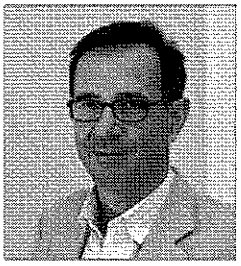

© DR
Thibault du Manoir de Juaye

Thibault du Manoir de Juaye / Avocat à la cour, rédacteur en chef de *Regards sur l'IE*

À propos de l'importance de l'intelligence économique dans la société de l'immatériel

La question fondamentale dans l'économie de l'immatériel est la suivante : ce qui n'est pas protégé ou ce qui n'est pas protégeable a-t-il de la valeur ?

« À propos de la protection du patrimoine informationnel, on peut se demander si les mécanismes classiques de protection de la propriété intellectuelle sont adaptés à l'économie de l'immatériel. »

L'intelligence économique a connu ses lettres de noblesse en France en 1994, avant de subir un certain déclin, pour plusieurs raisons, et puis, comme le phénix, elle est renée de ses cendres, en 2003. Il faut savoir tout d'abord qu'il y a pratiquement autant de définitions de l'intelligence économique que de praticiens. Le député Bernard Carayon, qui a fait un excellent rapport sur le sujet en 2003, a voulu commencer par le définir. Et au bout de 30 ou 50 définitions, il s'est arrêté, épuisé, car chaque fois qu'il rencontrait quelqu'un, on lui proposait une approche nouvelle.

> Déclin des mécanismes de protection

Pour ma part, mes définitions valent ce qu'elles valent. Elles tournent toujours autour de la notion dématérialisée d'information, qui est le sujet de la conférence d'aujourd'hui. Concrètement, on peut définir l'intelligence économique en trois problématiques :

• La première concerne la notion de protection du patrimoine informationnel, qui est le seul point que j'aborderai ici.

• La deuxième traite de la recherche d'information. Et notamment la question de savoir si n'importe qui peut rechercher de l'information sur autrui, qui peut être une personne morale ou une personne physique. Est-ce que ces chercheurs d'information doivent être soumis à un régime spécial ? Une loi, très maladroite dans sa rédaction, a été publiée en 2003 sur le sujet. On se demande même, à sa lecture, si une personne qui fait une enquête terrain pour la Sofres ou qui est bibliothécaire ne devrait pas être agréée par la préfecture…

• La troisième concerne les problèmes d'influence et de désinformation, car l'information peut être souvent retournée. Par exemple, il y a environ dix-huit mois, il y a eu une campagne dans les journaux financiers sur le thème « Ces entreprises qui sont dirigées par des vieillards ». Les dirigeants d'entreprise qui avaient plus de 70-75 ans étaient visés, on entendait : « Il faut qu'ils passent la main, ils ne savent plus gouverner, ils ne sont plus à la mode, etc. » Et puis, 15 jours après cette campagne, on a pu lire : « Tel laboratoire pharmaceutique est dirigé par M. Untel, 80 ans. » La difficulté avec l'économie de l'immatériel est que vous avez deux informations parfaitement véridiques, mais qui, mises bout à bout, aboutissent à un raisonnement négatif, qui en l'occurrence a déstabilisé l'entreprise en question.

Pour revenir à la protection du patrimoine, on peut se demander si les mécanismes classiques de protection de la propriété intellectuelle sont adaptés à l'économie de l'immatériel.

Traditionnellement on considère que le brevet donne un droit privatif, pour récompenser et inciter à la créativité. Or le système semble battu en brèche dans plusieurs cas. Avec l'économie de l'immatériel se sont créés de multiples services de libre circulation, du type Wikipedia. En termes d'incitation à la création, l'approche est très nouvelle, puisque le moteur de la créativité n'est plus la protection, mais son partage. Et je pourrais citer de nombreux exemples du même type.

Un second problème concerne l'articulation de la protection avec le droit de la concurrence. L'économie de libre circulation des marchandises n'est-elle pas freinée par la propriété intellectuelle ? Regardez les différends de Microsoft avec la Commission européenne. Il y a aussi un aspect éthique, par exemple, dans le cas des médicaments contre le sida. Certains pays d'Amérique du Sud ont ouvertement déclaré contrefaire des médicaments qui permettent de sauver des vies humaines.

> Valoriser le patrimoine informationnel

Les démarches d'intelligence économique peuvent permettre de mieux appréhender ce problème de protection et donc de valorisation de l'immatériel.

Je vous propose donc d'aborder deux thèmes : celui du potentiel scientifique et économique de la France ; celui du secret des affaires.

Tout d'abord, le potentiel scientifique et économique de la France. Plusieurs textes, relativement récents – ils ont tous moins de cinq ans –, correspondent à l'effort de la France d'adapter sa législation à l'économie de l'information et de l'immatériel. Prenons les textes sur l'espionnage, articles 411-6 et 410-1 du code pénal.

Ce dernier article définit les intérêts fondamentaux de la nation. On y évoque des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel. On voit qu'une nouvelle notion d'économie de l'immatériel commence à apparaître, mais que celle-ci est déconnectée de tout ce que l'on connaît en matière de propriété intellectuelle. Cette notion de potentiel scientifique de la France est citée dans de nombreux autres textes *[voir encadré]*.

Vous avez ce qu'on appelle les « interceptions de sécurité », c'est-à-dire la possibilité de procéder soit à des écoutes téléphoniques, soit des contrôles d'e-mails, sans autorisation judiciaire pour des raisons de sécurité. Ainsi, il est possible d'« écouter » pour protéger les éléments du patrimoine scientifique. Puis, plus récemment, il y

> Références

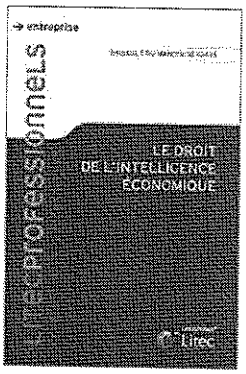
Textes relatifs à la protection du patrimoine économique et scientifique de la France

Code pénal, article 411-6
(Ordonnance n° 2000-916 du 22/09/2000, en vigueur le 1er janvier 2002)
« Le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende. »

Code pénal, article 410-1
« Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel. »

Loi du 10 juillet 1991, modifiée le 9 juillet 2004, article 125
« Peuvent être autorisées, à titre exceptionnel, dans les conditions prévues par l'article 4, les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques ayant pour objet [...] la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France [...]. »

L'article 3 du code des marchés publics
Entré en vigueur au 1er septembre 2006, cet article prévoit que ne sont pas soumis aux dispositions dudit code plusieurs types de contrats.
« Cette disposition permet de passer sans publicité ni mise en concurrence des marchés qui sont déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité. Tel est notamment le cas de certaines prestations acquises en vue de prévenir des actions terroristes ou bioterroristes, et plus généralement de fournisseurs qui du fait de leurs prestations accèdent à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'État et de son potentiel scientifique et économique. »



Le Droit de l'intelligence économique,
de Th. du Manoir de Juaye, éditions Litec-JurisClasseur
L'objectif de cet ouvrage est de faire connaître les nombreuses règles de droit qui s'appliquent à la collecte de l'information par tous les moyens légaux avec en ligne de mire les limites à ne pas dépasser.

Parution : 25 mai 2007,
262 pages,
prix : 42 euros,
ISBN10 : 2-7110-0662-2

a moins d'un an, le code des marchés publics a prévu que l'on peut déroger aux règles sacro-saintes du marché public si l'appel d'offres porte atteinte au potentiel scientifique et économique de la France.
On voit que l'immatériel surgit, mais le juriste que je suis est dans une énorme perplexité, car enfin : qu'est-ce que le potentiel scientifique et économique de la France ? Et comment peut-on appliquer ces textes ?

> De la valeur du secret

J'en arrive à mon second point sur la protection du patrimoine immatériel : celui du secret des affaires.
Il faut prendre la notion de secret des affaires dans son acception la plus large possible, c'est-à-dire de droit de divulguer et d'organiser la diffusion d'une information gardée jusque-là secrète.
Prenons un premier exemple : comment protéger une information en partant du principe qu'elle n'est pas protégeable par les modes de protection que l'on connaît déjà ? Par exemple, je note sur mon agenda que je pars en Ouzbékistan ou ailleurs. À mon grand regret, cette information n'intéresse pas grand monde. Mais si cette information figure sur l'agenda du P-DG de Saint-Gobain, de Total ou de France Télécom, elle devient éminemment stratégique.
Donc, comment protéger une information dont la valeur varie en fonction d'un contexte subjectif ? La loi doit être objective, mais en ce qui concerne l'information, et c'est le propre de l'économie de l'immatériel, dans telle entreprise elle ne vaudra rien et dans telle autre elle aura beaucoup de valeur.
Deuxième exemple. Prenons un fichier clientèle : dans certaines entreprises, il aura une valeur extrêmement importante, en revanche si je travaille dans le nucléaire en France, les clients sont connus : Areva, EDF... Mon fichier est bouclé et n'a pas de valeur. Toute la difficulté en termes de valorisation est donc de savoir ce que l'on doit protéger.
Les Américains ont réfléchi à cette question bien avant nous. Une loi a été adoptée en 1996, l'Economic Espionage Act, que l'on appelle aussi le « Cohen Act ». Pragmatiques, ils ont estimé que du moment où l'entreprise investit pour protéger son information, celle-ci a de la valeur.
Les Américains ont donc adopté cette loi qui était censée protéger les entreprises américaines contre les prédateurs étrangers, notamment contre le vol d'informations. Et maintenant, dix ans après, quel bilan ?
Le bilan est déconcertant, car en fait, ce sont surtout les entreprises américaines qui ont utilisé ces dispositions pour s'attaquer entre elles. En réalité, peu d'entreprises étrangères ont été poursuivies à ce titre.

Et la France dans tout cela ? Une proposition de loi similaire, pour protéger les informations économiques, a été déposée par Bernard Carayon en 2004. Elle fonctionne selon le même principe que la loi américaine : si l'entreprise investit, elle a droit à des sanctions pénales si des informations protégées sont divulguées. Avec cependant quelque modération : bien évidemment, sont exclues de la protection les informations qui sont déjà dans le domaine public. Il y a aussi la nécessité de consulter le comité d'entreprise sur la mise en place des systèmes de protection. L'idée généreuse étant d'associer les forces vives de l'entreprise au système de protection. D'autres textes sur le droit du travail imposent également de consulter les représentants du personnel. Le législateur a donc voulu éviter une contradiction des lois.
En conclusion, je pense que c'est en répondant à la question préalable – comment protège-t-on une information ? – que l'on saura comment la valoriser. Ce qui donnera lieu, peut-être, à des investissements substantiels dans les entreprises par des fonds d'investissement. ≪

Pierre Breesé : Merci de cette présentation complémentaire au droit de la propriété industrielle, avec un certain paradoxe propre à la société de l'information. Où il apparaît, finalement, que la meilleure façon de valoriser une information, c'est de la conserver secrète.