de Paris dans une affaire relative aux droits de la partie à l'encontre de laquelle la mesure est, sinon exécutée, du moins « conçue ». La Cour a ainsi exigé qu'en cas de saisie menée entre les mains d'un tiers, dépositaire neutre et extérieur, d'informations nécessaires pour la partie requérante, la partie qui serait visée *in fine* dans l'éventuelle procédure au fond, doit se voir également notifier la mesure. En résumé, peu importe que l'adversaire final ne soit pas la cible de la mesure de constat : il faut qu'il en soit informé si une telle mesure a lieu.

Nous pouvons certes être quelque peu surpris de cet ajout qui retire à l'article 145 tout effet de surprise, mais qui conforte la volonté des tribunaux d'accompagner cet article des plus grandes garanties afin que la loyauté judiciaire et le respect du contradictoire soient assurés.

Il convient enfin de s'interroger sur les difficultés qui existent désormais en matière de séquestre puisque de nombreux magistrats – c'est d'ailleurs la pratique courante devant le Tribunal de Commerce de Paris – imposent dès l'établissement de leur ordonnance que

les pièces copiées et devant être annexées au procès-verbal soient mises sous séquestre et ne soient révélées éventuellement aux parties qu'à l'issue d'un débat contradictoire dont la date est fixée au moment même où l'ordonnance initiale est rendue. S'il faut saluer cette volonté de protéger le secret des affaires, l'ouverture du séquestre, c'est-à-dire l'examen minutieux, pièce par pièce, de centaines ou de milliers de documents, et notamment des courriers électroniques, constitue une étape extrêmement laborieuse et contre-productive.

Afin d'éviter les difficultés soulevées par cette « précaution d'usage » instituée par les tribunaux, nous recommanderons au requérant de toujours s'efforcer de rédiger des ordonnances précises et de solliciter un nombre limité d'éléments afin d'avoir de meilleurs garanties d'obtenir l'autorisation sollicitée, sans avoir à s'appuyer sur un séquestre.

En conclusion, et d'un point de vue plus général, nous ne pouvons que revendiquer de conserver autant que faire se peut à ce texte son intégrité et d'éviter de lui apporter, par le biais d'une jurisprudence parfois instable, trop de modifications, qui lui feraient perdre une grande partie de son intérêt et qui affaibliraient l'esprit. L'article 145 du CPC demeure un formidable outil procédural. Continuons de l'entretenir avec humilité et détermination.

Je vous remercie de votre attention.

L'huissier de justice et ses obligations

Maître Denis CALIPPE

Président de la Chambre des Huissiers de Paris

Bonjour à tous. Je vous remercie de m'avoir invité à représenter la profession et à aborder les obligations pesant sur l'huissier de justice dans le cadre des missions de constat. Au gré de l'évolution du droit et des missions sollicitées, nous nous interrogeons sur l'évolution du rôle de l'huissier. Si une obligation de moyens est traditionnellement dévolue à l'huissier de justice, ce dernier n'est pas soumis à une obligation de résultats.

Je souhaite, au préalable, revenir sur ce qui constitue à mon sens un abus de langage, que j'ai relevé au cours de ce débat. Il s'agit du terme de « saisie ». L'article 145 prévoit une procédure de constat. Nous ne nous trouvons pas dans le cadre d'une voie d'exécution, régie par la loi de 1991, et je ne crois pas que cette mesure soit prévue dans le Code des procédures civiles d'exécution, qui prendra effet en juin 2012. Nous nous trouvons dans le cadre d'un constat. Il serait bon de réfléchir à la codification d'une voie d'exécution nouvelle de cette procédure, notamment auprès de la jurisprudence du Tribunal de Commerce.

Monsieur Haeri a rappelé l'importance de la concertation avec l'huissier. Je pense également qu'il s'agit d'un élément important, pour différentes raisons. D'abord, l'expérience de l'huissier dans ce type de mission est utile. Il pourra dire ce qui est réalisable ou ce qui ne l'est pas. Il importe de rappeler que le rôle de l'huissier de justice n'est pas au service du requérant dans ce type de mission. Il doit rester totalement objectif tout au long de la mission. En outre, une notion nouvelle pour l'huissier renvoie au problème du conflit d'intérêts, bien connu chez les avocats, moins chez les huissiers. Un huissier doit y prêter une grande attention dans le cadre des missions qui lui sont confiées.

Sur le site, l'huissier est soumis à des obligations de moyens. Il lui revient en effet de mettre tout en œuvre pour assurer la réussite de la mission. Il devra d'abord veiller à ce que la mission soit réalisée dans les délais, fixés en général dans l'ordonnance. Il devra également s'assurer qu'il est entouré de personnes compétentes pour mener ses missions à bien et ne pas s'aventurer dans des opérations qu'il ne pourra pas mener à leur terme. Il devra enfin s'assurer de la possibilité de s'adjoindre d'autres personnes, qu'il s'agisse de représentants de la force publique, ou, le cas échéant, d'un serrurier.

L'huissier ne peut pas solliciter le concours de personnes qui ne sont pas prévues dans l'ordonnance. Il s'agit d'un point fondamental. Avant le début d'une opération, il paraît judicieux de tenir une réunion préparatoire avec l'expert afin de réaliser au mieux la mission. A cet égard, il faut rappeler que l'obligation de moyens pèse sur l'huissier mais pas sur l'expert.

L'ordonnance fixe le cadre dans lequel l'huissier intervient : rien ne se passe en dehors de l'ordonnance. Tout au long de sa mission, l'huissier s'interroge sur les mesures fixées dans le cadre de l'ordonnance.

Or, nous savons tous que sur les lieux, les circonstances viennent perturber le déroulement de l'opération : incidents techniques, tiers. L'huissier se base sur l'ordonnance et l'analyse pour savoir quelle décision prendre, s'il faut par exemple poursuivre la mission ou l'interrompre. C'est pourquoi l'huissier a besoin d'ordonnances très précises, et non pas d'ordonnances sibyllines, car il ne lui appartient pas de se

Paris, le 24 mai 2012

substituer aux parties ou au juge. Il ne pourra pas, même s'il est sollicité par le requérant, aller au-delà de ce qui a été autorisé par l'ordonnance.

La conduite des opérations est autre obligation de moyens qui pèse sur l'huissier de justice. Elle a été rappelée par la jurisprudence. Lors de sa mission, l'huissier devra s'assurer qu'il a bien la maîtrise totale des opérations, et que ces dernières sont bien menées sous sa conduite. Cela doit impérativement ressortir du procès-verbal.

La jurisprudence rappelle que « l'expert n'a pas pour mission de se livrer à une expertise *in situ* mais seulement de permettre à l'huissier de justice d'accéder au système informatique, pour constater ou non la présence des informations recherchées. En aucun cas l'ordonnance ne pourra déléguer à l'assistant expert ou aux huissiers de justice le pouvoir de conduire les opérations de constat, qui ne sont pas des opérations de saisie ni d'expertise ».

Le TGI a souvent annulé des missions de constat ou de saisie effectuées par des huissiers lorsqu'il leur était apparu que celles-ci avaient en fait été organisées par les techniciens, et que l'huissier s'était contenté de relater ce que lui indiquait l'expert, en oubliant que la responsabilité de la conduite des opérations pesait sur lui.

Il convient de ne pas perdre de vue que l'officier de justice est un officier ministériel, et qu'il est soumis plus que d'autres, de par son statut, à des responsabilités civiles, pénales, voire déontologiques, à l'occasion des missions qui lui sont confiées.

Les obligations de l'huissier de justice sont encadrées par trois principes, qui ont été rappelés par Maître Haeri : le principe du contradictoire, le principe de proportionnalité et le principe de loyauté. Elles sont également encadrées par la responsabilité qui peut peser sur l'huissier de justice, aussi bien au cours de l'opération que postérieurement à l'opération. Je vous ai rappelé que l'huissier de justice était tenu par l'ordonnance, et uniquement par l'ordonnance. Il existe donc un préalable impératif pour l'huissier de justice : il doit être porteur de l'ordonnance originale. En cas d'opérations multiples, il doit donc avoir autant d'ordonnances que d'opérations.

Le rôle de l'huissier de justice, lorsqu'il se trouve sur site, est de porter l'ordonnance à la connaissance de la partie chez qui il se rend. Il existe un débat sur la signification du terme « sur simple remise ». Je vous rappellerai que les ordonnances sur requête sont des ordonnances exécutoires sur minute, dans lesquelles une signification n'est pas obligatoire. Il ne s'agit pas d'une procédure de saisie de contrefaçon. Il s'agit d'une procédure de constat. L'huissier doit simplement s'assurer que l'ordonnance a été portée à la connaissance de la partie concernée.

Le problème qui se pose est de savoir si l'huissier doit respecter un laps de temps suffisant entre le début des opérations et le moment où il a donné connaissance de l'ordonnance. Un des moyens utilisés est de donner lecture de l'ordonnance, qui permet à la partie d'apprécier la mesure qui va être exécutée.

Une décision récente, rendue par le TGI le 19 avril 2009 (affaire « Res humana ») semblerait même imposer à l'huissier de porter l'ordonnance à la connaissance de toutes les parties concernées, quand bien même la personne concernée ne serait pas présente sur les lieux du constat. Cela complique considérablement la tâche.

Par ailleurs, le rôle de l'huissier ne se limite pas à exécuter l'ordonnance, mais il doit aussi, en sa qualité d'officier ministériel, tenir compte de ses connaissances en la matière et savoir ne pas exécuter une mission si cette dernière lui semble contraire aux principes de loyauté et de proportion.

Ceci rappelle donc mes propos préliminaires, à savoir que l'article 145 est une mesure de constat et ne peut être assimilé à une mesure d'exécution. Le constat, je le rappelle, a une force probante qui se suffit à elle-même. L'huissier de justice ne peut donc ni transgresser,

ni interpréter, ni aller au-delà de l'ordonnance qui lui a été produite. Ainsi, si dans l'ordonnance le séquestre n'est pas prévu, il n'appartient pas à l'huissier de se substituer au magistrat et de mettre des pièces sous séquestre.

Il ressort de ces décisions une interrogation légitime sur la portée du concours des huissiers, si ces derniers ne doivent accepter aucun débordement du cadre de l'ordonnance qui leur a été soumise. Ceci pose en réalité la question de la responsabilité de l'huissier. L'ordonnance ne signifie pas, pour un huissier de justice, qu'il peut être autorisé à mener une véritable perquisition au sein de l'entreprise. Il existe une limite à ne pas franchir. La responsabilité professionnelle de l'huissier de justice lui impose de savoir proportionner les moyens mis en œuvre à la situation à laquelle il sera confronté. Il ne lui appartient pas de mettre en péril l'activité d'une entreprise ou de perturber le mode de fonctionnement du système informatique, sous prétexte d'une mission dont il est investi.

S'il se trouve confronté à une difficulté majeure, notamment l'absence de la personne sur les lieux, il lui revient de reporter la mission, car il détient la responsabilité des opérations.

Pour terminer, je rappellerai que les obligations et la responsabilité de l'huissier de justice ne cessent pas à l'issue des opérations de constat. En effet, postérieurement, il est fréquemment l'objet de sollicitations, notamment pas le requérant, qui essaie d'obtenir copie des pièces qui ont été saisies, ou d'obtenir des informations *off* sur le déroulement des opérations. Le rôle de l'huissier se poursuit jusqu'à la fin de la mission, c'est-à-dire jusqu'à la remise du constat ou l'ouverture du scellé.

Au cours de ces dernières années, le rôle de l'huissier de justice a profondément évolué en raison de la technicité des opérations qui lui sont dévolues. Il a démontré sa capacité d'adaptation à l'évolution de l'environnement technologique.

L'exécution : une mission à risques

avec la participation de Jean-François REIGNIER juge, Frank VALENTIN et Louis-Marie ABSIL avocats, Fabienne LAVAL et Stéphane VAN KEMMEL huissiers, Dominique SALIBA, Bruce BONNAURE et Michel ROUKINE experts

I. Cas pratique : agir et décider

Frank VALENTIN, cabinet de GAULLE FLEURANCE, avocat du requérant

Louis-Marie ABSIL, cabinet REINHART MARVILLE TORRE, avocat du requis

Fabienne LAVAL, étude VENEZIA LAVAL, LODIEU, QUILLET, huissier intervenant dans les locaux de la société

Bruce BONNAURE, expert intervenant dans les locaux de la société

Stéphane VAN KEMMEL, étude VAN KEMMEL, huissier intervenant au domicile

Michel ROUKINE, expert intervenant au domicile

Animation : Dominique SALIBA, Vice-président de la CNEJITA

Bruce BONNAURE (expert intervenant dans la société)

Nous allons vous présenter un cas pratique simplifié. Nous donnerons successivement la parole à l'ensemble des acteurs intervenant au cours de cette opération de constat. L'avocat du requérant nous expliquera d'abord en quelques mots le contenu de la requête, les objectifs poursuivis et la raison pour laquelle il a demandé cette opération. En l'occurrence, ce cas comporte deux ordonnances, car il donne lieu à deux interventions concomitantes.

Nous donnerons ensuite la parole aux deux couples huissier / expert constitués pour chacune de ces opérations. Ponctuellement, nous entendrons l'avocat qui représente le requis et qui généralement ne manque pas de se manifester au cours des opérations de constats.

Enfin, un certain nombre d'aspects sensibles seront abordés lors d'une discussion, à la fin du cas.

Le dossier qui vous a été remis comporte une présentation du cas pratique, ainsi que les deux ordonnances sur lesquelles nous nous appuyons.

Monsieur Jean-François Reignier (Président) s'exprimera à l'issue de l'opération.

Frank VALENTIN (avocat du requérant)

A titre préliminaire, je rappelle l'arrêt du 19 avril 2009, qui prévoit la nécessité de signifier à la partie nommément visée dans l'ordonnance aux fins de saisie ou de constat, alors que les opérations ne se déroulent pas en ces lieux.

Paris, le 24 mai 2012

J'apporterai deux bémols importants. Nous avons fréquemment recours à des opérations se déroulant chez des tiers et non chez le requis lui-même.

Le premier bémol serait que le nom figurerait dans l'ordonnance. Il n'est donc pas nécessaire, lorsque l'opération a lieu chez un tiers, de faire figurer le nom de la personne qui doit être désignée *in fine*. Il s'agit d'un moyen de circonscrire cette difficulté.

Par ailleurs, la Cour de Cassation n'a pas obligé à la signification de l'ordonnance au moment du déroulement des opérations, mais entre les opérations, et le cas échéant, au moment de l'introduction de la procédure judiciaire. Ce n'est donc pas encore tout à fait la fin de ce type de procédure.

Quant à moi aujourd'hui, je représente les intérêts d'une société appelée RServices, dans le domaine médical, un domaine extrêmement concurrentiel. Elle offre des prestations d'analyse et d'audit à très forte valeur ajoutée. Elle envisage d'avoir recours aux dispositions de l'article 145, notamment parce que la plupart de ses services sont protégés par le secret, et, en tant que tels, le savoir-faire n'est pas nécessairement couvert par le droit de propriété intellectuelle. Dès lors qu'ils ne sont pas couverts par le droit de propriété intellectuelle, ma cliente, comme un nombre considérable d'acteurs économiques, ne peut pas faire valoir ses droits sur les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, et donc ne peut pas se reposer sur les éléments relatifs à la saisie de contrefaçon. En juin 2011, ma cliente s'est aperçue que, suite au départ de son directeur marketing, elle a dû faire face à une série de départs de ses forces vives et à un nombre assez important de résiliations de contrats avec des clients, avec lesquels l'ancien directeur marketing était en relation directe.

Elle a missionné une société spécialisée dans l'intelligence économique, afin de diligenter une enquête. A la suite de cette enquête, elle s'est aperçue qu'effectivement, un certain nombre de ses anciens clients se rendaient au siège d'une société qui se trouvait être dirigée par son ancien directeur marketing. Elle a donc sollicité sur requête, sur le fondement des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, deux ordonnances visant à l'appréhension d'un certain nombre d'informations et de documents.

La première ordonnance porte sur une mission au siège de l'entreprise récemment créée par le directeur marketing, afin de récupérer des informations relatives à sa nouvelle activité économique : son chiffre d'affaires et son mode de fonctionnement.

Concomitamment, une ordonnance devant le président du Tribunal de Grande Instance prévoit de missionner un huissier susceptible d'appréhender des informations et documents au domicile de l'ancien directeur marketing.

Pourquoi ces deux ordonnances par la voie de la requête ?

Le caractère très volatil de l'information, en particulier numérique, nécessite que l'adversaire (celui chez lequel les opérations sont menées) soit pris de cours. L'effet de surprise et la célérité des opérations constituent donc des éléments essentiels des opérations. Ces deux éléments militent en faveur de l'absence momentanée de respect du contradictoire tel qu'il est autorisé par le Code de procédure civile.

Plus vite les opérations sont menées, plus vite le requérant a la possibilité de prendre l'ascendance, à tout le moins psychologique, sur son concurrent supposé déloyal. Plus vite je saisis ces informations, et plus vite j'ai la possibilité de réagir et de mettre en place, en interne, dans l'entreprise, des mesures de nature à contrecarrer momentanément les actes de concurrence déloyale dont je suis victime. En l'occurrence, les éléments susceptibles d'être appréhendés et qui sont visés dans le document qui vous a été communiqué, sont, d'une part, tous les éléments relatifs au débauchage massif des salariés de l'entreprise de ma cliente, et d'autre part, tous les éléments relatifs au démarchage frauduleux et déloyal auquel l'ancien directeur marketing de ma cliente a pu se livrer.

En outre, comme il a été exposé brièvement plus tôt, toute preuve relative à l'usage frauduleux des secrets de fabrication de l'entreprise, la disparition de ces secrets constituant un préjudice considérable à ma cliente. Enfin, l'usage frauduleux d'un logiciel propriétaire développé par ma cliente et qui semble avoir été utilisé de manière frauduleuse par l'ancien directeur marketing.

Pour reprendre le vocabulaire employé précédemment, l'article 145 est très puissant. L'intrusion au domicile et au siège social révèle une violence considérable qui place ma cliente dans une situation très périlleuse. Elle doit échapper à deux éternels écueils en matière de requête. Le premier renvoie à la rétractation des deux ordonnances qui auront autorisé les huissiers à conduire leur mission. Le second renvoie à la nullité de l'intégralité de la procédure. Ces deux écueils encadrent la procédure que j'ai la prétention de mener.

La rétractation intervient au début de la procédure. Je note l'expression de doute de Monsieur le Président. Il est vrai que la rétractation des ordonnances sur requêtes n'est pas encadrée temporellement. Elle peut donc intervenir à tout moment de la procédure, étant donné qu'il relève de l'intérêt du requis d'introduire cette procédure le plus tôt possible.

La nullité de l'intégralité de la procédure de saisie ou de constat intervient quant à elle à l'issue de la procédure judiciaire, lorsque le jugement sur le fond sera rendu à la fois par le Tribunal de Commerce et par le Tribunal de Grande Instance.

S'agissant du contenu de l'ordonnance, je me suis entretenu longuement avec les deux huissiers auxquels je dois faire appel, Maître Van Kemmel et sa consœur, Fabienne Laval qui interviendra au siège social de l'entreprise. Je suis entré en contact avec eux pour leur livrer le contenu de l'ordonnance, je me suis entretenu brièvement avec eux sur le contenu de cette mission. J'ai plutôt tendance à m'entretenir longuement avec l'huissier avant qu'il n'intervienne, car il est prohibé d'entrer en contact avec lui au moment des opérations.

Aux termes de l'ordonnance, chacun d'eux aura la possibilité de s'adjoindre les services d'experts. J'ai bon espoir que les opérations se dérouleront comme anticipé, car je connais la pugnacité de mon contradicteur.

Fabienne LAVAL (huissier intervenant dans la société)

L'exposé que vient de vous présenter l'avocat du requérant est assez proche de notre réalité. En effet, nous avons des entretiens qui peuvent ne durer que quelques minutes avec l'avocat du requérant une fois que l'ordonnance est rendue. La réalité de l'huissier renvoie aux termes que vous avez employés : célérité et surprise.

La célérité s'impose dans la nécessité de coordonner les équipes, de les mettre en rapport avec les experts pour trouver une date d'intervention commune. En l'espèce, l'opération doit avoir lieu à des horaires compatibles avec le lieu, à savoir le domicile, soit à 7 heures du matin.

S'agissant du contenu de la mission, il comporte des données de ressources humaines, des données commerciales et comptables et des données informatiques

La mission est donc étendue et technique. Elle impose une préparation des missions avec l'expert.

Bruce BONNAURE (expert intervenant dans la société)

A côté de la préparation à laquelle se consacrent les huissiers pour l'organisation de l'opération, les experts se livrent à la préparation technique de la mission. Ils examinent les pièces jointes à la requête et à l'ordonnance qui, très souvent, donnent des éléments de compréhension. J'attire votre attention sur l'extrême nécessité de préparer les opérations, notamment en se dotant d'un outillage ciblé par rapport à ce que l'on s'attend à rencontrer sur le site.

A la lecture de l'ordonnance, on s'aperçoit ici que l'avocat du requérant s'est entouré au préalable d'un expert technique privé, que nous ne connaissons pas. Cela laisse supposer que les éléments à rechercher sont pertinents et précis.

Je cède à présent la parole à l'équipe amenée à intervenir en premier.

Stéphane VAN KEMMEL (huissier intervenant au domicile)

Je suis en charge de la mission à domicile. A ce titre, notre première difficulté consiste à coordonner les emplois du temps des personnes qui se joignent à l'intervention, à savoir deux huissiers, deux experts et la police.

La concomitance des opérations est relative, car les horaires d'action sont forcément différents entre une entreprise et un domicile. Pour un domicile, selon les horaires légaux, l'action peut être menée à partir de 6 heures, sauf si une décision autorise à commencer auparavant.

Dans la mesure où il faut une relative concomitance des opérations, Maître Laval se trouvera sur place à la société pour contrôler les entrées des différents salariés susceptibles d'arriver dans l'intervalle de temps afin d'éviter une déperdition éventuelle de données que des salariés avertis pourraient entamer.

Nous sommes en rapport téléphonique entre confrères tout au long de la mission pour échanger sur les difficultés ou les éventuelles sources manquantes.

La mission à domicile est à mon sens la plus délicate. La présence de la police permet de rentrer. Comme il vous a été rappelé, la police n'est pas là pour mener une perquisition judiciaire, mais pour nous assister, sécuriser la situation et faciliter l'exécution de la mesure.

Je serai peut-être un peu factuel, mais il faut souligner qu'il n'est pas toujours facile d'arriver à ses fins dans la situation concrète. Sur place, nous sommes ainsi amenés à nous trouver face à des immeubles codés. Vous pourriez objecter que nous pourrions faire le nécessaire pour obtenir les informations en amont. Mais lorsque l'on interroge les personnes susceptibles de nous informer au sein de l'immeuble du requis, cela peut susciter des doutes et les inciter à répercuter l'information auprès du requis.

A partir du moment où l'on a localisé l'intéressé, il s'agit d'entrer dans l'appartement. La police joue à cet égard un rôle important car son pouvoir de persuasion est plus important.

Je rappelle qu'il ne s'agit pas d'une perquisition judiciaire. Il faut aussi gérer une situation familiale. Il faut faire preuve de fermeté de diplomatie et d'humanité. Notre présence est très intrusive, d'autant plus que le requis est en général chef de famille, et fragilisé tant socialement qu'émotionnellement.

Une fois entrés, nous devons donner connaissance des termes de la requête et de l'ordonnance au requis. Je reviens sur ce qui a été dit tout à l'heure. Je suis favorable à laisser une copie de l'ordonnance sur requête au requis. Je n'estime pas périlleux de

laisser une copie de l'ordonnance sur requête au requis. Si on effectue une signification, il dispose d'autant plus de la voie de recours, à savoir la rétractation, prévue à l'article 496 du Code de procédure civile. Une fois qu'il a pris connaissance des termes de l'ordonnance, Monsieur IKS souhaite souvent appeler son avocat. Au domicile, nous avons un peu de chance, car il est très tôt, et les avocats ne sont pas toujours opérationnels, sauf ceux qui se trouvent à mes côtés, qui sont redoutables et peuvent être opérationnels très tôt.

Nous nous empressons de rappeler au requis qu'il s'agit d'une décision de justice, qu'elle est rendue non contradictoirement pour les besoins de la cause et qu'elle est nonobstant exécutoire sur minute. Je rappelle avec insistance qu'il faut se trouver en possession de l'original de la décision. La voie de recours peut également lui être rappelée. Il s'agit de la rétractation. Elle n'est cependant ouverte qu'après l'exécution de la mission, et seulement après celle-ci. Une fois que le requis a pris connaissance des termes de l'ordonnance, nous nous mettons à la recherche des postes informatiques ou de tout ce qui s'y rattache. C'est précisément à ce moment que l'expert intervient.

Michel ROUKINE (expert intervenant au domicile)

Nous découvrons rapidement deux PC qui vont être l'objet de notre attention. Le premier, ordinateur fixe, est allumé. Le second est un ordinateur portable, et se trouve quant à lui fermé.

Au départ, Monsieur IKS ne se montre pas très coopératif, pour les raisons que Maître Van Kemmel a exposées. Il se résout à nous donner quelques indications pour nous permettre de jeter un œil sur son ordinateur portable, qu'il allume bien volontiers. Cet ordinateur n'est pas protégé par un mot de passe. A ce stade, sous la supervision attentive de Maître Van Kemmel, nous procédons à un examen aussi exhaustif que possible des cibles identifiées. Sur le PC fixe, nous constatons que sur le navigateur Chrome, une session Gmail est active, ce qui nous dispense de recourir à son mot de passe.

Sur l'ordinateur portable, nous trouvons un certain nombre d'applications, notamment une application de gestion à distance.

Louis-Marie ABSIL (avocat du requis)

Mon client m'a naturellement appelé pour me faire part des difficultés dans lesquelles il se trouve. Je me permets donc de vous interrompre pour venir au secours de mon client. Je tiens à préciser que je vais être amené à intervenir dans une situation de crise particulièrement déstabilisatrice, intrusive et abusive.

A titre préliminaire et humoristique, j'entends mettre en évidence la caducité des deux ordonnances respectivement rendues les 7 et 16 février 2012, puisque ces actes étaient assortis d'un délai de 2 mois dans lequel devait intervenir chaque mesure et que celles-ci ont été diligentées le 24 mai 2012.

Mon premier réflexe sera de le rassurer, de lui indiquer qu'il se trouve, heureusement, en présence d'un huissier de justice et d'un expert renommés, qui font actuellement très bien leur travail. Pour autant, il doit se montrer particulièrement vigilant.

Je lui poserai les quelques questions suivantes : combien de personnes interviennent au domicile et dans l'entreprise, quelles sont leur qualité et leur fonction, à quel titre elles interviennent, quel est le contenu de la mission telle qu'elle est décrite dans l'ordonnance et précisée dans la requête avec les pièces qui lui sont jointes. Au regard d'une lecture rapide que me fera mon client au téléphone, je vérifierai s'il existe une action au fond. Je

Paris, le 24 mai 2012

vérifierai également le président de la juridiction qui aura à connaître les arguments de fond et les délais prévus dans l'ordonnance.

A la suite de cet entretien téléphonique, je me rends généralement immédiatement au sein du domicile de la personne visitée et également au sein de la société subissant une mesure parallèle. Dans le cas présent, nous avons choisi d'avoir un entretien téléphonique. Je me limiterai à un certain nombre d'observations téléphoniques que je me permettrai de formuler tant à Maître Van Kemmel, qui se trouve au domicile de mon client, qu'à Maître Laval qui se trouve au sein du siège social de l'entreprise. Je lui indiquerai, très courtoisement et calmement, qu'*a priori*, même s'il ne peut pas s'opposer coûte que coûte à la mesure, mon client peut s'opposer à la présence de personnes qui n'auraient pas été autorisées par l'ordonnance, et en particulier le représentant du demandeur. Je vais demander à mon client de prendre des notes au cours du déroulement de l'opération, de suivre l'huissier et l'expert dans la totalité de leur démarche, de fournir uniquement les documents sollicités et de conserver la liste précise de l'ensemble des documents qui seront appréhendés au final par les huissiers et les experts informatiques.

Cela étant précisé, je me permets de rappeler à Maître Van Kemmel d'une part, et Maître Laval d'autre part, le respect des principes fondamentaux : la loyauté, la proportionnalité, l'impartialité et le respect de la vie privée ainsi que le fait que les documents qui vont être sollicités sont personnels et peuvent relever de la correspondance privée. A propos de la collecte des informations, je vais les informer de la question du traitement différé des opérations en indiquant que je ne suis pas certain du respect des règles en matière de sécurité et d'intégrité des éléments de preuve, ainsi que de confidentialité et de respect des exigences de la procédure. Je souhaite en tout état de cause être présent, quoi qu'il advienne, au moment où le traitement aura lieu. Je m'insurge, à la lecture de l'une des deux requêtes, sur le fait qu'aucune mesure de séquestre n'est préconisée. Je provoque un incident d'exécution en faisant part de cette difficulté à maître Laval, (Je demande à Maître Laval qu'il saisisse son juge de tutelle, sans forme particulière conformément à l'article 168, alinéa 2, du Code de procédure civile et qu'il ordonne, sur le fondement des articles 149 et 236 du même code, qu'une mesure de séquestre soit nécessairement ordonnée), considérant l'existence d'un risque très sévère de divulgation d'un certain nombre d'éléments confidentiels, de la possibilité pour le requérant de récupérer un certain nombre d'éléments du type business plan ou de savoir-faire qu'il n'a évidemment pas à prélever. En tout état de cause, je demande légitimement, dans l'intérêt du requis, que les biens appréhendés soient séquestrés.

Pour en terminer, je me permettrais de relever un certain nombre de remarques précises sur les deux ordonnances qui nous sont soumises aujourd'hui.

Sur l'ordonnance numéro deux, qui concerne le domicile de Monsieur IKS, je vais demander à Maître Van Kemmel d'être particulièrement vigilant sur l'exclusion des informations à caractère personnel et de bien faire la répartition entre ce qui est personnel et ce qui ne l'est pas. Je vais également m'étonner de ce que l'on puisse demander à avoir accès au Smartphone. Ce dernier, par définition, est un assistant personnel qui contient des informations à caractère exclusivement personnel. Les informations contenues dans ce Smartphone relèvent donc par nature davantage de la vie privée que de la vie professionnelle.

Je demande à Maître Van Kemmel de préciser ce qu'il entend par dispositif informatique utilisé par Monsieur IKS. La notion est trop générale, et par conséquent la mission est trop vague. A défaut de pouvoir préciser clairement cet élément, je demande à ce qui qu'il soit retiré.

Par ailleurs, s'agissant de l'ensemble des documents dont l'appréhension est sollicitée, il est demandé de prendre copie en double exemplaire des documents et éléments de messagerie trouvés. ♪

Paris, le 24 mai 2012

Le terme « notamment » n'est pas limitatif et donne la possibilité d'appréhender l'ensemble des éléments de la messagerie de Monsieur IKS, sans aucune limite et sans aucune garantie pour mon client.

S'agissant de la possibilité d'enjoindre à Monsieur IKS et aux personnes présentes sur les lieux de ne pas faire obstruction aux opérations de constat, je rappellerais que la mission 145 est parfois appelée « mesure de perquisition civile » mais qu'elle ne constituerait en aucun cas une « mesure de perquisition pénale ». Si une injonction doit être faite, elle doit simplement consister à inviter Monsieur IKS à coopérer activement et ne pas outrepasser cette possibilité.

J'aurais encore de nombreux éléments à ajouter. J'insisterais simplement sur le fait que je demande à Maître Van Kemmel une copie complète de l'ensemble des éléments appréhendés, qui relèvent de la propriété du requis. Dès lors que le principe du contradictoire est rétabli, il est essentiel que le requis puisse disposer de ces éléments pour pouvoir, dans le cadre d'une rétractation future ou d'une action en nullité, savoir très précisément ce qui a été appréhendé par l'huissier et par l'expert informatique.

Concernant la première ordonnance, je ferai quelques observations complémentaires à l'attention de Maître Laval. La principale concerne l'absence de séquestre. Je demande, au regard du risque trop important de divulgation des données financières, de séquestrer l'ensemble des éléments appréhendés, la mesure étant beaucoup trop attentatoire et générale. Je demande à ce que le principe de précaution, tel qu'il est habituellement pratiqué par le Tribunal de Commerce de Paris, soit appliqué dans cette mesure ordonnée par le président du Tribunal de Nanterre. Et je demande à ce qu'il y ait une contrepartie à ce droit acquis dont dispose le requérant de pouvoir fouiller dans l'ensemble de la documentation informatique et technique. Je remercie Maître Laval de bien vouloir voir auprès du président du Tribunal de Commerce de Nanterre de quelle manière nous pouvons régler ce problème de façon urgente.

Fabienne LAVAL (huissier intervenant dans la société)

Mes confrères présents dans la salle sont certainement conscients que dans la réalité, on ne laisse jamais parler si longtemps une partie. Je considère toutefois qu'ayant écouté Maître Valentin, il est normal que j'écoute Maître Absil. Nous sommes huissiers de justice, Maître Calippe a parfaitement rappelé nos obligations d'officiers ministériels.

En principe, nous acceptons de prendre téléphoniquement le conseil du requis. Bien sûr, à la condition que nous ne recevions pas d'injonction. Il ne s'agit pas en effet de faire pression sur nous.

Je répondrai donc à Maître Absil que bien évidemment je veillerai à respecter les droits fondamentaux du requis. Mais je lui rappellerai que l'article 145 reconnaît le droit du requérant à la preuve. En l'espèce, cette ordonnance prévoit que le requérant a le droit à la preuve dès l'issue des opérations de constat. Je rappelle ceci *a priori*, puisque je n'ai pas encore démarré les opérations. Il est bien évident que si je dois trouver un business plan, je ferai en sorte de ne pas mettre en péril la société requise en menant des opérations de tri.

Stéphane VAN KEMMEL (huissier intervenant au domicile)

J'ai accepté, avec courtoisie, de parler à Maître Absil au téléphone. Je lui rappellerai qu'il n'est pas dans mes habitudes de venir avec des personnes qui ne sont pas prévues dans le texte de l'ordonnance. Je résisterai aux contestations qu'il élève en indiquant que

j'exécute uniquement la lettre de l'ordonnance. Je résisterai même à d'éventuelles accusations, rencontrées dans d'autres affaires, de violation de domicile privé, qui tentent de placer l'officier ministériel sous pression avec la menace à peine voilée de sanction pénale. Par ailleurs, je vais devoir faire preuve de persuasion à l'égard du requis. En effet, il aura parlé avec son avocat entre temps et se montrera beaucoup plus réticent à exécuter l'ordonnance.

Michel ROUKINE (expert intervenant au domicile)

Nous poursuivons quant à nous notre investigation technique. Sur le PC fixe, nous avons déterminé qu'il se trouvait *a priori* peu d'éléments professionnels. Mais la messagerie est ouverte, et donc disponible pour effectuer des recherches.

Sous le contrôle de Maître Van Kemmel, je poursuis mes recherches. La consultation de la messagerie se révèle un peu laborieuse, d'autant plus que la connexion est mauvaise et que l'ordinateur s'arrête parfois de fonctionner. La capture de tous les mails et pièces jointes correspondantes va prendre un certain temps. Au bout de près d'une heure, nous arrivons à trouver des éléments qui semblent pertinents au regard de l'ordonnance.

Nous disposons d'un nombre de mots-clefs limité, puisque les recherches correspondaient au nom des salariés ayant quitté l'entreprise requérante. Nous retrouvons un certain nombre de mails très explicites relatifs aux débauchages intervenus.

Sur cette opération, le nombre et la pertinence des mots-clefs utilisés se sont révélés opérationnels. Tel n'est pas toujours le cas. Le choix des mots-clefs peut s'avérer pour l'expert le meilleur comme le pire. S'ils sont bien choisis et peu nombreux, ils facilitent les conclusions de la mission technique dans des temps raisonnables. Mais l'inverse est également vrai.

Après la recherche effectuée sur la messagerie, nous menons une première consultation visuelle du disque dur, puis une recherche automatique par mots-clefs, via un outil de recherche spécialisé, exécuté directement à partir d'une clef USB. Le temps d'attente est assez long car le disque dur, d'une capacité de 500 GO, est bien rempli. La lenteur du processus ne nous permet pas de procéder à toutes les recherches prévues.

Sur le PC fixe de Monsieur IKS, nous identifions 25 échanges de mails et 250 fichiers pertinents. Nous les copions sur une clef USB avant de les graver sur deux DVD. Ce travail requiert une heure supplémentaire.

Fabienne LAVAL (huissier intervenant dans la société)

Du côté de l'entreprise, un salarié s'est présenté à 8 heures 20. Je m'aperçois qu'il figure dans la liste jointe par le requérant, comportant les salariés démissionnaires de l'entreprise, sur lesquels il pèse un doute. Le requérant a également dressé la liste des clients et prospects perdus, qui va me permettre, avec l'expert, de mettre en place tous les outils de recherche adéquats.

Je signifie l'ordonnance au salarié. Je lui demande, puisque je suis détentrice de la force publique, de faire rapidement le tour des locaux pour appréhender le temps que les opérations sont susceptibles de requérir, ainsi que le nombre de postes informatiques, de serveurs etc. Je me tourne à cet égard vers l'expert.

Bruce BONNAURE (expert intervenant dans la société)

Lors de ce premier examen, nous faisons un certain nombre d'observations pour planter le décor. Nous trouvons une douzaine de postes informatiques, dont quatre PC portables. Nous nous apercevons rapidement de la présence d'une messagerie distante dont l'accès n'est possible qu'avec des mots de passe. Nous devons donc accéder à ces informations.

Concernant les opérations commerciales susceptibles de nous intéresser, nous trouvons un logiciel CRM (gestion de la relation client) sur une application géographiquement distante, nécessitant d'aller consulter un serveur.

Nous procédons alors à des recherches dans les messageries des personnes, avec toutes les difficultés déjà exposées. Un certain nombre de messages confirment ce que l'huissier a déjà constaté au domicile, à savoir qu'un certain nombre de personnes présentes dans la liste fournie par le requérant, travaillent dans cette société. Des observations effectuées sur les messageries et les postes informatiques démontrent que leurs profils informatiques existent depuis plusieurs mois. Cela va permettre au requérant de dater la période à laquelle ces personnes sont arrivées dans la société.

Par ailleurs, nous recherchons sur le serveur et les postes informatiques la présence de clients. Nous interrogeons la comptabilité. Après de multiples discussions avec l'huissier, nous pouvons accéder au logiciel de CRM. L'huissier va constater la présence de clients communs entre cette société et la société du requérant.

Nous nous apercevons très vite que les recherches par mots-clefs sont très longues, et décidons par conséquent d'aller chercher les informations dans les répertoires auxquels sont rattachés les clients figurant dans la liste fournie par le requérant.

Enfin, nous recherchons le logiciel médical incriminé. Nous finissons par le trouver, à l'issue d'un travail de quatre ou cinq heures. Il revient à l'huissier de déterminer si ces éléments rentrent dans le cadre de l'ordonnance et s'il faut procéder à leur collecte.

Fabienne LAVAL (huissier intervenant dans la société)

En synthèse, nous disposons de trois sortes d'informations :

- Une première catégorie, relevant des ressources humaines, ne comporte pas de données sensibles ;
- Une deuxième catégorie contient des données commerciales engageant des tiers, donc plus sensibles ;
- Enfin, un répertoire d'audit pose des difficultés, car il comprend de la technique et de la stratégie, et contient notamment le *business plan* de la société.

Au regard de ces éléments, je prends la décision d'effectuer un séquestre partiel. La première catégorie d'éléments est copiée et conservée. S'agissant des données commerciales, je demande à Monsieur Bonnaure la suppression de tout ce qui relève de clauses de confidentialité. Enfin, concernant le répertoire d'audit, je demande à ce qu'il soit copié sur un support à part, que je décide de placer en séquestre, dans l'attente d'un débat contradictoire ou d'une décision complémentaire de mon juge de tutelle.

Dominique SALIBA (animateur)

Le thème des séquestres sera abordé au cours de la discussion ultérieure.

Bruce BONNAURE (expert intervenant dans la société)

Nous avons terminé notre travail. Après avoir effectué deux séries de copies, nous quittons les lieux et remettons à l'huissier deux supports distincts. L'intervention aura duré sept heures.

Michel ROUKINE (expert intervenant au domicile)

Nous poursuivons nos opérations sur l'ordinateur portable. Bien que récent, ce portable comporte des informations professionnelles. Nous décidons de procéder à une copie intégrale du disque dur.

Stéphane VAN KEMMEL (huissier intervenant au domicile)

Je me constitue séquestre partiel, comme Maître Laval. Nous procédons à la saisie des documents qui ne posent pas de doute au regard du litige. Quant au disque dur, il est placé sous séquestre.

Dominique SALIBA (animateur)

D'après ce que vous avez indiqué, il est près de 14 heures. J'aimerais connaître les sentiments des deux avocats et connaître l'avis du magistrat.

Frank VALENTIN (avocat du requérant)

Je ne vous cacherais pas que mon sentiment est assez mitigé. Je faisais confiance à Maître Laval pour sa pugnacité, mais je suis assez déçu.

Concernant les données collectées en matière de ressources humaines, je suis satisfait. Les données commerciales sont quant à elles indispensables. En revanche, je m'oppose farouchement au séquestre qu'elle a pris l'initiative personnelle de mettre en place. Elle m'indique qu'elle a eu affaire à mon confrère Absil qui lui a dit qu'il était hors de question qu'un *business plan* soit appréhendé. J'estime précisément que c'est parce qu'il est intervenu pour lui demander de retirer cette pièce, que celle-ci est douteuse. Si un *business plan* a émergé parmi les documents appréhendés, c'est qu'il a été effectué à partir de données appartenant à mon client.

J'estime indispensable que ce document ne soit pas consigné.

S'agissant de Maître Van Kemmel, je peux comprendre le séquestre partiel relatif aux informations qui figurent dans l'ordinateur portable. Je dois m'en remettre à la sagacité et à l'initiative de Maître Van Kemmel et de l'expert. En effet, les mesures ayant eu lieu au domicile du requis, je crains que les opérations soient annulées.

Je pense que les éléments appréhendés sont suffisants pour alimenter la rédaction d'une assignation devant la juridiction compétente.

Louis-Marie ABSIL (avocat du requis)

Pour le requis, la mesure a été très difficile à vivre. Je ferais deux observations.

Malgré les insatisfactions du requérant, je considère que sa démarche intempestive n'a pas déterminé avec précision les éléments de preuve susceptibles d'être pertinents dans le cadre de l'action au fond qu'il a envisagé d'initier. Il n'a pas suffisamment circonscrit la mission, de sorte que je me servirai de cet élément dans le cadre d'une rétractation. L'audience en rétractation étant collégiale, il n'est pas toujours facile de fixer une date rapidement.

Par ailleurs, je vais vérifier que l'ensemble des faits présentés dans la requête de Maître Valentin étaient partiellement inexacts et volontairement trompeurs dans l'esprit du magistrat. Si le juge des requêtes avait connu la réalité de la situation et le contexte du dossier, il aurait prévu une mesure de séquestre.

II. Discussion : anticiper les imprévus

Animée par Dominique SALIBA, Vice-président de la CNEJITA

Avec la participation de :

Jean-François REIGNIER, Délégué général aux référés et requêtes du Tribunal de Commerce de Paris

Et des intervenants du cas pratique

Jean-François REIGNIER (juge)

La règle, ou en tout cas l'usage consacré par la jurisprudence permet que, lorsque des opérations sont menées dans des lieux différents, on s'adresse à une juridiction unique. Or, dans le cas d'espèce, il me semble que le président du Tribunal de Commerce de Nanterre était compétent pour ordonner les deux mesures, puisque le procès était un procès en concurrence déloyale contre une société commerciale. Il aurait donc été intéressant de s'adresser à un seul tribunal pour ordonner les deux mesures, de façon à ce qu'elles soient parfaitement harmonisées et à éviter la distorsion entre un séquestre d'un côté et l'absence de séquestre de l'autre.

Je souhaiterais par ailleurs connaître la position des huissiers sur la possibilité de décider de séquestrer les pièces en cours de mission, alors que l'ordonnance n'a rien prévu en la matière. A mon sens, il faut relativiser le problème. Il est en effet exceptionnel que l'huissier puisse rédiger son procès-verbal de constat et faire le tri des pièces trouvées sur place en 24 ou 48 heures. Tout ceci prend quelques jours. À ce moment-là, la voie procédurale classique est ouverte pour le requis au visa de l'article 497, qui prévoit que le juge peut rétracter ou modifier l'ordonnance. Le requis peut aller voir le juge pour lui demander d'ordonner à l'huissier de séquestrer telle ou telle catégorie de pièces.

Dominique SALIBA (animateur)

Durant les opérations de constats, trois principaux problèmes ont émergé, que je vous propose d'aborder à présent dans la discussion. Celle-ci portera sur les trois aspects suivants :

- Le séquestre
- Les données privées
- Les moyens autorisés

Dominique SALIBA (animateur)

Vous avez mentionné un séquestre partiel ou total. Quelle est la distinction ? Quelle est votre philosophie lorsque le séquestre n'est pas prévu dans l'ordonnance ?

Jean-François REIGNIER (juge)

S'agissant des données privées, l'ordonnance pourrait au minimum prévoir le placement sous séquestre des courriels dont l'huissier estime qu'ils pourraient avoir un caractère privé. Ainsi, la possibilité de séquestre est prévue, mais le pouvoir d'apprécier le risque incombe à l'huissier.

Frank VALENTIN (avocat du requérant)

Si le séquestre n'est pas visé dans l'ordonnance, je maintiens, nonobstant le libre arbitre de l'huissier instrumentaire, qu'il ne devrait pas avoir lieu.

Fabienne LAVAL (huissier intervenant dans la société)

Il s'agit d'un cas pratique fictif.

Frank VALENTIN (avocat du requérant)

À ce sujet, je reviendrais à la lettre de l'article 145 du Code de procédure civile. Le début de l'article est très clair. Les mesures sont autorisées s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant le procès la preuve des faits. C'est donc à la lumière des dispositions de l'article 145 que le juge rend son ordonnance. Il a la possibilité de biffer un certain nombre de mesures que l'avocat lui propose, mais aussi d'ajouter certaines mentions dans le texte de l'ordonnance.

S'agissant de deux missions différentes, l'une au domicile, et l'autre au siège social d'une entreprise, si le juge avait estimé nécessaire d'ordonner un séquestre partiel ou total, il aurait pu le mentionner. Mon client souhaite introduire une action immédiate en référé, le cas échéant même sur requête.

Louis-Marie ABSIL (avocat du requis)

S'agissant du débat sur le séquestre, je rappelle que l'huissier se trouve sous la tutelle du juge qui a ordonné la mesure. Si les difficultés s'accroissent à ce sujet, l'huissier devrait pouvoir s'en remettre à son juge. L'exécution des missions pourrait être facilitée par la possibilité donnée à l'intervenant d'en référer, en cas de circonstances exceptionnelles, auprès du magistrat qui a rendu l'ordonnance, pour savoir quelle est la conduite à tenir.

Jean-François REIGNIER (juge)

Je rappelle que les ordonnances prévoient en principe une phrase du type : « et nous en réfèrera en cas de difficulté ». L'huissier peut donc demander, s'il se trouve face à une difficulté, que le juge qui a ordonné la mesure lui propose une solution.

Frank VALENTIN (avocat du requérant)

La difficulté psychologique ne renvoie pas nécessairement à une difficulté juridique.

Fabienne LAVAL (huissier intervenant dans la société)

Je comprends que le conseil ait été déçu, mais je précise que rien n'est définitif. Le répertoire a été copié. Il ne faut pas oublier que l'article 145 porte aussi sur la conservation de la preuve. En décidant un séquestre partiel, je diffère légèrement l'accès à la preuve. J'ai précisé dans le procès-verbal que ce séquestre est effectué uniquement dans l'attente du débat contradictoire.

Dominique SALIBA (animateur)

Vous avez effectué une copie. Je me pose la question de la seconde copie. Il m'avait semblé entendre que l'avocat du requis réclamait une exacte copie des éléments appréhendés.

Stéphane VAN KEMMEL (huissier intervenant au domicile)

En effet, je suis favorable à laisser une copie des documents saisis au requis, pour une raison de bonne administration de la justice. On ne peut pas nous reprocher de laisser des documents chez le requis, puisque ces derniers lui appartiennent. Je pense par ce biais préserver les droits de la défense, d'autant plus que nous ne sommes pas dans une procédure contradictoire. Cela permet également après coup d'opposer au requis des moyens dilatoires sur le fait qu'il n'ait pas connaissance des éléments saisis. Cela permet également de gagner du temps sur les audiences ultérieures, lors du traitement du séquestre.

Louis-Marie ABSIL (avocat du requis)

En complément des propos de Maître Van Kemmel, que je partage parfaitement, dès lors que les huissiers et les experts interviennent, le contradictoire renaît. Il est logique qu'en tant que requis je puisse disposer de tous les éléments nécessaires pour former mes contestations en nullité, en rétractation ou en responsabilité éventuelle à l'encontre des huissiers ou des différents intervenants.

Fabienne LAVAL (huissier intervenant dans la société)

Le vice-président du Tribunal de Nanterre est présent donc je vais pouvoir citer sa pratique, qui est excellente. Il précise dans l'ordonnance à qui doit être transmis le procès-verbal. Je délivre mon procès-verbal dans le même temps au requis, au requérant, voire même au tribunal.

Dominique SALIBA (animateur)

J'aimerais revenir sur le premier problème de la messagerie et des messages personnels. L'opération a saisi des messages susceptibles d'être personnels dans l'entreprise. Un chef d'entreprise peut-il regarder dans l'ordinateur de ses salariés ?

Bruce BONNAURE (expert intervenant dans la société)

Sur le plan technique, oui.

L'huissier est obligé de lire les informations. Dans un souci de confidentialité, le chef d'entreprise, en général reste de l'autre côté de l'écran. Il revient à l'huissier de décider si l'information entre dans le cadre de la mission ou pas.

Dominique SALIBA (animateur)

L'expert a déclaré que pour juger du caractère personnel d'un document, on est obligé de le lire.

Bruce BONNAURE (expert intervenant dans la société)

Dans la pratique, il existe des moyens techniques permettant de rechercher des éléments sans même ouvrir les messages. Néanmoins, sur des opérations plus vastes, il est rare de chercher une information très précise. Les mots-clefs conduisent parfois à des écueils. Par ailleurs, les messages litigieux peuvent être volontairement mal classés, ou classés dans une zone de messages « privés ». Par conséquent, l'expert et l'huissier sont condamnés à regarder les contenus.

Frank VALENTIN (avocat du requérant)

Un arrêt fondateur de 2001 avait considéré que le contenu de la messagerie électronique, même professionnelle, devait rester strictement privé. Il était donc impossible d'en prendre connaissance. Cet arrêt a été très nuancé par la suite. On sait depuis 2011 qu'il existe une obligation de la part des salariés d'intituler leurs messages « privé » pour éviter que leur contenu ne soit accédé par des tiers, que ce soit l'employeur, l'expert ou l'huissier instrumentaire. On peut difficilement reprocher à un huissier de prendre connaissance du contenu pour séparer le bon grain de l'ivraie. L'alternative serait le placement sous séquestre ou le rejet de l'ensemble des données en questions. Cela reviendrait objectivement à vider de sa substance l'article 145 du Code de procédure civile. Par conséquent, j'opte également pour la prise de connaissance du contenu.

Jean-François REIGNIER (juge)

C'est une bonne chose que l'huissier et l'expert disposent de moyens techniques pour faire le tri.

Il ne faudrait pas en revanche que l'ordonnance contienne des dispositions susceptibles, *a posteriori*, de contribuer à une rétractation, les mesures ordonnées ayant été formulées de telle façon qu'elles aient permis la prise de mesures non légitimes.

Serge MIGAYRON (président de la CNEJITA)

Je voudrais vous livrer une interrogation. Je me pose régulièrement la question de savoir si les experts ont le pouvoir de tout voir lors des opérations. Je pense en particulier au cas des établissements financiers ou bancaires, dans lesquels nous rencontrons le plus de difficultés en termes de coopération à nos opérations.

Y-aurait-il des raisons valables fixant une limite de ce que l'expert ou l'huissier peuvent voir ou ne pas voir lors de ces opérations ? Un cas résiderait dans la connaissance d'une information sur un évènement susceptible de provoquer une hausse prochaine d'actions en bourse d'une société.

Certaines informations peuvent présenter un caractère stratégique considérable pour une entreprise. Pouvons-nous aller jusqu'à voir ces informations dans le cadre de la mission que nous exécutons ? Cette question nous dépasse, nous, techniciens.

Fabienne LAVAL (huissier intervenant dans la société)

Pour l'huissier de justice, selon moi la question ne se pose pas, puisqu'il est soumis à un secret professionnel strict. Même s'il est susceptible de voir des informations sensibles à l'occasion d'une mission, je dirais que cela relève de sa pratique quotidienne. L'obligation de secret doit être étendue à l'expert et à l'assistant de l'huissier de justice.

Frank VALENTIN (avocat du requérant)

Je partage ce point de vue. Le secret s'étend d'ailleurs ensuite aux conseils des parties, en particulier au conseil du requérant, qui, même s'il prend connaissance d'information périphériques au dossier de nature à faire pression sur le requis, doit absolument s'abstenir de faire quoi que ce soit. Il engagerait sa responsabilité. A titre personnel, je m'interdirais d'en faire part à mon client.

Dominique SALIBA (animateur)

Ma dernière série de questions porte sur les moyens. L'expert Roukine a indiqué qu'en raison de lourdeurs, il n'avait pas examiné tous les mots clefs figurant dans l'ordonnance. L'ordonnance doit-elle imposer des moyens ou seulement les autoriser ?

Michel ROUKINE (expert intervenant au domicile)

De mon point de vue, l'imposition stricte de moyens devrait être l'exception et pas la règle. Parfois, des moyens inappropriés ou tout simplement trop spécifiés sont impossibles à exécuter dans le cadre de la mission. Il serait donc souhaitable que l'imposition stricte de moyens reste exceptionnelle.

Jean-François REIGNIER (juge)

Je partage totalement votre point de vue sur le principe. Mais comme je l'ai constaté tout à l'heure, l'ampleur des mesures demandées nous incite à nous polariser sur les moyens, notamment les mots-clefs.

Dans un certain nombre de projets d'ordonnances, nous passons au-delà de l'objectif de l'article 145, qui consiste à établir et conserver la preuve. Avant de parler des moyens, l'ordonnance doit préciser que la mission de l'huissier consiste à rechercher des documents tendant à démontrer l'existence des faits allégués. A cet effet, l'ordonnance doit autoriser l'huissier à se faire assister par un expert informatique de son choix et à utiliser des mots-clefs. Cela devrait être l'articulation logique de l'ordonnance.

Louis-Marie ABSIL (avocat du requis)

En amont, l'ordonnance ne doit pas être ouverte et permettre une délégation de pouvoir total par le juge. En aval, l'huissier doit pouvoir exécuter sa mesure. Il s'agit donc d'un équilibre à préserver.

Jean-François REIGNIER (juge)

Le requérant doit donner au juge le temps et les moyens de réfléchir à la rédaction de la mission. Plutôt que de venir avec une ordonnance écrite, il devrait définir ses principales attentes. Le juge pourrait prendre le temps de rédiger une ordonnance en connaissance du dossier. Faute de temps, le juge peut être tenté d'ordonner une séquestration totale pour procéder à un tri ultérieur.

Louis-Marie ABSIL (avocat du requis)

Dans certaines juridictions, on voit en effet des magistrats consacrer plusieurs jours à la rédaction de l'ordonnance.

Jean-François REIGNIER (juge)

Je donne en tout cas l'instruction aux délégués de prendre tout le temps nécessaire à la réflexion.

Serge MIGAYRON (président de la CNEJITA)

La question des moyens est importante pour nous les experts. Il importe de différencier les objectifs fixés par la mission et les moyens dont les experts vont disposer. Il existe un intérêt à ce que la mission nous autorise à une large utilisation de moyens. En revanche, toute confusion entre les objectifs et les moyens devient rapidement une contrainte. Il importe donc de séparer les objectifs fondamentaux de la mission de la panoplie des moyens qu'elle nous autorise à utiliser, sous notre appréciation. Certaines ordonnances ont des effets trop contraignants. Des mots-clés trop permissifs ou inadaptés illustrent parfaitement ce qui m'apparaît comme une certaine dérive de l'ordonnance sur le terrain des moyens. J'exprime ici le souhait que la rédaction des requêtes et l'élaboration des ordonnances fassent l'objet d'une grande vigilance à ce sujet.

Dominique SALIBA (animateur)

Ma dernière question s'adresse à Maître Van Kemmel. Après avoir pris l'avis de votre expert, vous avez décidé de ne pas exécuter une partie de la mission. Quel est votre sentiment à cet égard ?

Stéphane VAN KEMMEL (huissier intervenant au domicile)

Je prédis un sentiment de mécontentement à venir de la part du requérant.

Nous sommes confrontés à des disques dont la capacité est de plus en plus importante, qui nous empêchent matériellement d'effectuer des recherches, car elles sont très longues ou très larges. Dans ce contexte, la pertinence des mots-clés est déterminante pour la bonne exécution de l'ordonnance. En général, les mots-clés sont trop nombreux ou trop généraux. Nous pouvons rencontrer des problèmes techniques de copie de disques, en raison d'ordinateurs trop vieux ou trop lents. Nous sommes également parfois confrontés à un problème de pertinence des mots-clés, notamment lorsque sont des morceaux d'autres mots. Pour résoudre de telles solutions techniques, la solution est de faire une copie du disque et de s'en constituer séquestre.

Bruce BONNAURE (expert intervenant dans la société)

Je mentionnerai simplement une mesure non présentée dans ce cas pratique, qui est celle de l'opération différée. Elle ralentit, certes, la procédure et s'avère parfois plus coûteuse. Néanmoins, elle constitue souvent La solution, en permettant de recourir à des moyens plus efficaces que ceux dont on dispose chez le requis.

III. Echanges avec les participants

Dominique SALIBA (animateur)

Je remercie les équipes étant intervenues dans l'entreprise, au domicile du requis, les deux avocats qui ont débattu avec vigueur au téléphone, et les huissiers qui ont eu à se colleter avec la situation du terrain.

Nous allons à présent ouvrir le débat avec la salle.

De la salle

Je m'interroge sur le rôle de la police. Je suis intervenu récemment en tant qu'expert dans une mission où l'huissier avait demandé l'assistance de la police, qui a participé de

manière très formelle, avec gilet par balle et revolver à la ceinture. Les opérations se déroulaient dans un univers potentiellement dangereux. La police a dirigé les opérations de A à Z, et non pas l'huissier.

En tant qu'expert, j'étais mal à l'aise.

Stéphane VAN KEMMEL (huissier)

La police mène en général une brève enquête avant l'opération. Il est ainsi possible que la présence de la police soit renforcée.

Frank VALENTIN (avocat)

Ce problème me semble devoir être réglé par l'avocat du requis s'il en a connaissance. Si le déroulement transparait dans le procès-verbal, il y aura matière à obtenir la nullité intégrale des opérations.

Vincent VIGNEAU (premier vice-président du Tribunal de Grande Instance de Nanterre)

Je souhaite intervenir brièvement sur les différents éléments abordés. L'ordonnance sur requête peut être comparée à une grenade dégoupillée. Elle peut en effet être très délicate, très instable, et vous exploser au visage. Il faut donc être particulièrement prudent. Dans la mesure où le juge ne statue pas de façon contradictoire, il doit être encore plus sourcilleux, et n'ordonner que ce qui est strictement nécessaire.

Je ferai cinq observations :

- *Sur les conditions de la requête*

La Cour de Cassation limite les cas d'ordonnance sur requête aux cas où les circonstances exigent que la mesure ne soit pas ordonnée contradictoirement. Il est assez fréquent que les requêtes ne précisent pas les circonstances exigeant que la mesure soit ordonnée contradictoirement.

Parmi les conditions figure également l'obligation de loyauté. La partie qui prend l'initiative de recourir à une ordonnance sur requête se soumet une obligation redoublée de loyauté. Le jeu habituel de l'avocat qui en demande la rétractation consiste à soutenir que l'on a caché au juge des éléments essentiels. J'ai récemment rétracté des ordonnances parce qu'on ne m'avait pas dit qu'un litige avait déjà eu lieu entre les deux parties qui s'était soldée par une décision de référé.

Le requérant doit démontrer la probabilité des faits allégués. Encore faut-il qu'il ne recoure pas à des moyens de preuve illégaux. Ainsi, j'ai rejeté ce matin une requête parce que le moyen de preuve qu'il m'alléguait résultait d'une violation d'une obligation de confidentialité.

- *Sur le contenu de la mission*

Vous savez que la Cour de Cassation rejette les mesures de constat trop générales.

Encore ce matin, j'ai relevé une requête demandant d'aller chercher un document dans les serveurs informatiques d'une filiale d'une grande société américaine. Il s'agit d'une mesure est trop générale que le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner. Le juge ne peut pas non plus déléguer le pouvoir de qualification juridique. Ainsi, un juge demandant à l'huissier de rechercher des éléments de nature à caractériser un acte de concurrence déloyale. Il s'agit là d'une délégation de pouvoir.

Jean-François REIGNIER (juge)

Il ne me semble pas avoir parlé de « caractériser », mais de rechercher des documents tendant à démontrer l'existence des faits de concurrence allégués.

Vincent VIGNEAU (juge)

Il faut rechercher des faits, mais non des faits susceptibles de caractériser un acte allégué. Car cela obligerait l'huissier de justice à faire cette recherche de qualification juridique. En tant que constatant, cette recherche ne lui appartient pas.

- *Sur les moyens*

S'agissant des moyens, la mesure de constat ne doit bien évidemment pas aboutir à une violation de la loi. Ainsi, j'ai déjà reçu des ordonnances demandant de constater les sources d'une agence de presse. Bien évidemment, cela porterait atteinte au secret des sources.

Nous nous trouvons face à des interventions de plus en plus complexes à concevoir sur le plan technique. En toute étape de l'instance, le juge a la faculté de recourir à toute mesure d'instruction qu'il juge nécessaire. Il peut notamment procéder à des consultations. Ainsi, il peut faire appel à un consultant en informatique pour l'assister dans la définition de la mission et des moyens permettant à l'huissier de procéder aux investigations prévues. Bien évidemment, ce consultant ne sera pas chargé de l'exécution de la mesure.

- *Sur l'exécution*

Dans l'étude de cas à laquelle nous venons d'assister, on peut se demander si l'huissier de justice a excédé ses pouvoirs en décidant un séquestre. Apparemment, il n'a pas été au-delà des pouvoirs qui lui ont été conférés. Peut-être n'a-t-il pas exercé tous les pouvoirs qui lui ont été conférés, ou à tout le moins peut-être a-t-il procédé à une inexécution partielle de l'ordonnance.

- *Sur les voies de recours*

La seconde ordonnance de l'étude de cas s'achève ainsi : « Disons que la présente ordonnance sera déposée au greffe du Tribunal et qu'il pourra nous en être référé en cas de difficultés, mais seulement après l'accomplissement des opérations ». Il me semble que cela constitue un excès de pouvoir du juge. Ce dernier n'a en effet pas le pouvoir de limiter les voies de recours contre ses propres décisions. Il s'agit également d'une atteinte au droit d'accès au juge, et une atteinte au droit au procès équitable, qui figure dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

De la salle

Je voudrais rebondir sur les propos de Monsieur Vigneau sur la question de l'article 497. Selon votre raisonnement, la clause de rétractation nous est opposée immédiatement par le requis et met fin à la procédure.

Vincent VIGNEAU (juge)

Non. La rétractation n'est pas une voie de recours suspensive. La demande en rétractation se fait en référé.

Jean-François REIGNIER (juge)

Le droit à la rétractation est en effet un droit absolu, qui ne supporte aucune restriction.

Serge MIGAYRON (président de la CNEJITA)

Avez-vous d'autres questions dans la salle sur les thèmes que nous avons évoqués lors de ce cas pratique ?

De la salle (même intervenante que précédemment)

Je souhaiterais faire part de problèmes que nous rencontrons en matière de rédaction des ordonnances. Aujourd'hui, de nombreux sièges sociaux se trouvent au domicile du requis. Cela pose des difficultés à appréhender au moment de l'arrivée sur place. Ainsi, une clause incluse dans le bail peut définir la localisation de la société dans l'appartement peut limiter l'intervention à cette localisation. Par ailleurs, des sociétés utilisent les moyens d'autres sociétés. Il en résulte que la recherche se fait sur des postes informatiques qui ne sont pas les postes des sociétés expressément visées dans l'ordonnance.

Il importe également de pouvoir poursuivre les opérations en tout autre lieu où se trouveraient les éléments recherchés. La problématique des domiciliations nous amène à poursuivre les opérations sur d'autres sites, y compris hors de nos compétences territoriales.

Serge MIGAYRON (président de la CNEJITA)

En effet, dans le cas de sociétés qui hébergent d'autres sociétés, nous pouvons être confrontés à des dilemmes dans le choix des postes sur lesquels intervenir.

De la salle (même intervenante)

In fine, nous sommes face au spectre de la mise en cause de notre responsabilité. Aujourd'hui, de manière quasi-systématique, nous sommes confrontés à un avocat qui se plaint d'une sur-exécution et un avocat qui nous reprochera une sous-exécution. Ces questions sont très subjectives.

Bruce BONNAURE (expert)

Les experts ont la chance de ne pas avoir de limite de compétence territoriale. Cela nous permet d'observer des pratiques très différentes selon les juridictions. De nombreuses ordonnances essaient de traiter ces situations en permettant à un huissier de pouvoir se faire assister d'un confrère, voire de pouvoir sortir de sa territorialité en se rendant dans le département voisin etc. La délocalisation des données est désormais une réalité. Il nous est arrivé de mener des opérations en ciblant un contexte, une mission, mais sur un ordinateur que nous ne maîtrisons pas. Aujourd'hui, une vraie réflexion est à mener sur la conduite à tenir lorsque les ordinateurs ne sont pas localisés au même endroit que les opérations. Sur le plan technique, il existe généralement des solutions. Une information non accessible immédiatement n'équivaut pas à une information perdue. Il est important de soulever ces questions sur le plan juridique.

Jean-François REIGNIER (délégué général aux référés et requêtes du Tribunal)

S'agissant du lieu d'exécution de la mission et de la compétence territoriale, un arrêt relativement récent de la Cour de Cassation a rappelé que l'huissier nommé au visa de l'article 145 intervenait comme constatant, et que sa compétence n'était pas limitée par sa compétence territoriale d'officier ministériel. Par ailleurs, les ordonnances précisent en général que l'huissier intervient comme mandataire de justice. Il peut intervenir sur le lieu du siège social mais également en tout lieu où seraient exploitées des données relatives à la mission, de manière non limitative.

Vincent VIGNEAU (juge)

Sur la question de la compétence territoriale, l'huissier est désigné à double titre. D'abord, il est désigné en qualité de constatant. A ce titre, il détient une compétence nationale, voire européenne.

Mais il peut aussi être désigné sur le fondement de l'ordonnance de 1945 portant statut des huissiers de justice. A ce titre, il bénéficie d'un certain nombre de privilèges constitutifs de la puissance publique. La Cour de Cassation considère en creux que rien n'empêche une désignation sur le double fondement. Mais il n'est nommé avec ses prérogatives de puissance publique que dans un ressort territorial donné.

Valérie SEDALLIAN (avocat)

Je souhaiterais savoir si vous avez déjà été confrontés à des ordinateurs dotés d'un accès biométrique. Si la personne refuse de coopérer, l'accès à l'ordinateur est impossible.

Fabienne LAVAL (huissier)

Si l'ordonnance le prévoit, une copie directe est possible sur le plan technique, sans avoir besoin d'ouvrir l'ordinateur, avec un examen ultérieur ou une mise sous séquestre.

Monsieur REBOUL (expert)

L'importance de la concertation entre les huissiers et les experts en amont de la mission a été montrée. En revanche, d'après ce que vous avez présenté, il n'est pas possible de se réunir avec (président)les avocats, car il n'est alors plus possible d'exécuter la mission.

Vincent VIGNEAU (juge)

Dans l'hypothèse où le juge souhaiterait bénéficier d'un éclairage technique pour rédiger l'ordonnance, il peut se faire assister d'un consultant. Mais ce dernier ne pourra bien sûr pas ensuite exécuter la mission.

Serge MIGAYRON (président de la CNEJITA)

La question de la séparation des rôles entre les acteurs pourrait faire l'objet d'un colloque à part entière. La CNEJITA est très attentive à une séparation des rôles. Il faut toutefois reconnaître que la frontière est ténue entre le conseil et la simple explication technique. Mais dès lors que l'on glisse sur le terrain du conseil, nos règles sont claires : nous ne pouvons pas être à la fois conseils et exécutants sur un même dossier. Un groupe de travail de la CNEJITA travaille sur ces questions.

Je dis aux experts d'être vigilants. La simple apparence d'une relation de conseil auprès du requérant peut constituer une situation problématique.

Un huissier

L'ordonnance sur requête a-t-elle la qualité de décision de justice ?

Jean-François REIGNIER (juge)

Bien sûr. Il s'agit d'une décision à caractère gracieux, unilatérale, qui effectivement a la possibilité de faire l'objet d'un recours. Le premier recours possible est l'appel. La voie de la rétractation vise à rétablir une procédure contradictoire.

De la salle

Les précédents échanges ont montré la proximité entre le droit de la preuve de l'article 145 et les procédures civiles d'exécution. Dans son exposé, Fabienne Laval a évoqué la solitude de l'huissier de justice. Je me demande pourquoi, lorsqu'un huissier s'interroge lors de sa mission de terrain, il n'utiliserait pas la possibilité offerte par la loi de 1991 en matière d'exécution, en saisissant le juge qui a rendu l'ordonnance.

Jean-François REIGNIER (juge)

Je partage totalement votre point de vue. Comme je l'ai dit tout à l'heure, l'huissier devrait à mon sens pouvoir se retourner vers le juge.

Fabienne LAVAL (huissier)

Cela pose une question pratique, car il se trouve sur le terrain.

Frank VALENTIN (avocat)

Non seulement l'huissier a la possibilité de le faire, mais l'avocat du requis également, en saisissant le magistrat sur le fondement des articles 493 et suivants du Code de procédure civile. En cas de vraie difficulté pendant les opérations, il est donc tout à fait possible de se retourner vers le magistrat.

En cas de difficulté émanant de l'avocat du requis, ce dernier a la possibilité de se manifester auprès du magistrat par voie de requête.

Louis-Marie ABSIL (avocat)

La saisine du juge par voie de requête n'est pas obligatoire puisque l'article 168, alinéa 2, du Code de procédure civile dispose qu'en cas de survenance d'une difficulté le juge, saisi sans forme, fixe la date à laquelle les parties et, s'il y a lieu le technicien, seront convoqués.

Synthèse et clôture du Colloque

Monsieur Serge MIGAYRON

Président de la CNEJITA

Avant de clore les travaux de ce colloque, je souhaiterais dire quelques mots sur quelques réflexions que m'a inspirées cette journée.

D'abord, nous avons traité un temps limité des opérations de constats, à savoir la période de temps comprise entre l'ordonnance et la rédaction du procès-verbal de l'huissier. Ainsi, nous n'avons pas parlé de la partie située en amont, à savoir la préparation de la mission, évoquée par la question de notre confrère Reboul. Une préparation rigoureuse de la mission en amont est nécessaire et s'imposera de plus en plus. En effet, dans une opération de constat, les ressources en temps et en moyens sont par nature limitées. Un travail de préparation, en amont, permettant d'optimiser et rendre efficace au mieux l'intervention sur le terrain est donc nécessaire.

Par ailleurs, nous avons peu parlé de l'exploitation du séquestre, qui est complexe. J'observe que les experts sont de plus en plus souvent sollicités, en aval, pour exploiter contradictoirement le contenu des séquestres. Il y a bien sûr une certaine contradiction à prétendre exploiter contradictoirement des données de nature confidentielle. Le contradictoire offre pourtant des moyens méthodologiques de le faire avec une bonne efficacité.

S'agissant des moyens, je réitérerai mon message. Les experts sont situés en bout de chaîne dans les opérations. Alors que les huissiers sont désignés nommément dans l'ordonnance, généralement, les experts ne le sont pas. Les ordonnances doivent nous aider, nous experts, dans la liberté et le choix des outils à utiliser, mais non nous contraindre en nous imposant inutilement des solutions qui peuvent s'avérer irréalisables ou simplement inadaptées. Il faut veiller à séparer clairement dans les ordonnances les objectifs fixés et les moyens autorisés pour la mission.

Enfin, comme l'a montré ce colloque, les questions soulevées par la pratique de ces missions sont très nombreuses car il s'agit de missions très peu codifiées, contrairement à l'expertise de justice qui elle est très bien encadrée par des règles. Ce colloque n'est donc qu'une étape dans un ensemble de réflexions et de travaux plus vaste et que nous poursuivrons avec le groupe de travail conduit par Bruce Bonnaure. Ces réflexions et travaux doivent être l'occasion d'échanges avec les différents acteurs concernés, magistrats, avocats, huissiers, experts. C'est ainsi que nos pratiques pourront être à la fois efficaces dans leur exécution et respectueuses des droits des requis.

Je remercie vivement les différents intervenants qui se sont succédés dans ce colloque, notamment ceux qui ont accepté de se prêter à l'exercice vivant de mise en situation de la table ronde, exercice qui a demandé un important travail de préparation.

Enfin, je remercie l'ensemble des participants, nombreux, à cette manifestation, en leur donnant rendez-vous aux prochains travaux que nous organiserons sur ces sujets qui nous passionnent tous.