

Intelligence économique, secret des affaires et formation des magistrats

Dans une société où la transparence est reine au point d'avoir incité la Cour de cassation à dédier son rapport annuel au titre de l'année 2010¹ au « droit de savoir », l'intelligence économique qui se nourrit des abondantes informations librement accessibles, peut apparaître comme se trouvant dans une situation très favorable. Il n'en va pas de même du secret des affaires qui se trouve souvent en péril, ce qui a incité Alain JUILLET, alors Haut responsable à l'intelligence économique à demander à l'auteur du présent article de présider un groupe de travail afin de réfléchir aux mesures qui pourraient être prises pour protéger celui-ci.

Il convient de rechercher quelles sont les sources du secret des affaires avant d'envisager lesdites mesures.

Les sources du secret des affaires

L'intelligence économique est née en France en 1994 à la suite de la publication du rapport Martre, dans lequel il est question non seulement de traitement de l'information mais de traitement légal de l'information, pour permettre aux acteurs économiques de saisir des opportunités ou détecter des menaces.

Rapport MARTRE - 1994

« L'ensemble coordonné des actions de recherche, de traitement, de distribution et d'exploitation de **l'information utile**, par les acteurs économiques. Toutes ces actions sont menées **légalement** dans les meilleures conditions de qualité, de délai et de coût. L'entreprise doit mettre au service de cette capacité nouvelle tous les moyens dont elle dispose pour saisir des opportunités ou détecter des menaces ».

Dix ans plus tard, Bernard Besson et Jean-Claude Possin, ont introduit les dimensions d'éthique et de déontologie dans la définition de l'intelligence économique.

Bernard BESSON et Jean-Claude POSSIN - 2004

« Un système collectif d'acquisition, de production et de transformation de l'information en connaissances utiles. Ce système vise à l'amélioration du processus décisionnel, à l'exercice de l'influence, à la détection des opportunités, à la prévention des menaces et des risques, à la protection et à l'enrichissement du patrimoine, au développement de la performance, au maintien et au redressement de l'image, à la création de valeurs, à la sécurité et à la sûreté. Offensif et défensif ce système implique un projet, une stratégie, une **éthique**, une **déontologie**, une culture de l'anticipation, un partage des connaissances et la maîtrise des fonctions individuelles et collectives de mémoire, de réseaux et d'analyse de l'information. »

Pour bien comprendre ce que recouvre l'intelligence économique, il est donc important de ne pas perdre de vue qu'elle se différencie à la fois du « renseignement », activité légale de recherche menée par les services de l'Etat, et de l'espionnage, face illégale du renseignement.

En effet, le système d'intelligence économique doit utiliser des informations primaires (technologiques, financières, scientifiques, juridiques, etc.) accessibles à tous et obtenues dans des sources ouvertes afin de permettre aux entreprises d'être dans une concurrence loyale. Cette vision panoramique des réalités doit faire acquérir à l'entreprise les savoirs et le savoir-faire indispensables à son essor économique.

¹ Le rapport est disponible à la Documentation française et accessible sur le site internet de la Cour de cassation Claude MATHON, Avocat général à la Cour de cassation - ENA « L'intelligence économique adulte » - octobre 2011

Cette action d'intelligence économique, respectueuse de ces règles, peut être mise en œuvre par tous les partenaires et plus particulièrement par les chefs d'entreprise et les cabinets d'intelligence économique (souvent utilisés par les entreprises pour obtenir des renseignements).

Les informations qui concernent les concurrents ou qui sont relatives à une situation plus générale peuvent se classer en deux catégories :

- l'information « blanche » (il est communément admis qu'elle constitue 85 à 90 % environ du montant total des informations utiles), qui émane de l'analyse des sources ouvertes accessibles à tous. Il s'en déduit que non seulement, il n'y a pas d'antagonisme entre l'intelligence économique et la transparence mais que la première se nourrit de la seconde.
- l'information « noire » (qui constitue donc environ 10 à 15 % des informations utiles), dont l'obtention nécessite une action illégale.

Certaines entreprises, confrontées à des situations de crise, utilisent la corruption pour obtenir ces informations. Intelligence économique et corruption sont intimement liées, ainsi que le démontre le rapport publié en 2003² par le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) que je dirigeais alors.

Ces informations « noires » sont détenues par certains services administratifs ou par certaines sociétés concurrentes. Il n'est d'ailleurs pas rare que, sous couvert d'intelligence économique, des officines se livrent à des manipulations en utilisant ces informations.

Quels que soient les avantages de la transparence, il n'est pas contestable que l'entreprise doit protéger son patrimoine, son savoir-faire, ses secrets (de fabrication...). Il est donc indispensable de protéger les intérêts privés de l'entreprise. Il y va également de la protection de l'intérêt général économique.

Il y a plusieurs façons de capter les secrets des entreprises : la corruption, bien évidemment comme il a déjà été dit, mais aussi la captation financière (prises de participation - fonds d'investissement), la captation légale (publication des comptes au greffe du tribunal de commerce par exemple), la captation judiciaire.

C'est celle-ci qui retiendra plus particulièrement l'attention ici. En effet, outre divers événements qui peuvent favoriser la fuite des secrets d'une entreprise (publicité des audiences - perquisitions, par exemple de disques durs et de messageries, notamment dans le cadre d'affaires relatives au droit de la concurrence...), les impératifs du caractère contradictoire du procès permettent d'avoir accès au dossier ou à certaines informations. Il en va ainsi :

- de la constitution de partie civile, l'issue de la procédure devenant indifférente à partir du moment où l'on a pu prendre connaissance de certains documents. Certes des sanctions sont prévues pour sanctionner les procédures abusives mais elles interviennent toujours et inévitablement trop tardivement ;
- des actions in futurum prévues par l'article 245 du code de procédure civile qui permettent préventivement de se constituer des preuves dans la perspective d'un futur procès que l'on n'intentera finalement pas.

Les magistrats doivent donc faire preuve d'une vigilance particulière pour ne pas se faire les complices involontaires de pratiques de captation des secrets d'une entreprise concurrente, ce qui impose également de prendre des mesures adaptées de défense du secret des affaires.

² Egalement disponible à la Documentation française et sur le site internet du ministère de la Justice
Claude MATHON, Avocat général à la Cour de cassation - ENA « L'intelligence économique adulte » -
octobre 2011

Extraits de la lettre de mission d'Alain JUILLET ayant conduit à l'élaboration du rapport susvisé :

« Protéger les entreprises françaises vulnérables face aux attaques déloyales de prédateurs économiques et financiers, constitue un impératif de défense des intérêts de la nation et une préoccupation permanente des pouvoirs publics.

Pour réaliser cet objectif, il convient de contribuer à restaurer l'équité, - sinon une certaine moralité -, dans les pratiques commerciales en vigueur, gage d'une expansion optimale des échanges économiques, dans le cadre d'un nouveau climat de confiance juridique sécurisé.

La recherche d'une meilleure protection du secret des affaires de l'entreprise s'inscrit dans cette stratégie de politique publique et y tient une place centrale, par la mise en œuvre de mesures conservatoires liées à l'intelligence économique ».

En dehors des domaines de la défense et de la sécurité - où les règles du secret et leur application ne posent pas de difficulté excessive -, la France, contrairement à d'autres pays, manque de moyens juridiques pour protéger le secret des affaires dans les entreprises publiques ou privées.

Or, ainsi que l'illustrent certains cas récents, la violation d'un secret d'entreprise ou la divulgation de procédés de fabrication et de formules confidentielles a des incidences préjudiciables irrémédiables : perte d'un contrat à l'international, prise de contrôle inamicale d'une entreprise française, mise en œuvre d'une stratégie de destruction d'une entreprise concurrente, etc.... Les conséquences qui en résultent s'apprécient généralement en termes de pertes d'emplois, de parts de marchés, d'actifs financiers, et en définitive, de croissance.

Définir le secret des affaires ?

Curieusement, alors que les juridictions françaises et européennes s'y réfèrent souvent, le secret des affaires est une notion « littéraire » puisqu'il n'est pas défini juridiquement. En effet, en raison du fait que celui-ci est différent d'une entreprise à l'autre, il est quasiment impossible de l'insérer dans un carcan juridique. On dispose donc de définitions « littéraires » telles que celle du Cohen Act américain de 1996, ou celle du Ministère de l'économie et des finances : ce sont les informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à son chiffre d'affaires, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à ses coûts, à ses prix, à ses parts de marchés, ainsi que toute autre donnée sensible. C'est l'ensemble du patrimoine immatériel de l'entreprise.

Comment normaliser le secret des affaires ?

Une réforme du code de procédure civile est nécessaire, de façon à introduire une procédure semblable à celle qui a été mise en œuvre par le tribunal de première instance de l'Union européenne à LUXEMBOURG (test HILTI). On retrouve cette procédure en France dans celle qui est applicable devant l'Autorité de la concurrence. Aux termes de l'article L 463-4 du code de commerce, « *Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles.*

Un décret en Conseil d'Etat³ précise les modalités d'application du présent article. »

Il suffirait de transposer les textes dont bénéficie l'Autorité de la concurrence dans le code de procédure civile. Mais les exigences des droits de la défense et du débat contradictoire n'ont pas encore permis de réaliser cette opération pourtant simple, ce qui aboutit à une anomalie, les procédures qui émanent de l'Autorité de la concurrence ne bénéficiant plus de protection lorsqu'elles sont déférées à la Cour d'appel de PARIS !

Au pénal, la tendance législative est de créer une infraction spécifique de violation du secret des affaires, notamment dans un projet de loi récent qui s'est heurté à l'avis négatif du Conseil d'Etat. Bien que cet avis ne soit pas public, il s'explique à l'évidence par le fait qu'il est impossible de créer une infraction spécifique puisqu'il n'y a pas de définition juridique de ce secret. De plus, on ne peut créer une infraction dans laquelle la victime aurait seule la maîtrise de l'un de ses éléments constitutifs, dans la mesure où c'est à elle qu'il reviendrait d'attribuer ou non le « label » secret à telle ou telle information. Cela serait contraire au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines et le Conseil Constitutionnel, si le Conseil d'Etat par extraordinaire finissait pas laisser passer le texte, déclarerait inévitablement celui-ci contraire à la Constitution à l'exemple de ce qu'il a décidé concernant la loi dite LOPPSI 2 du 14 mars 2011 : « *Le principe de la légalité des délits et des peines impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (Décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011).

Le délégué interministériel à l'intelligence économique, qui est à l'origine du projet de loi, a suggéré de créer un secret « confidentiel entreprise », à l'image du « secret défense », en apposant un tampon « confidentiel entreprise » sur les documents que l'entreprise estimerait devoir protéger, ce qui constituerait le support de la nouvelle infraction pénale. C'est une idée médiatiquement intéressante mais juridiquement irréaliste car ce tampon serait utilisé à tort et à travers. Bernard CARAYON, député et auteur en 2003 d'un remarquable rapport sur l'intelligence économique, a déposé une proposition de loi semblable qui n'a pas abouti, semble-t-il pour les mêmes raisons. En tout état de cause, les magistrats n'utiliseraient pas cette infraction, apparemment difficile à mettre en œuvre, car d'autres textes du code pénal peuvent tout aussi bien réprimer la violation du secret des entreprises. On peut citer par exemple, le jugement rendu le 21 juin 2010 par le tribunal correctionnel de CLERMONT FERRAND dans une affaire dont avait été victime l'entreprise Michelin, qui a eu recours à la qualification d'abus de confiance.

L'adaptation juridique est déjà commencée.

Par ailleurs, la Cour de cassation et sa chambre criminelle ont de l'imagination pour faire évoluer leur jurisprudence et l'adapter aux nouvelles technologies, sans qu'il soit besoin de modifier les textes. On peut citer par exemple : le vol qui, alors qu'il suppose l'appropriation d'une chose matérielle, permet de réprimer le « détournement » de fichiers informatiques en considérant qu'il porte sur une partie du disque dur de l'ordinateur, élément matériel. La Cour avait, il y a déjà longtemps, inventé les vols de documents photocopiés en utilisant des articles du code pénal déjà existants. Quand il y a des violences par SMS, le juge applique tout simplement les dispositions de la loi sur les violences téléphoniques... Et ainsi de suite...

Bref, l'arsenal juridique pénal est largement suffisant pour que l'on évite de créer une nouvelle infraction, selon une habitude bien française, ainsi qu'un secret « confidentiel entreprise » au moment où le « secret défense » dont il s'inspire, est contesté malgré l'encadrement strict dont il est l'objet (procédures de classification et de déclassification, d'habilitation...).

³ Décret n°2009-142 du 10 février 2009

Une nécessaire formation des magistrats

En l'état des textes actuels, la protection du secret des affaires serait renforcée si les magistrats recevaient une formation adaptée.

C'est ce qu'a entrepris l'Ecole Nationale de la Magistrature, à l'initiative de l'auteur du présent article et grâce à la sensibilité de son directeur vis-à-vis de ces problématiques, que ce soit au stade de la formation initiale des auditeurs de Justice à l'occasion de leur scolarité à BORDEAUX (il s'agit alors plutôt d'un éveil à l'intelligence économique) ou au stade de la formation continue obligatoire des magistrats. Plusieurs spécialistes reconnus de l'intelligence économique interviennent désormais à l'Ecole Nationale de la Magistrature. On citera notamment Claude REVEL, le préfet honoraire Rémy PAUTRAT Alain JUILLET, Bernard BESSON, Bertrand WARUSFEL et Philippe CLERC (qui fut le rapporteur général du groupe présidé par Henri MARTRE)

Ainsi, le magistrat sensibilisé à l'intelligence économique est une espèce en voie d'apparition, ce qui devrait permettre d'appréhender les procédures civiles ou pénales sensibles dans de meilleures conditions de sécurité, en attendant l'adoption des réformes dont le caractère indispensable est chaque jour plus affirmé.

L'intelligence économique doit également devenir adulte dans la Justice !