



# Défis n°3

L'Intelligence stratégique au service de la compétitivité

## ENTRETIEN AVEC

**Floran VADILLO**

Collaborateur du  
Président de la  
commission des Lois



## EXPLORER

**LE SECRET DES AFFAIRES:  
vers une concurrence loyale**

**Général de corps  
d'armée Bertrand  
SOUBELET**

Directeur des opérations et  
de l'emploi à la DGGN



**Corinne  
CHAMPAGNER KATZ**

Avocat au Barreau de Paris



**Claude MATHON**

Avocat général à la Cour  
de cassation, Président de  
l'ACSE



Abonnez-vous



[www.inhesj.fr](http://www.inhesj.fr)

n°3 - 2014

**ÉDITORIAL** ..... 3

Cyrille SCHOTT, Préfet de région, Directeur de l'INHESJ

**EXPLORER** ..... 4**LE SECRET DES AFFAIRES :  
VERS UNE CONCURRENCE LOYALE****INTRODUCTION** ..... 5Éric DELBECQUE,  
Chef du département Sécurité économique de l'INHESJ**PANORAMA** ..... 6

Claude REVEL, Déléguée interministerielle à l'intelligence économique

Corinne CHAMPAGNER KATZ, Avocat au Barreau de Paris, CCK Avocats Associés et Alain JUILLET, Président du CDSE

**LES ATTEINTES ÉCONOMIQUES À L'ENTREPRISE :  
QUELS ENJEUX ?** ..... 10

Joël FERRY, consultant en cyber sécurité, Gendarmerie Nationale - Réserve opérationnelle

Joëlle SIMON, Docteur d'Etat en Droit, Directrice des affaires juridiques - MEDEF

Lucien DEVEAUX, Président du Groupe DEVEAUX

Jean Luc MOREAU, Directeur Sûreté des produits du groupe NOVARTIS

**LA PROTECTION ET LA DÉFENSE DES ACTIFS DE  
L'ENTREPRISE : ACTEURS ET OUTILS** ..... 20

Christophe BERTHELIN, Chef d'escadron de la Gendarmerie nationale, Bureau des affaires criminelles, section information

Didier DOUILLY, Major de la Gendarmerie nationale, Bureau des affaires criminelles - Délinquance financière-cybercriminalité-contrefaçon

François-Xavier KELIDJIAN, Avocat associé chez BEA Avocats au Barreau de Paris

Claudia GHICA-LEMARCHAND, Professeur des universités à la faculté de Rennes 1

Charlotte GALICHET, Avocat à la cour, CCK Avocats Associés

**RÉPRESSION ET RÉPARATION** ..... 40

Muriel CHAGNY, Professeur de droit à l'université de Saint-Quentin-en-Yvelines

Irène LUC, Conseiller à la Cour d'appel de PARIS

Pierre BERLIOZ, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, Directeur du centre d'études juridique de l'efficacité des systèmes continentaux

Romain STIFFEL, Chef du pôle opérationnel de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC)

Patrick CARRALE, Professeur de Droit, ancien Président de la Chambre de Droit de la Concurrence et de la Propriété Intellectuelle au sein du Tribunal de Commerce de Paris

**LE SECRET DES AFFAIRES : QUELLES PERSPECTIVES ?** 55

Béatrice CHARLIER-BONATTI, Présidente de la 15ème Chambre du Tribunal de Commerce de Paris

Claude MATHON, Avocat général à la Cour de cassation, Président de l'ACSE

**SYNTHÈSE ET CLÔTURE** ..... 64

Général d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD, Directeur du centre de recherche de l'EONG, Fondateur du Forum International de la Cybersécurité (FIC)

Général de corps d'armée Bertrand SOUBELET, Directeur des opérations et de l'emploi à la DGGN

**ENTRETIEN AVEC...** ..... 68

FLORAN VADILLO, Collaborateur du Président de la commission des Lois

**ENJEU : VERS UNE GESTION ANTICIPATIVE DU RISQUE** .... 69

Jean-Luc MOREAU, Directeur Sûreté des produits du groupe NOVARTIS

**L'ÉGIDE ET LA PLUME** ..... 71

Focus

Actualité éditoriale

Les Fondamentaux

**ACTUALITÉS DU DÉPARTEMENT** ..... 83

Vient de Paraître

Évènements

Interventions

Dans les Médias

L'ÉQUIPE DE *Défis*

## INHESJ - Département Sécurité économique

**DIRECTEUR  
DE LA  
PUBLICATION**  
Cyrille  
SCHOTT**DIRECTEUR DE  
LA RÉDACTION**  
Eric  
DELBECQUE**RÉDACTRICE  
EN CHEF**  
Diane  
DE LAUBADÈRE**RÉDACTRICE  
EN CHEF  
ADJOINTE**  
Angélique  
LE MAZOU**RESPONSABLE  
DE RUBRIQUE**  
Lucille  
COURTOIS**RESPONSABLE  
DE RUBRIQUE**  
Isabel  
LEAL REY**CONTACT :**  
diane.delaubadere@inhesj.com  
defis@inhesj.com**SITE INTERNET DE L'INHESJ :**  
www.inhesj.fr**ISSN : 2265-4577****CONCEPTION GRAPHIQUE :**  
Marine OSTAPOWICZ

© INHESJ – JUILLET 2014



**Cyrille SCHOTT**

Directeur de l'INHESJ



Sous la conduite de Jean-Jacques Urvoas, le secret des affaires fait l'objet d'un intense travail parlementaire. L'intérêt de nos entreprises l'a rendu éminemment nécessaire.

Cette question juridique – spécialement technique – s'inscrit dans le thème plus large de la sûreté des organisations. Elle manifeste également l'urgence, au sein des firmes, du travail en synergie entre les différentes directions. La fonction juridique, en particulier, doit désormais oeuvrer en pleine coopération avec celles de la sécurité et de la R&D (pour ne citer que les deux plus évidentes au regard de la thématique du secret des affaires).

Ce sujet renvoie aussi à la nécessité d'un dialogue approfondi entre l'institution judiciaire, les services de sécurité et les acteurs industriels. C'est la conclusion à laquelle parvient l'ensemble des intervenants du colloque « L'économie réelle face à la déloyauté des affaires », tenu le 27 septembre 2013 au Tribunal de Commerce de Paris, avec la Direction Générale de la Gendarmerie Nationale et l'Association Territoires & Création : la rubrique « explorer » du présent numéro de *DéfIS* en synthétise les travaux.

Cet événement fort de la montée en puissance des questions de droit dans l'intelligence économique, orchestré par Maître Corinne Champagner-Katz, a cristallisé des réflexions, que nous voyons ainsi agrégées, afin de nous inciter collectivement à l'action commune publique/privée.

Le département Sécurité économique de l'INHESJ travaillait déjà sur ces questions, à travers ses études et programmes de formation. Il ne manquera pas de continuer dans cette voie. ”

# LE SECRET DES AFFAIRES : vers une concurrence loyale

Dossier coordonné par  
*Angélique LAFONT*, Adjointe au chef du département Sécurité  
économique de l'INHESJ  
et *Audrey KATZ*, Chargée de la communication et des relations  
médias, chef de projet pour l'association Territoires & Création



**Éric DELBECQUE**

Directeur de la rédaction de *DéfIS* - Chef du département Sécurité économique de l'INHESJ

## Le secret, gardien de la création

Le secret des affaires apparaît trop souvent comme une sorte de périmètre réservé aux juristes, et par conséquent comme un sujet peu ou prou ésotérique pour le commun des mortels. Il faut impérativement sortir de ce cliché. C'est un domaine certes technique mais l'on peut toutefois explorer les enjeux plus généraux et donc stratégiques qu'il contient : ceux de l'économie de la connaissance, de l'innovation et de la puissance. C'est de ce vaste horizon dont l'ensemble des rubriques du présent numéro de *DéfIS* souhaiterait proposer quelques perspectives, constituant autant de grilles de lectures possibles et utiles<sup>1</sup>.

On sait depuis longtemps que l'information c'est le pouvoir. Aujourd'hui, un pas supplémentaire doit être franchi. L'information est aussi la source de la richesse, c'est-à-dire de la compétitivité et de l'emploi. Sous réserve bien évidemment de définir correctement l'information. Autant dire qu'il importe de ne pas la confondre avec les données brutes ou le reflet souvent biaisé que nous en donnent les médias et les degrés les plus élémentaires de la cybersphère. Pour cette raison, il convient sans aucun doute de lui préférer le terme de connaissance. Lequel s'oppose le plus souvent à cette société de l'information dans laquelle nous nous noyons puisqu'elle produit une overdose informationnelle (solidaire d'un phénomène de dépendance) menant à « l'infobésité ». Cette dernière s'affirme ennemie par nature de la sélection et du travail d'analyse et d'interprétation qui mène seul à la réflexion stratégique et à la décision productrice d'effets opérationnels profonds.

**[ On sait depuis longtemps que l'information c'est le pouvoir. ]**

Ce cadre de compréhension permet de manière exclusive d'engendrer la dynamique de l'innovation, de produire de la valeur ajoutée et de ne pas tomber sous les coups de la « destruction créatrice » chère à Schumpeter. Dès lors, le secret des affaires devient un instrument concret de la compétitivité des organisations et des nations, et plus simplement un élément technique du droit des affaires réservé aux initiés et intuitivement vécu par les salariés et les citoyens comme un arsenal anti-concurrence fabriquant du monopole, ou comme une entrave à la mondialisation et à l'enrichissement des pays les

plus démunis et de leurs jeunes entreprises.

Il ne vise pas à empêcher la circulation des connaissances qui féconde l'économie et favorise la construction des réseaux d'intelligence collective mais à organiser la protection de l'intérêt des personnes physiques et morales générant de la créativité et souhaitant légitimement en retirer un profit. Tout en favorisant de manière quasi systématique la transmission de cette dynamique de découverte au sein d'alliances et de regroupements d'acteurs librement consentis, c'est-à-dire construits. Ne pas accepter ce cycle d'émergence et de dispersion de l'innovation revient à refuser les mécanismes industriels, commerciaux et financiers les plus simples et à renoncer au modèle capitaliste et libéral traditionnel.

De surcroît, l'homo economicus crée pour s'enrichir : le refuser implique de consentir à la paupérisation des nations et de toute collectivité humaine. La négation de cette réalité anthropologique fonda le monde soviétique : chacun put en observer les résultats.

Par ailleurs, la lucidité la moins abstraite constate que ce sont les acteurs prospérant sur le rejet des règles coopératives (donc sur la revendication de la concurrence déloyale et l'inscription dans des dynamiques de contrefaçon) qui contreviennent aux règles de la préservation des secrets d'affaires ou font fi du droit de la propriété intellectuelle.

Au premier rang de ceux-ci on trouve des organisations criminelles et des entrepreneurs « pirates » qui n'entendent pas favoriser le transfert vertueux de technologies ou réduire des poches de pauvreté mais bien s'approprier de manière totalement illicite et égoïste le travail d'autrui.

Militer pour un renforcement intelligent et collectivement bénéfique du secret des affaires ne signifie donc pas favoriser la richesse des uns au détriment des plus faibles mais consolider un échiquier du droit seul capable d'apaiser la jungle de l'hypercompétition pour nous laisser entrevoir les horizons de la paix économique. ■

(1) La rubrique « Explorer » reprend les actes du colloque intitulé l'économie réelle face à la déloyauté des affaires tenu le 27 septembre 2013 au Tribunal de Commerce de Paris


**Claude REVEL**

Déléguée interministérielle à l'intelligence économique

## Ouverture

En ouverture du colloque « L'économie réelle face à la déloyauté des affaires », Madame Claude REVEL, Déléguée interministérielle à l'intelligence économique, a évoqué les actions et les objectifs de l'Etat en matière de protection des actifs immatériels. Pour la Déléguée interministérielle à l'intelligence économique, « la protection des actifs immatériels relèvent de l'intérêt économique général ».

« Il faut faire prendre conscience que ces questions de protection des actifs immatériels relèvent d'un intérêt économique général touchant à notre marché et à nos emplois. Nous sommes dans un champ où l'État et les entreprises ont des intérêts liés : il faut donc travailler ensemble », assure la Déléguée interministérielle à l'intelligence économique. « Aujourd'hui, l'information est la clé du succès et elle fait de plus en plus l'objet de tentatives d'appropriation. C'est un bien en elle-même. « La captation déloyale fait perdre des marchés, des emplois », se désole-t-elle avant d'ajouter : « Il faut impérativement repenser notre appareil préventif et répressif à l'aune de ces technologies numériques ». « En France nous avons un appareil législatif bien fait, qui existe depuis longtemps », précise Claude Revel. Selon elle, il faut néanmoins « distinguer ce qui relève du droit et ce qui relève du comportement ». En effet, « il n'est pas illégal de rechercher, par des sources ouvertes, des informations sur un autre. Ni de chercher à acheter des entreprises qui auraient des techniques et des savoir-faire ». Pour protéger les entreprises afin qu'elles conservent leurs actifs « nous avons des instruments limités. Un travail devra être mis en place ». Concernant les cas illégaux, il faut « savoir appliquer notre droit ». « Les textes français sur la concurrence déloyale sont plutôt bons et appréciés au sein de l'Union européenne. La jurisprudence est plutôt riche. La question est : comment appliquer la loi ? Il y a une prise de conscience nécessaire dans les personnels des appareils administratifs et judiciaires. » « Il y a quelques trous dans les mailles de notre appareil législatif, notamment en ce qui concerne le secret des affaires », poursuit Claude Revel. « C'est

**Il y a quelques trous dans les mailles de notre appareil législatif, notamment en ce qui concerne le secret des affaires.**

une question sur laquelle nous travaillons actuellement », signale-t-elle. Claude Revel rappelle qu'elle dirige la D2IE depuis le 30 mai 2013. « Le gouvernement a décidé de mettre en place un nouveau dispositif », indique-t-elle. « La délégation est désormais rattachée directement au Premier Ministre ».

Elle possède ainsi « beaucoup plus de capacités de mobilisation des correspondants de l'intelligence économique dans les différents ministères et les services déconcentrés de l'État, qu'il s'agisse des régions ou des ambassades ». Enfin, « ses missions sont

au nombre de quatre : veille/alerte/anticipation, sécurité économique, influence, sensibilisation/formation ». ■





**Corinne CHAMPAGNER KATZ**

Avocat au Barreau de Paris, CCK Avocats Associés, Spécialiste en Propriété Intellectuelle, Vice-Présidente de Territoires & Création, Co-animatrice de la Commission ouverte du Barreau de Paris « Intelligence Economique »



**Alain JUILLET**

Président du CDSE, senior Advisor au sein du cabinet Orrick Rambaud Martel, ancien Haut Responsable chargé de l'Intelligence Economique, ancien Directeur du Renseignement de la DGSE

## L'Economie réelle face à la déloyauté des affaires

C'est une réalité de plus en plus manifeste, l'économie réelle souffre de la déloyauté des affaires. Elle doit être protégée. Ce colloque, organisé il y a près d'une année, conjointement avec la Direction générale de la Gendarmerie nationale, témoigne de l'avancée des travaux du groupe de réflexion et de travail sur la lutte contre la contrefaçon ainsi que toutes les atteintes économiques et délits conséquents.

La journée de débats a été centrée sur la protection du secret des affaires et des actifs immatériels. C'est l'une des postures essentielles de réflexion et d'action que les acteurs publics et privés doivent adopter en matière de sécurité économique. La prise de conscience des pouvoirs publics et la mobilisation directe de la D2IE représentée par Madame Claude Revel ont pour objectif central de renforcer la sécurité économique des entreprises afin de contrer les atteintes de toutes natures en interne et en externe. Cette prise de conscience agit directement et efficacement au soutien de l'économie française.

Face à la mondialisation et à la dématérialisation croissante de l'économie, la France a besoin d'entreprises fortes protégées par le respect des règles de droit de notre pays. L'association Territoires & Création que nous coprésidons est en mesure d'aider les politiques, les économistes, les élus, les pouvoirs publics, afin de trouver, dans une cohésion constructive et complémentaire, les moyens de recouvrer une croissance et une compétitivité en adéquation avec l'ambition nationale, la capacité française à être créative, innovante et industrielle. La problématique de l'impact économique de la déloyauté des affaires est une question clé. Il n'est pas inutile de rappeler et de marteler que les auteurs de faits de déloyauté économique, retirent un avantage économique considérable de leurs actes. Le rapport risque / bénéfice est abyssal pour les auteurs. A supposer que cette posture soit analysée par les esprits chagrins comme du protectionnisme, il ne s'agit en fait

**La problématique de l'impact économique de la déloyauté des affaires est une question clé.**

que de la stricte application de la loi et de ses sanctions, avec pour toile de fond une meilleure perception de l'importance de la micro-économie par l'ensemble des acteurs concernés partant de l'entreprise jusqu'au plus haut sommet de l'Etat. Le patrimoine immatériel de l'entreprise doit être respecté dans ses droits de propriété intellectuelle et dans ses secrets d'affaires. Le combat mené depuis plusieurs années par les acteurs de l'industrie et du droit, consistant à faire prendre conscience que la contrefaçon doit être sanctionnée financièrement à la hauteur des bénéfices qu'elle génère au détriment des victimes, n'est pas nouveau.

Les dernières lois les plus récentes :

LOI n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, destinée à améliorer la lutte contre la contrefaçon ;  
LOI n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, faisant un constat des écueils de la loi de 2007 et renforçant encore et toujours la lutte contre la contrefaçon, titre explicite et rassurant s'il en est.

La question est de savoir pourquoi *de facto* ce combat est de moins en moins considéré, alors que l'intention publique affiche le contraire. En février 2014, grâce à l'aide du *Défi*, et à notre initiative, a pu être organisée pour la première fois, dans le cadre de la formation continue de l'Ecole nationale de la magistrature, une semaine de formation « terrain » au cours de laquelle a été souligné l'effort industriel ainsi que les

investissements humains et financiers exposés au soutien de la création. Les magistrats ont pu être directement en contact avec les chefs d'entreprise des PME/PMI. Très appréciée par les magistrats pour son caractère pédagogique et concret, force est de constater que cette formation à l'économie réelle est et sera déterminante pour la protection efficace des actifs immatériels de l'entreprise.

Les atteintes économiques - contrefaçon et secret des affaires - impactent directement et brutalement l'économie : perte de parts de marchés, dilution de l'image de

marque des entreprises, appauvrissement de la création et du savoir-faire, perte des emplois, atteinte à la législation du travail, atteinte à la sécurité des consommateurs, blanchiment d'argent, diminution des recettes fiscales de l'Etat. Tous les rouages publics et privés doivent être opérationnels or ce n'est pas le cas aujourd'hui même si la prise de conscience est forte. Il est vital de savoir que l'entreprise française, justiciable au 1<sup>er</sup> rang,

est, sur son territoire, isolée et démunie face aux agressions économiques dont elle est victime. Tous les acteurs publics/privés doivent être mobilisés et impliqués. Le Président de la Commission des Lois à l'Assemblée Nationale, Monsieur Jean Jacques Urvoas l'a compris et a travaillé en ce sens, en nommant Monsieur Floran Vadillo responsable

brillant et efficace, du groupe de travail sur la protection des secrets des affaires. La défense du secret des affaires est en mesure de jouer pleinement son rôle de protection pour l'entreprise dans ce monde d'échanges numériques en augmentation constante. L'économie réelle et la Justice : les affaires

portées sur le plan judiciaire reçoivent un accueil qui n'est pas à la hauteur des intérêts et des préjudices exposés dans les dossiers. Quelles qu'en soient les causes (manque de budget, manque de formation), l'accumulation de ces difficultés préjudicie au justiciable et profite à la délinquance économique. Les statistiques notamment de la Gendarmerie nationale ou des Douanes le démontrent : les atteintes économiques augmentent tant en termes de secteurs d'activités que de gravité. La criminalité organisée et mondiale l'a bien compris : la contrefaçon et la concurrence déloyale sont des sources de quasi-immunité pour les auteurs d'infractions. Ces atteintes à la sécurité économique de l'entreprise impliquent toujours la commission de plusieurs infractions. L'une des solutions est celle gérée par l'AGRASC (Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués). L'AGRASC est un établissement public et administratif placé sous la double tutelle des ministères de la Justice et du Budget, auquel est conféré le pouvoir de saisir et de confisquer les biens des auteurs d'infractions dans le but notamment d'indemniser les victimes. Afin de mieux appréhender les profits générés par la délinquance et le crime organisé et ainsi renforcer l'effet dissuasif de la sanction pénale, la loi du 10 juillet 2010 a élargi le champ des biens pouvant être saisis et confisqués dans le cadre des actions pénales. Il n'en est pas de même pour les actions civiles. L'entreprise blessée par ces atteintes ne se relève jamais complètement de celles-ci. Pourquoi ? Parce que les dommages et intérêts accordés ne représentent jamais la réparation justement attendue et que ces faibles montants ont pour conséquence directe et immédiate

d'encourager les infractions et leurs auteurs. Au moment où les actes du colloque sont publiés par la revue *Défis* du département Sécurité économique de l'Institut national des hautes études de la sécurité et la justice (que nous remercions pour sa confiance et son implication), quels constats positifs et négatifs pouvons-nous exciper de la situation et de ses acteurs :

- Une nette amélioration de la prise de conscience par les pouvoirs publics et les acteurs privés du nécessaire et urgent besoin d'augmenter la vigilance et la protection des actifs immatériels,

**...les affaires portées sur le plan judiciaire reçoivent un accueil qui n'est pas à la hauteur des intérêts et des préjudices exposés dans les dossiers.**

- Un réel intérêt croissant pour l'intelligence économique de la part des entreprises et des structures d'Etat avec pour signal fort une participation active sur le sujet,

- Une connaissance faible des moyens et des pédagogies à mettre en oeuvre au sein des entreprises PME/PMI,

- Une faible demande de formation et un intérêt limité des magistrats sur l'économie des actifs immatériels et les conséquences financières des atteintes,

- L'existence de formations élaborées accessibles aux acteurs publics et privés (INHESJ, ENM, CCI, Ordre des avocats de Paris),

**Les pépites que créent nos industries ne peuvent, ni ne doivent profiter au crime organisé.**

- Un travail efficace et protéiforme, accompli par la D2IE.

- Des actions constructives menées par les fédérations (MEDEF) et syndicats.

Les entreprises ont un besoin impérieux d'être soutenues dans leurs démarches prospectives et industrielles. Les textes votés, que ce soit en matière de propriété intellectuelle ou de secret des affaires, sont des outils à la fois de protection et aussi de dissuasion. Les atteintes économiques affaiblissent la compétitivité des entreprises et le tissu industriel. Elles génèrent des pertes d'emplois, augmentent la commission d'infractions collatérales qui représente un coût considérable pour la France. Les tribunaux doivent admettre que seules les condamnations



Corinne CHAMPAGNER KATZ et Floran VADILLO



financières justes viendront à bout de cette délinquance économique. Les pépites que créent nos industries ne peuvent, ni ne doivent profiter au crime organisé. Il est grand temps que la justice soit le maillon facilitateur des entreprises et, dans le strict respect des textes, impose une jurisprudence réparatrice des préjudices réellement subis par les entreprises victimes.

Cela mettra un frein si ce n'est un terme à l'impunité ambiante dont profitent ouvertement les contrefacteurs et autres pilleurs d'informations stratégiques et secrets d'affaires.

Je remercie ici toutes les personnes qui ont bien voulu intervenir lors de ce colloque car sans leurs compétences, leur engagement et leur confiance, ce travail ne pourrait être accompli :

- **Monsieur Frank GENTIN**, Président du Tribunal de commerce de Paris,
- **Monsieur Bertrand SOUBELET**, Général de corps d'armée, Directeur des Opérations et de l'Emploi
- **Madame Claude REVEL**, Déléguée interministérielle à l'intelligence économique,
- **Monsieur Marc WATIN-AUGOUARD**, Général d'Armée (2S), Ancien Inspecteur Général des Armées-Gendarmerie (IGAG), Directeur du centre de recherche de l'Ecole des officiers de la Gendarmerie nationale (EOGN),
- **Monsieur Claude MATHON**, Avocat général à la Cour de Cassation, Président de l'ACSE (Association des Conférenciers en Sécurité Economique),
- **Monsieur Alain JUILLET**, Président de Territoires & Création, Président de l'Académie de l'intelligence économique et du Club des directeurs de sécurité des entreprises,
- **Madame Joelle SIMON**, Directrice des affaires juridiques du MEDEF,
- **Madame Béatrice CHARLIER BONATTI**, Présidente de la 15<sup>ème</sup> chambre du Tribunal de commerce de Paris,
- **Monsieur Romain STIFFEL**, Capitaine de Gendarmerie, chef adjoint de la Plateforme d'identification des avoirs criminels (AGRASC),
- **Monsieur Eric DELBECQUE**, Chef du département Sécurité économique de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, Président d'honneur de l'ACSE,
- **Monsieur Lucien DEVEAUX**, Président du Groupe Deveaux, Président du Défi, Comité de Développement et de Promotion de l'Habillement,
- **Madame Clarisse REILLE**, Directrice Générale du Défi,
- **Monsieur Pierre BERLIOZ**, Professeur agrégé des Facultés de Droit, Directeur du CEJESCO,
- **Monsieur Jean Luc MOREAU**, Directeur Sûreté des produits du groupe Novartis,
- **Madame Claudia GHICA LEMARCHAND**, Maître de Conférences à l'Université de Bretagne occidentale, chargée d'enseignement à l'IEJ Paris II et Paris XII,
- **Monsieur Christophe BERTHELIN**, Commandant de la Gendarmerie nationale,
- **Monsieur Didier DOUILLY**, Major de la Gendarmerie nationale,
- **Madame Irène LUC**, Conseiller à la Cour d'Appel de Paris,
- **Madame Muriel CHAGNY**, Professeur de droit à l'Université de Saint-Quentin-en-Yvelines,
- **Maître François Xavier KELIDJIAN**, Avocat associé chez BEA Avocats au Barreau de Paris,

- **Maître Charlotte GALICHET**, Avocat au Barreau de Paris,
- **Monsieur Patrick CARRALE**, universitaire, Président de la Chambre honoraire du Tribunal de Commerce de Paris,
- **Monsieur Denis FORTIER**, journaliste et directeur de la rédaction d'AEF Sécurité globale. ■

#### + EN SAVOIR PLUS



« L'association **Territoires & Création** a pour objet la mise en oeuvre des moyens favorisant la création et le développement des entreprises françaises, par une meilleure valorisation de la recherche, de l'industrie et des territoires, optimisant la compétitivité, les emplois et une croissance économique durable. »

#### + EN SAVOIR PLUS

##### Commission ouverte « Intelligence économique du Barreau de Paris »

##### Responsables de la commission :

Corinne Champagner Katz et Etienne Drouard :



La sécurité économique des entreprises est un droit.

L'intelligence économique (IE) et le Droit forment une association naturelle et incontournable de la vie des affaires. L'avocat en est le pivot au service des stratégies de l'entreprise, par ses missions de veille, d'audit, de conseil, de négociation, de défense, d'offensive, de communication et d'influence.

La Commission ouverte « Intelligence Economique » du Barreau de Paris est un espace d'information, de formation, de rencontres, d'échanges, de partenariats et d'influence consacré à la sécurité économique et à la gouvernance des entreprises, locales et internationales.

La Commission :

- réunit des avocats, des juristes et dirigeants d'entreprises, des magistrats, des experts et universitaires et des représentants des pouvoirs publics ;
- diffuse des outils d'autodiagnostic de sécurité économique à destination des entreprises et organise des formations académiques et pratiques traitant dans l'ensemble des composantes de l'intelligence juridique et stratégique ;
- contribue à la formation continue des avocats ;
- promeut les activités des avocats au service de la sécurité économique des entreprises ;
- intervient en tant que de besoin dans les débats législatifs et réglementaires.

Elle met en oeuvre les objectifs communs convenus depuis avril 2012 entre le Barreau de Paris et la Délégation Interministérielle à l'Intelligence Economique (D2IE). Cette convention permet notamment à l'Etat de bénéficier de l'expertise des avocats parisiens dans les politiques publiques d'Intelligence Economique, pour la promotion du droit continental au niveau international et auprès des Comités Régionaux d'Intelligence Economique (CRIE) placés sous la responsabilité des préfets.

> pour en savoir plus : [www.avocatpays.org](http://www.avocatpays.org)

➔ LES ATTEINTES ÉCONOMIQUES À L'ENTREPRISE :  
QUELS ENJEUX ?





**Joël FERRY**

Consultant en cyber sécurité, Gendarmerie Nationale -  
Réserve opérationnelle

## Pourquoi la protection des actifs immatériels est-elle incontournable ?

Une entreprise peut voir ses actifs enrichis par la possession de titres de propriété industrielle. Ces titres sont ceux du brevet, de la marque et des dessins et modèles. En même temps, elle possède d'autres formes de patrimoine comme ses ressources humaines, ses clients, ses fournisseurs, etc... La protection de tous ces actifs est nécessaire car elle conditionne la vie, le développement et la richesse de l'entreprise à un moment où la France a besoin de dynamiser son tissu économique.

### Cette protection s'inscrit dans un contexte de mondialisation tout azimut

#### Le commerce

Les années 1990 ont marqué l'accentuation des phénomènes économiques d'intégration transnationale à grande échelle, à la fois au niveau financier, commercial et productif. Les entreprises se sont installées à l'étranger, les flux financiers et commerciaux sont devenus internationaux et l'économie s'est globalisée. En même temps, de nouvelles menaces mondiales sont intervenues. Le commerce mondial selon Montesquieu a des vertus pacificatrices. Le commerce multilatéral réduit la probabilité d'une guerre globale. On le constate depuis la fin du dernier conflit mondial. En revanche comme le souligne les trois économistes Philippe Martin, Thierry Mayer et Mathias Thoenig dans une étude récente consacrée au commerce et à la guerre, la mondialisation n'a pas diminué le nombre de conflits locaux violents et traditionnels entre pays. La guerre d'aujourd'hui trouve probablement ses origines dans le libre-échange. Largement économique, cette guerre revêt un caractère beaucoup plus sournois et insidieux. Elle n'est plus seulement le fait d'une action entre pays voisins et ennemis. Elle est également le fait de pays amis, c'est à dire de pays qui se font une certaine idée de la société et qui pour cela partagent des valeurs identiques.

Ainsi, la recherche du pouvoir et de la puissance se pratique désormais tous azimuts, au quotidien, entre concurrents et entre amis, localement et au-delà des frontières. Cette guerre utilise la veille stratégique et l'espionnage industriel. C'est la surveillance de ses concurrents. Dès lors, tous les coups sont permis même l'atteinte à l'image et à la réputation de l'entreprise ou de ses dirigeants à l'égard des clients. Pour illustrer ce propos, on pourrait citer il y a quelques années l'affaire Perrier, ou encore la tentative de vente de radars par une société française au Brésil pour la surveillance de la forêt amazonienne. Cette guerre économique peut également faire le jeu des alliés de l'entreprise comme par exemple à l'occasion du transfert de savoir-faire auprès de ses partenaires dans le cadre d'un projet d'intégration de technologies.

#### La criminalité

Un autre aspect de cette mondialisation mérite d'être pris en considération. C'est la mondialisation du crime à travers la criminalité transnationale organisée. En même temps que l'économie se globalise, l'organisation du crime devient transnationale. Cela est dû à l'organisation des mafias. Les juges italiens ont constaté, par exemple, que ces organisations n'hésitaient plus à blanchir l'argent sale dans la contrefaçon. Cette dernière est moins risquée en terme de sanction et nettement plus lucrative en terme de résultats. Par ailleurs dans le concert international et notamment européen, l'appréciation

juridique des Etats sur ce phénomène est hétérogène même si, avec la suppression des frontières, Europol lutte contre toutes les formes du crime organisé, et si

la convention des Nations Unies (dite convention de Palerme de décembre 2000) établit un cadre universel pour la mise en oeuvre d'une coopération policière et judiciaire internationale permettant d'améliorer la prévention et la répression des phénomènes de criminalité transnationale organisée.

### La convergence des moyens numériques

Le dernier aspect de cette mondialisation porte sur le développement d'Internet et la convergence des moyens numériques. « Internet ignore les frontières des Etats et donc leurs lois et leurs règles » disait en 1998 Isabelle Falque Pierrotin dans son rapport au conseil d'Etat sur Internet et les réseaux numériques. Extraordinaire moyen de communication, Internet est surtout un vecteur essentiel d'enrichissement et d'élévation du niveau de vie des individus. C'est le sens donné notamment aux différents plans e.Europe. Ce réseau a toutefois été rapidement utilisé par les délinquants et les criminels pour favoriser leur économie parallèle. Pourtant, outre la convergence des systèmes, l'usage en mobilité au moyen de smartphones, l'informatique du nuage, le web des objets, le web sémantique devraient conduire les utilisateurs et notamment les chefs d'entreprises, voire les établissements publics et autres administrations, à plus de prudence et faire de la sécurité de leur installation, et donc de leurs informations, un élément fort de leur politique au sein de l'entreprise. Or, comme le constate depuis plusieurs années le Clusif, cela n'est pas encore totalement satisfaisant alors que le monde est de plus en plus numérique. Outre la perte et la copie d'informations essentielles de l'entreprise honnête, les délinquants ou les organisations criminelles n'hésitent plus à faire commerce sur Internet d'objets contrefaits de toute nature, même ceux pouvant porter atteinte à la santé et à l'environnement.

## Cette protection est essentielle à la vie et parfois à la survie de l'entreprise

### La perte d'actifs immatériels : ou comment produire moins cher

Ainsi on peut estimer qu'en donnant la liberté d'acheter, on donne le pouvoir au consommateur qui a tout intérêt à acheter le produit le moins cher possible. Il en oublie cependant parfois que qualité ne rime pas forcément avec bon marché. Mais quoi qu'il en soit il y a cette volonté par ce moyen de donner à tous les citoyens la possibilité d'acheter un produit analogue à celui de son voisin et cela en fonction de ses revenus. Si ce produit en plus laisse penser qu'il s'agit d'une grande marque alors il y a un sentiment d'égalité entre les citoyens. Le manufacturier a donc intérêt à produire le moins cher possible et pour ce faire le manufacturier indélicat aura tendance à copier ce qui existe déjà. Cette copie peut consister dans l'imitation de tout ou partie du produit qui se vend le mieux. Pour cela, tous

**En même temps que l'économie se globalise, l'organisation du crime devient transnationale.**

les moyens sont possibles pour récupérer les informations sur les modèles avant même leur sortie sur le marché.

La récupération des informations dans

les systèmes informatiques, la compromission des salariés, des visiteurs, des stagiaires de l'entreprise, constituent alors des moyens efficaces surtout lorsque l'entreprise n'a pris aucune mesure de sécurité. Le prix d'un produit intégrant les coûts de recherche et de développement, le copieur tirera naturellement bénéfice immédiatement de la récupération des informations. Il pourra vendre moins cher et ainsi obtenir une part non négligeable du marché. Quant à l'entreprise honnête, avant de produire et d'obtenir des bénéfices, elle aura dû s'endetter pour lui permettre de conduire des recherches avant de développer le produit. Au-delà, la connaissance par une entreprise concurrente de la stratégie poursuivie, de la liste des clients ciblés seront autant d'informations sensibles qui pourront venir contrarier les résultats et les effets recherchés. Le non-respect des règles de concurrence sera donc un frein au développement voire à la survie de l'entreprise même si elle est à l'origine d'un produit innovant.

### La perte d'actifs immatériels : la gangrène de l'entreprise

Si l'entreprise ne tire pas bénéfice de ces investissements alors il y a des risques forts de perte de marché. Dans ces conditions, l'entreprise qui aura investi, et embauché devra tout naturellement licencier dans le meilleur des cas, et cesser son activité dans le pire des cas. C'est tout un savoir-faire (les dentelles par exemple), un non (Laguiole), une richesse nationale qui pourra disparaître. Or très souvent, ces entreprises sont des PME ou TPE innovantes, aux dirigeants et salariés entreprenants, intelligents et visionnaires. Ils représentent la richesse, la substance grise de notre pays. Leur disparition constitue une atteinte, d'une part, au développement productif et, d'autre part, à la place de l'innovation française dans le monde. Plus que jamais il appartient aux pouvoirs publics d'agir pour que les entreprises françaises soient protégées des actions irrégulières voire illégales d'autres acteurs qui ne sont pas forcément, d'ailleurs, que des étrangers.

Comment sanctionner ces comportements illégaux, quelle réponse à la propriété intellectuelle pour l'industrie, quelle voie de justice emprunter, quelle action mener par les services répressifs ? Ce sont les réponses que nous attendons maintenant. ■



**Joëlle SIMON**

Docteur d'État en Droit, Directrice des affaires juridiques du MEDEF.

## Témoignage et propositions des entreprises

Le MEDEF représente environ 750.000 entreprises, grandes, ETI, PME, TPE, cotées, non cotées, dans tous les secteurs d'activité. En quelques décennies, le monde de l'entreprise est passé de l'ombre voire d'une certaine opacité (le seul intitulé de l'une des principales sociétés de capitaux : la société anonyme, est révélateur à cet égard) à la transparence tous azimuts. Ce mouvement s'explique par de multiples facteurs : le développement des technologies de la communication, des flux d'informations, la mondialisation, la décentralisation de l'information et du pouvoir, les exigences des investisseurs.

Il s'agit d'un mouvement irréversible qui a :

- **des effets positifs** : à titre d'exemple, la plus grande transparence du fonctionnement des conseils de sociétés cotées va dans le sens d'une meilleure gouvernance de ces sociétés, mais il s'agit largement d'une transparence voulue par les acteurs de la place,
- **mais cette transparence comporte des risques de fragilisation des entreprises** : une vague de transparence risque de tout emporter sur son passage.

**Les secrets, de quelque nature qu'ils soient, ont mauvaise presse** : le « *secret des affaires* » a été qualifié de liberticide en 2011 (autres exemples de secrets malmenés : atteintes au secret de l'instruction, au secret professionnel de l'avocat...), alors que le secret constitue, comme l'a dit Jean-Denis Bredin, la face noble de l'opacité.

**La transparence n'est pas une valeur en soi** et, paradoxalement, cette transparence généralisée dans un monde ouvert et globalisé implique de définir très précisément ce qui doit relever du secret et de se donner les moyens de sa protection. Les

actifs immatériels des entreprises, thème de ces rencontres, relèvent indubitablement de cette protection. La plupart des entreprises, du moins les plus grandes, sont aujourd'hui en train de se mettre en ordre de bataille pour définir les informations à protéger, les informations de l'entreprise mais également celles que lui communiquent ses clients. Le *cloud computing*, mode de gestion de l'information qui peut conduire à l'externaliser, nécessite une organisation nouvelle et une vigilance accrue. C'est un facteur de risque supplémentaire.

**Leur message est clair : les entreprises préfèrent encore ne pas avoir de texte que d'avoir un texte qui pourrait se retourner contre elles.**

**Les entreprises ont besoin d'un cadre juridique** pour les conforter dans cette démarche. Nos membres l'ont encore confirmé lorsque nous les avons interrogés sur ce sujet. Mais le pragmatisme doit l'emporter et il faut absolument éviter les écueils de la proposition précédente :

le confidentiel entreprise avec un système de registres papier impraticable, irréaliste et à effet boomerang. Leur message est clair : les entreprises préfèrent encore ne pas avoir de texte que d'avoir un texte qui pourrait se retourner contre elles.

**Mais les entreprises doivent également être réalistes**, le secret des affaires n'est pas destiné à protéger n'importe quelle information, elles doivent avoir un comportement res-

ponsable et savoir faire preuve de discernement dans le choix des informations à protéger sous peine de décrédibiliser la démarche. La sensibilisation, la formation des chefs d'entreprises, est essentielle à cet effet, ce qui a conduit le MEDEF à publier en 2013 un guide pratique à destination des PME sur la protection des informations sensibles. Il faut trouver un juste équilibre entre une protection efficace essentiellement axée sur le civil et la constitution de bunkers juridiques qui pourraient faire le jeu de personnes peu scrupuleuses. La sanction pénale est utile, mais du fait du décalage entre le temps du pénal et le temps des affaires, il faut privilégier la voie civile. Il est indispensable d'agir, d'être proactif et de ne pas se laisser imposer une solution non choisie. Ne soyons ni naïfs, ni angéliques, particulièrement à un moment où s'engage la négociation de l'Accord sur le libre-échange entre les Etats-Unis et l'Union européenne. Mais à supposer même que nous disposions enfin d'un dispositif juridique adapté à la vie des entreprises, il ne pourra être réellement efficace que si nous disposons de magistrats rompus à l'économie et au droit des affaires, qui sachent comment fonctionne une entreprise, quelles sont les contraintes dans lesquelles elle évolue. Or si tel est

Les magistrats qui ont suivi, par ailleurs, une formation en économie, en comptabilité ou réalisé un stage en entreprise, sont minoritaires.

le cas pour les juges consulaires, il n'en va pas de même pour les magistrats professionnels. L'Institut Montaigne a publié en décembre 2012 sur ce sujet un rapport au titre très éclairant : « *Les juges et l'économie : une défiance française* ». La note du Conseil d'analyse économique sur les enjeux économiques du droit des faillites de juin 2013 souligne également cette faiblesse de notre justice. Il n'existe à l'Ecole nationale de la magistrature « aucune formation à l'économie, alors que certains de ces juges sont amenés dans leur carrière à se prononcer sur la situation économique, financière et sociale des entreprises » (*Rapport Institut Montaigne, préc., p. 43*). Les magistrats qui ont suivi, par ailleurs, une formation en économie, en comptabilité ou réalisé un stage en entreprise, sont minoritaires. Nous sommes bien conscients des efforts réalisés par l'ENM, surtout depuis la réforme de l'Ecole, mais d'après nos informations, le pôle « *vie de l'entreprise* » n'est pas celui qui rencontre le plus de succès auprès des magistrats. Des sessions de la formation « *Economie globale et culture d'entreprise* » ont dû être annulées faute de participants. La formation « *Justice et entreprise : rencontre de décideurs* » qui repose sur un séjour croisé entre les magistrats et les responsables d'entreprises sur leurs lieux de travail respectifs, est très intéressante mais nécessite un investissement et une préparation importants des deux parties. L'obligation de mobilité statutaire qui s'impose désormais aux magistrats ayant au moins quatre années de services effectifs dans le corps judiciaire, s'ils veulent accéder aux emplois hors hiérarchie et qui peut être accomplie auprès d'une entreprise publique ou privée, représente une nouvelle possibilité d'échanges entre les entreprises et les magistrats. Le MEDEF a engagé depuis plusieurs années un dialogue constructif avec l'ENM afin de renforcer le rapprochement de ces cultures mais il ne faut pas se faire d'illusions, cela prendra beaucoup de temps avant d'arriver à un résultat global satisfaisant.

## La confidentialité dans le cadre des marchés publics

Malgré l'existence d'une réglementation en principe protectrice (obligation de confidentialité), on déplore en pratique de trop nombreux détournements de l'information transmise par les entreprises dans ce cadre. Quelques exemples pour illustrer mon propos :

✓ **Exemple n°1** : L'entreprise H., PME de 48 personnes, fabrique des treuils et autres appareils de levage professionnels. Elle répond à des consultations en décrivant des propositions techniques précises. Elle a constaté, à plusieurs reprises, que les solutions techniques développées dans ses offres sont intégralement reprises sans son autorisation lors de consultations diverses lancées ultérieurement à la remise de celles-ci. Cette entreprise dépose peu de brevets mais réalise des innovations au fil des consultations, en trouvant chaque fois des solutions techniques originales permettant d'adapter les solutions techniques aux besoins de ses clients potentiels. Pour ce faire, outre ses produits standards, elle s'est dotée d'un département ingénierie spécialisé dans l'étude, l'implantation et l'intégration de treuils sur mesure. Les fréquents détournements dont elle est victime nuisent à son développement et annihilent ses investissements technologiques.

✓ **Exemple n°2** : La société P. produit divers équipements nécessaires à la construction de ponts. Elle consacre beaucoup d'efforts et d'investissements en pré-études afin de réaliser un équipement répondant au cahier des charges précis du client, compte tenu de contraintes particulières à chaque affaire. Elle a récemment été consultée sur la base de ses propres plans, c'est-à-dire que le client ayant lancé un nouvel appel d'offres n'a pas hésité à réutiliser sa pré-étude, en enlevant son nom, afin de consulter à nouveau un panel de fournisseurs potentiels, espérant obtenir des offres moins chères sur cette base.

✓ **Exemple n°3** : L'entreprise T., bureau d'ingénierie spécialisée dans le bâtiment, a déployé d'importants efforts humains et technologiques pour développer des solutions innovantes en matière de performance énergétique afin de répondre aux exigences du « Grenelle de l'environnement ». Elle a répondu à un marché public pour des bâtiments et mis en avant notamment ses solutions innovantes en matière de réduction de consommation d'énergie. La procédure a été déclarée infructueuse puis le marché à nouveau relancé. L'entreprise T. a eu la mauvaise surprise de s'apercevoir que le maître d'ouvrage avait récupéré ses solutions techniques pour les intégrer dans les documents de cette nouvelle consultation. Et il y a quelques jours encore, un de nos vice-présidents nous a indiqué avoir été victimes de pratiques similaires.

Il serait bien que les pouvoirs aient en la matière un comportement irréprochable. On place très haut la barre pour les entreprises en matière d'éthique et de déontologie et ces dernières se sont beaucoup investies sur ces sujets, mais il est important qu'elles ne soient pas les seules. ■



**Lucien DEVEAUX** Président du Groupe Deveau

## La protection des industries de la Mode

Le groupe DEVEAUX est présent dans l'industrie textile depuis plus de trois siècles. Trois siècles d'évolution ayant permis d'affirmer un véritable savoir-faire dans l'ensemble des activités textiles : tissage, apprêts, impression, maille, éponge... et d'orienter les récents investissements dans la production de jacquards et d'impressions numériques.

Face à une concurrence internationale intense, notre large proposition textile ne pourrait exister sans un dynamisme quotidiennement renouvelé dans l'innovation matérielle et immatérielle. Aucun relâchement n'est permis pour rester présent parmi l'élite mondiale, et l'innovation implique des dépenses considérables pour atteindre le meilleur niveau à la fois industriel et créatif.

Avec l'aide des pouvoirs publics, au travers des organismes appropriés : chambre de commerce, syndicats textiles, Première Vision, Institut Français de la Mode, DEFI, nous devons aider les jeunes entreprises à devenir plus compétitives et ainsi assurer le renouvellement et le développement des marques et des marques françaises sur le marché mondial du XXI<sup>e</sup> siècle.

Ces jeunes entreprises doivent évoluer rapidement et atteindre une taille suffisante pour lutter à l'International et devenir des « leaders » de demain, indispensables au rayonnement du textile français. Avec le regard bienveillant de l'Etat, nous continuerons à prouver qu'en France et en Europe il est possible de maintenir une industrie conquérante alliant qualité et créativité. Ainsi, participant à tous les niveaux de la filière textile – tissage, fabrication de vêtements, distribution – pour garder une valeur ajoutée maximale, notre avenir sera assuré si on nous laisse agir « avec vélocité » dans les tempêtes que nous connaissons.

En parallèle, et ce depuis de nombreuses années, notre Groupe fait l'objet d'atteintes déloyales et récurrentes mettant en danger les emplois et le monopole de nos créations. En tant qu'industriels, nous restons perplexes devant les décisions de justice rendues en matière de propriété intellectuelle. Il n'est pas compréhensible que, par exemple, le Tribunal de Grande Instance de Paris octroie 5 000 euros de dommages et intérêts dans le cas de contrefaçon avérée présentant une fabrication de quantités industrielles de produits dans des chaînes succursalistes. Il est bien évident que ces contrefacteurs ont tout intérêt à piller les créations quand la sanction les conforte dans le fait que leur bénéfice sera très supérieur au risque judiciaire de la sanction financière encourue.

**Avec le regard bienveillant de l'Etat, nous continuerons à prouver qu'en France et en Europe il est possible de maintenir une industrie conquérante alliant qualité et créativité.**

Nous devons donc en permanence nous battre pour soutenir ce qui nous est le plus cher, notre « hyper créativité » à toutes les étapes de la filière, aidés en cela par le crédit impôt collection et impôt recherche indispensables, mais aussi pour protéger nos créations. Le colloque

organisé au Tribunal de Commerce de Paris le 27 septembre 2013 est en ce sens un pertinent révélateur de la nécessité de faire prendre conscience de la carence des pouvoirs publics en matière de sanction et répression de l'atteinte permanente aux actifs immatériels des industries françaises. ■



**Jean Luc MOREAU**

Directeur Sûreté des produits du groupe NOVARTIS

## L'industrie pharmaceutique : le délit de contrefaçon est devenu un crime

Société de droit Suisse, Novartis International est un leader de l'industrie pharmaceutique.

### CHIFFRES CLÉS 2012

✓ **Chiffre d'affaires net** : \$56,7 milliards

✓ **Résultat net** : \$9,6 milliards

✓ **Investissement dans la recherche et le développement (R&D)** : \$9,3 milliards

✓ **Effectifs et implantation** : plus de 127 000 collaborateurs dans 140 pays

Notre portefeuille thérapeutique est centré sur cinq plates-formes de croissance stratégiques :

- les médicaments de pointe – oncologie en particulier,
- les génériques (Sandoz, N°2 mondial),
- l'ophtalmologie (Alcon – médicaments, appareils et produits chirurgicaux),
- les vaccins à usage humain,
- l'automédication (OTC).

Basée à Rueil-Malmaison (Hauts-de-Seine), notre filiale française compte 3 200 collaborateurs. En 2012, elle a réalisé un CA net de 2 milliards d'euros (croissance 7%) et investi 63 millions d'euros en R&D. Le marché pharmaceutique demeure très dynamique, même s'il ne jouit plus d'une croissance à deux chiffres comme au début des années 2000. On retient surtout que l'industrie du médicament est l'un des secteurs économiques fournissant le plus important effort de recherche. La R&D représente plus de 10% du CA des laboratoires pharmaceutiques, dans un environnement toujours plus complexe et concurrentiel. Elle est donc vitale – son corollaire étant la protection du secret industriel. Le coeur d'un groupe pharmaceutique, son trésor et, par conséquent, son

secret le mieux gardé, est son « pipeline » : l'ensemble des nouvelles molécules et routes de synthèse associées qui, au terme d'un processus de développement d'une quinzaine d'années, peuvent espérer obtenir une Autorisation de mise sur le marché (AMM). Je pourrais vous exposer comment s'organise notre sûreté patrimoniale et décrypter les dispositifs sophistiqués de veille et d'analyse concurrentielle qui nous permettent de faire face aux prédateurs que sont, par exemple, certains fabricants de médicaments génériques des pays émergents. Diluée mais coordonnée et parfaitement intégrée, en un mot « assumée », la fonction Intelligence Economique est au coeur de nos processus décisionnels et de nos stratégies d'influence. Cependant, mes homologues d'autres secteurs industriels de pointe (automobile, aéronautique, défense) vous apporteraient des témoignages similaires. Ce qui singularise vraiment l'industrie du médicament – ce qui me donne chaque jour la certitude de servir une cause plutôt que de simplement défendre les intérêts de mon employeur – est une menace criminelle de grande ampleur, extrêmement pernicieuse, encore méconnue, que le Conseil de l'Europe et différentes organisations internationales qualifient de crime pharmaceutique. Face à cette menace, il ne s'agit plus pour nous de « gestion de crise ». Nous sommes en situation de guerre.





## Le crime pharmaceutique :

La contrefaçon ordinaire est une violation du droit de propriété intellectuelle ou industrielle par le fait d'imiter. Elle est considérée comme un délit dans la plupart des pays. En droit français, la notion s'étend à différents domaines : droit commercial, droit administratif, propriété intellectuelle, artistique et littéraire. Le contrefacteur crée une confusion entre le produit original et l'imitation qu'il en propose. Cette imitation frauduleuse est en général une duperie. Dans certains cas, le consommateur est complice en achetant sciemment un faux.

En augmentation exponentielle partout dans le monde, la contrefaçon de médicaments est d'une toute autre nature : elle est un enjeu de santé publique. Parce que les médicaments et les produits de santé ne sont pas des biens de consommation comme les autres, leurs contrefaçons ne sont pas des contrefaçons comme les autres. Le Dr. Howard Zucker, un pédiatre américain qui fut récemment sous-directeur général de l'OMS, a ainsi résumé la problématique : « on ne meurt pas de porter des faux sacs à mains ou de faux T-shirts. En revanche, les contrefaçons de médicaments peuvent tuer ». Exagération ? Trois exemples :

- **1990, Haïti** : solution antitussive diluée dans un solvant toxique (89 morts).
- **1995, Niger** : faux vaccins utilisés au cours d'une épidémie de méningite (2 500 morts).
- **2009, Nigéria** : faux sirop pédiatrique au paracétamol (84 enfants morts).

Ces victimes sont parmi celles que l'on peut dénombrer. Malheureusement, dans la plupart des cas, il faut se contenter d'estimer le nombre de décès causés par cette épidémie si-

lencieuse. En 2009, nous avons contribué au démantèlement d'un réseau international de crime organisé au Moyen Orient. Plusieurs tonnes de faux médicaments – sans aucun principe actif - ont été saisies par les autorités de différents pays dans le cadre d'une action coordonnée. La plupart étaient des produits d'oncologie (traitement de la leucémie, du cancer des os et du cancer du sein). Nous avons, par exemple, établi que dans un hôpital de Naplouse (Palestine) tous les patients traités pour leucémie entre 2003 et 2008 (soit environ 250), le furent sans aucun principe actif. Selon les registres de l'hôpital, tous sont morts...de leucémie ! Au cours de la même opération, nous avons saisi en Egypte 18 000 boîtes d'un traitement d'attaque du cancer du sein (soit environ 3 500 patientes traitées sans API). Qui peut dire combien de ces placébos avaient été vendus avant notre intervention ? Les criminels arrêtés dans le cadre de cette affaire sont tous libres aujourd'hui. Ils ont été jugés pour violation de notre Propriété intellectuelle.

Depuis 20 mois, notre équipe travaille sur un autre réseau, panafricain cette fois, spécialisé dans la contrefaçon -toujours sans principe actif, du leader des antipaludéens. Un chiffre, seulement : à Luanda, Angola, en juillet 2013, nous avons fait ouvrir un container en provenance de Chine du sud. Il contenait 328 enceintes Hi-Fi destinées à une église locale (*cover load*). En réalité, ces enceintes recelaient 1,5 millions de traitements antipaludéens contrefaisants (52 millions de comprimés). De quoi « soigner » 30% de la population angolaise dans une région où le paludisme tue en trois jours. Deux principes sont à retenir :

- Les faux médicaments sont pratiquement toujours nuisibles : soit parce qu'ils ne contiennent aucun principe actif, soit parce qu'ils sont sous dosés en API (d'où échec thérapeutique, résistances immunitaires, etc.), soit parce qu'ils sont fabriqués avec des produits toxiques (détergents, solvants, colorants industriels).
- Le patient est toujours inconscient / jamais complice (vs. contrefaçon ordinaire et drogue).

## L'amplitude du phénomène

L'OMS estime que 10% des médicaments vendus dans le monde sont des faux et ce chiffre peut atteindre 50% dans certains pays émergents ou sur Internet. Ces 10% représentent un chiffre d'affaire annuel d'environ \$75 milliards ce qui est plus ou moins équivalent au profit généré par le trafic d'héroïne. En 2009, 7 millions de doses de faux médicaments ont été saisies par les douanes européennes. En 2011, les médicaments contrefaisants représentaient 24% des saisies douanières en Europe, devant les cigarettes. Le 17 mai 2013, au Havre, les douanes françaises ont saisi 1,2 millions de faux sachets d'aspirine (zéro API) dissimulés dans un chargement de thé en provenance de Chine. Ces contrefaçons étaient destinées à l'Afrique sub-saharienne.

### QUELQUES CHIFFRES POUR MÉMOIRE

- ✓ **±700 000 personnes** sont tuées chaque année par des traitements falsifiés contre la tuberculose et le paludisme.
- ✓ **36%** des antipaludéens en Asie du Sud-Est sont des contrefaçons et 1/3 de ceux destinés à l'Afrique sont contrefaits ou non conformes.
- ✓ **De 2006 à 2007**, un pourvoyeur de faux médicaments a fourni 2 millions de doses falsifiées de traitement contre le cancer de la prostate à **25 000 patients** au Royaume-Uni.
- ✓ **En 2009**, **1,3 millions** de doses d'insuline falsifiées ont été écoulées en Pologne, **500 000** au Royaume Uni et **200 000** aux Pays-Bas.

### Crime ou délit ?

Selon l'OMS, la majorité des pays membres ne disposent pas d'un arsenal juridique adapté / suffisamment dissuasif. 30 % des pays n'ont pas de lois spécifiques, 20 % ont des lois mais ne les appliquent pas ou les appliquent de façon « sélective ». Dans la plupart des cas, l'appareil législatif traite la contrefaçon de médicaments comme toute autre forme de contrefaçon, c'est-à-dire par le biais exclusif de la violation de la PI. Les peines encourues sont donc souvent mineures / équivalentes à celles auxquelles s'exposent les contrefacteurs de produits de luxe.

C'est pourquoi en 2010, conscient de l'absence d'une législation internationale harmonisée proposant des sanctions dissuasives proportionnelles aux dommages causés aux patients, le Conseil de l'Europe a élaboré une convention internationale – **la convention Medicrime**, qui constitue un instrument juridique contraignant dans le domaine du droit pénal en criminalisant la contrefaçon des produits médicaux. Pour le Conseil de l'Europe, la contrefaçon de produits médicaux et la criminalité associée menacent le droit à la vie inscrit dans la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH). Elles ont pour incidence l'ébranlement de la confiance du public dans les systèmes de santé et dans leurs autorités de surveillance. Ouverte à la signature de tous les Etats, la convention offre un cadre de coopération internationale. Elle introduit des sanctions pénales et des mesures de prévention et de protection des victimes.

Malheureusement, à ce jour, 12 Etats seulement ont signé la convention : moins de la moitié de l'UE (le Royaume-Uni n'est pas signataire !) plus Israël, Russie et Ukraine.

La falsification des médicaments est donc encore loin d'être universellement reconnue comme un crime spécifique. En absence d'un réel consensus / accord international et d'une

autorité de tutelle *ad hoc*, la lutte contre ce fléau repose sur les dispositifs législatifs nationaux – quand ils existent ou quand ils s'appliquent, et sur la coopération entre certaines agences nationales ou internationales et le secteur privé.

### Les trois piliers de la problématique : sanitaire, juridique, policier.

Enjeu international de santé publique (certains pays d'Afrique sub-saharienne sont en état d'urgence sanitaire) sur fond de vide juridique, le problème est également judiciaire / policier. Le crime pharmaceutique est une manne financière exorbitante pour le crime organisé et certains groupes terroristes (Hezbollah). Fabriquer un faux médicament sans principe actif est presque aussi facile que faire une photocopie. Extrêmement rentable et pratiquement sans risque, le trafic de faux médicaments est devenu en quelques années l'une des activités criminelles les plus lucratives. Il serait même en passe de supplanter le trafic de drogue en tête du palmarès des activités mafieuses. Pour \$1 000 investis, la production de cocaïne rapporte environ \$25 000. Celle de faux médicaments peut rapporter 20 fois plus – jusqu'à \$500 000 ! Le rapport de force est tout particulièrement inégal. D'un côté, le crime organisé transnational développe une production industrielle clandestine qui inonde le marché pratiquement en toute impunité, avec des schémas organisationnels et des modes opératoires extrêmement sophistiqués, semblables à ceux du trafic de drogue. De l'autre, les facteurs aggravants se multiplient : vide juridique, anonymat d'Internet, porosité des frontières, vulnérabilité des chaînes logistiques, déni de certains Etats / agences de santé, corruption endémique des pays cibles, etc. En point d'orgue, un manque total de coordination policière internationale.

Interpol, qui se présente souvent comme « la » réponse, a récemment obtenu d'être financé par l'industrie pharmaceutique (de même que par celle du tabac). Je suis pour ma part extrêmement réservé. Interpol est une courroie de transmission institutionnelle qui n'a aucune autonomie / compétence en matière d'investigation transnationale. De plus, pour réussir à injecter des faux médicaments dans la chaîne de santé d'un pays, le facteur corruption est déterminant. Très souvent, dans les régions les plus exposées, les interlocuteurs institutionnels d'Interpol sont eux-mêmes liés au crime organisé (Afrique sub-saharienne). Le syndrome est connu (*The Great Moonshine Conspiracy, Franklin County, Virginia, 1920's*). Nous savons depuis la Prohibition aux USA que dans tout système de corruption fondé sur une interaction en vase clos entre criminels et pouvoirs publics « protecteurs », chaque fois que l'on sollicite les officiels corrompus qui protègent un système maffieux, on contribue à renforcer ce même système.

Les failles ne sont pas seulement structurelles. La stratégie fait également débat. La police judiciaire classique ne me semble pas être l'outil le mieux adapté, car elle est par nature réactive. On enquête après un crime. Or, dans l'immense majorité des cas, les faux médicaments sont indétectables. Il faut



Face à une activité criminelle aussi spécifique, c'est l'acquisition du renseignement stratégique et opérationnel qu'il convient de privilégier.

les chercher, les collecter discrètement, les analyser, comprendre d'où ils viennent et comment ils parviennent sur

l'étagère du pharmacien. Face à une activité criminelle aussi spécifique, c'est l'acquisition du renseignement stratégique et opérationnel qu'il convient de privilégier. Il faut tendre vers une gestion anticipative du risque - ne serait-ce que pour mieux protéger les patients ! Cette approche implique de surveiller les marchés les plus perméables - y compris les 35 000 pharmacies illicites d'Internet, de cartographier les réseaux et les circuits logistiques criminels internationaux afin de localiser et détruire les ateliers clandestins de production, où qu'ils se trouvent. Ceci requiert avant tout les savoir-faire spécifiques des métiers de l'Intelligence Economique et du Renseignement.

## Notre activité / organisation

Pour un groupe comme Novartis, la menace est omniprésente. Très au-delà de l'impact économique sur certains marchés, le risque est informationnel (« *reputational* ») et les enjeux sont clairs : c'est la confiance des médecins prescripteurs et des patients en nos produits, par conséquent la crédibilité de toute la chaîne de santé du fabricant au pharmacien qui est en danger. Depuis 2011, notre groupe a adopté une approche anticipative privilégiant l'acquisition du renseignement et l'analyse du risque, en un mot l'IE. Trois idées maîtresses :

- 1- **Le positionnement** : le directeur sûreté est directement subordonné au président du groupe.
- 2- **Les synergies internes, transversales et verticales** : je dirige un comité de groupe « sécurité produit », organe de coordination inter-fonctionnelle regroupant les principaux décideurs (contrôle qualité, logistique, opérations, juridique PI et pénaliste, communication, etc.)
- 3- **Les ressources scientifiques** – notre cœur de métier, au service de la recherche et de l'analyse du Renseignement. En particulier, nous utilisons des techniques de pointe en

spectrométrie de masse pour authentifier les contrefaçons *in situ* et constituer des bases de données comparatives – une sorte de fichier des « empreintes digitales » des faux médicaments.

## Conclusion

Si la France est particulièrement bien protégée par son cadre juridique et institutionnel (DNRED, OCLAESP), c'est loin d'être le cas partout dans le monde, y compris au sein de l'UE. La criminalisation de la contrefaçon des médicaments est pour nous un enjeu stratégique majeur. La contrefaçon de la monnaie est reconnue comme « crime international » depuis 1929. Pourquoi pas celle des médicaments ? ■



➔ LA PROTECTION ET LA DÉFENSE DES ACTIFS  
DE L'ENTREPRISE : ACTEURS ET OUTILS



**Christophe  
BERTHELIN**

Chef d'escadron de la Gendarmerie nationale, Bureau des affaires criminelles, section information.

## Le rôle de la Gendarmerie dans la protection des flux informationnels

La Gendarmerie en tant que grand service public de sécurité doit s'adapter en permanence aux nouvelles formes de la délinquance et à l'inventivité des criminels. Le détournement de l'actif immatériel des sociétés constitue une menace pour le cycle d'innovation des entreprises, source de croissance économique et peut présenter des risques sanitaires et de sécurité pour les populations (contrefaçon). La maîtrise et la protection des informations stratégiques deviennent donc des éléments concourant à la maîtrise et à la protection des territoires.

Elles sont au cœur des questions de sécurité économique et donc de sécurité publique. De surcroît, 75% des cas d'attaques se concentrent sur des entreprises de moins de 500 salariés dont 80% sont situées en zone Gendarmerie nationale.

La Gendarmerie s'est engagée depuis de longues années dans cette voie en créant, l'IERSE<sup>1</sup>, dès 1997, qui a fusionné avec l'INHESJ au sein de l'INHESJ. Elle est membre associé du CDSE<sup>2</sup> et intéressante au sein du cycle de formation EUCLÈS (*Conférenciers en sécurité économique*), co-organisé par l'INHESJ et la Délégation interministérielle à l'intelligence économique. Elle a enfin créé le forum international de cybersécurité (FIC) en 2007 dont l'un des objectifs est de renforcer la sécurité dans le cyberspace.

Bien sûr, pour accomplir cette mission, elle n'est pas seule. Le ministère de l'intérieur s'appuie sur les compétences de la DCRI en matière de protection et de contre-ingérence économique et sur l'action de la Gendarmerie nationale dans le domaine de la sécurité des personnes et des biens appliqués au monde de l'entreprise. D'autres administrations ou services de l'État avec qui nous sommes en liaison étroite, agissent chacun dans leur sphère de compétence, la DPSD<sup>3</sup>, la DGDDI, la DGCCRF<sup>4</sup> et la police nationale. La Gendarmerie, en s'appuyant sur son organisation, offre un dispositif global de protection du patrimoine immatériel des acteurs économiques, publics et privés.

La Gendarmerie dispose d'une organisation in-

tégrée et déploie un dispositif préventif au service de la protection des flux informationnels. Elle a développé une démarche d'intelligence économique territoriale (IET) et une réelle capacité de détection des vulnérabilités, de sensibilisation des acteurs et de protection du patrimoine. L'IET constitue pour nous un outil de commandement opérationnel et de renseignement des autorités mais également un portail unique d'accès au service public. La force de la Gendarmerie est sa couverture du territoire national, en métropole comme en Outre-mer. C'est son maillage territorial, ses 3400 brigades, 3400 points de vente qui fournissent le service public de sécurité attendu par la population mais aussi 3400 capteurs, parfaitement intégrés dans leur environnement. Ce maillage, qui se déploie dans le monde physique, se déploie également dans le monde virtuel, dans le cyber-espace. La toile est le lieu par lequel transitent les flux informationnels mais c'est aussi un outil fantastique de détournement et d'acquisition frauduleuse de l'information. En liaison avec les chambres de commerce et d'industrie qui sont des partenaires privilégiés, les gendarmes entretiennent des relations quotidiennes avec les acteurs du monde économique local, avec les entrepreneurs, les élus, les associations, sur les marchés... Ils perçoivent les enjeux économiques et sociaux des territoires sur lesquels ils sont implantés. Le tissu des PME, des PMI et des TPE est au centre de nos préoccupations. Elles interagissent souvent avec les groupes industriels français en qualité de sous-traitant et sont souvent implantées en zone Gendarmerie. Très innovantes, détenant

(1) Institut d'études et de recherche pour la sécurité des entreprises. De 2005 à 2010, Rémy Pautrat, Préfet de Région honoraire, en fut le président et Eric Delbecq le directeur.

(2) Club des directeurs de sécurité des entreprises

(3) Direction de la protection et de la sécurité de la défense

(4) Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

des savoir-faire industriels parfois uniques, ces entreprises sont souvent mal préparées à affronter le risque de pillage de leur patrimoine immatériel. Parce qu'elles n'imaginent pas détenir d'informations susceptibles d'intéresser des concurrents, parce qu'elles ne sont simplement pas sensibilisées à ce risque, parce qu'elles pensent ne pas avoir les moyens humains et financiers de se protéger, ou encore parce que cela nuirait à leur développement industriel.

Au sein de la Gendarmerie, chaque niveau de responsabilité se voit attribuer une mission spécifique en matière d'IE : les unités élémentaires, les brigades et les compagnies recensent les entreprises, recueillent le renseignement d'intérêt économique et sensibilisent les acteurs économiques. A l'échelon départemental, la Gendarmerie dispose de cellules « renseignements » et surtout de référents-sûreté qui centralisent l'information et mettent en place des actions de prévention. Ils sont spécialement formés et capable d'établir des diagnostics de vulnérabilité à partir de questionnaires simples et de visites des sites. Les référents-sûreté ont ainsi conduit en 2012, 9000 actions de sensibilisation sur le territoire national et établi plus de 2500 diagnostics de vulnérabilité. Les renseignements recueillis auprès du chef d'entreprise ou de son responsable sécurité sont analysés et synthétisés, dans les domaines « fournisseurs et sous-traitants », « prestataires », « risques capitalistes », « système d'information », « protection

**Le tissu des PME, des PMI et des TPE est au centre de nos préoccupations.**

physique du site », « recherche et développement », « facteur humain » et « relations clients ». La vulnérabilité dans chaque domaine est notée entre 0 (prise en compte du risque) et 50 (exposition particulière au risque). Le diagnostic de vulnérabilité est ensuite présenté au chef d'entreprise, accompagné de recommandations pragmatiques et réalistes. Le référent-sûreté conseille, par exemple, de protéger physiquement les locaux, de contrôler les accès à certaines parties de l'entreprise, de faire intervenir les sociétés de nettoyage pendant les heures

ouvrées, de classer les documents selon leur confidentialité ou de préciser les règles de comportement à adopter par les cadres et les employés lors de leur déplacement (utilisation d'un ordinateur portable dans des transports en

commun, participation à des stands et des salons...). Un point particulièrement important est toujours abordé : il s'agit de l'information et la sensibilisation des associés, employés permanents ou temporaires. On considère que près des 2/3 des actes de malveillance proviennent des collaborateurs et stagiaires (l'un des cas les plus emblématiques est l'affaire HSBC).

Au niveau de chaque région, des cellules « intelligence économique », armées à la fois par des gendarmes et des réservistes issus du monde économique local, animent la démarche d'IET (Intelligence économique territoriale) et appuient les unités. La réserve citoyenne et opérationnelle offre, dans un même temps, une formidable capacité de mise



en réseau de la Gendarmerie avec le monde entrepreneurial (comme le démontre d'ailleurs ce colloque).

La direction générale élabore une doctrine, centralise le renseignement et participe aux différentes instances nationales de traitement de l'IE. Parallèlement, elle a déployé des savoir-faire et des technicités permettant de lutter contre l'ensemble des infractions liées à la violation du secret des affaires.

Si cette démarche préventive et dissuasive est nécessaire, elle n'est pas suffisante. L'atteinte au patrimoine immatériel des entreprises est une réalité quotidienne. L'objectif que nous avons est non seulement de faire cesser l'infraction mais, également, de démanteler les réseaux criminels en les frappant sur un plan patrimonial. Mais pour cela, nous avons besoin que soit engagée une action pénale. Les atteintes aux secrets des affaires susceptibles de déboucher sur des actions pénales sont le fait de groupes criminels organisés. Les techniques utilisées ne sont pas nécessairement sophistiquées mais elles impliquent un certain niveau d'organisation pour soustraire, puis éventuellement exploiter, l'information obtenue de manière illicite.

Ce n'est plus très original de dire aujourd'hui que le crime organisé se comporte comme une entreprise, cherchant à maximiser son profit en minimisant les risques. Mais justement, les sanctions pénales prévues pour l'ensemble des infractions utiles à la répression des atteintes au secret des affaires ne sont pas toujours suffisamment élevées pour être dissuasives. Un exemple célèbre illustre de manière presque caricaturale cet état de fait. Selon le « Pharmaceutical Security Institute », pour une mise de 1000 dollars, le retour sur investissement pour les trafiquants d'héroïne est de seulement 20000 dollars contre 300000 pour les faux médicaments. Dans le même temps, la peine encourue est de 20 ans pour le trafic de stupéfiants contre 3 pour la contrefaçon de médicaments. Les risques sanitaires pour la population sont pourtant au moins aussi graves dans les 2 cas.

Pour faire face à ces formes de criminalités polymorphes, présentant généralement un caractère international, s'adaptant très rapidement à l'évolution des technologies et des législations, la Gendarmerie met en oeuvre un dispositif intégré reposant sur la subsidiarité et la complémentarité des unités territoriales et des unités spécialisées. En liaison, bien sûr, avec le parquet. Les 3400 brigades sont appuyées par des brigades de recherches et des sections de recherches chargées des investigations complexes et de la lutte contre la criminalité organisée transnationale. On trouve au sein de ces unités des divisions « délinquance économique, financière et numérique » composées d'enquêteurs financiers spécialisés, d'analystes criminels et de cyber enquêteurs appelés N'tech. Tous ces enquêteurs suivent des formations de niveau licence et master II

en liaison avec des universités partenaires. L'administration centrale et les sous-directions viennent appuyer les services d'enquêtes. Le bureau des affaires criminelles constitue à ce titre un point d'entrée unique pour nos partenaires extérieurs. En matière d'atteinte au secret des affaires, 2 offices centraux de la Gendarmerie, l'OCLAESP (environnement et santé publique) et l'OCLTI (travail illégal et fraude sociale) sont particulièrement actifs. Le STRJD est chargé de centraliser le renseignement et d'effectuer des rapprochements afin de détecter des phénomènes au niveau national. Il anime et coordonne, à travers sa « division de lutte contre la cybercriminalité », l'action de la Gendarmerie sur le net et les investigations numériques. Notamment à travers les cyber-patrouilles. Les enquêtes sont menées en liaison avec Europol, Interpol et avec nos partenaires opérationnels, publics ou privés, comme les sociétés internationales de moyens de paiement ou les transporteurs internationaux.

**Pour les enquêteurs, l'atteinte au secret des affaires recouvre un champ infractionnel relativement vaste mais qui n'est pas totalement efficient. Voici quelques exemples d'infractions. L'abus de confiance** (art 314-1 CP) qui peut paraître adapté est finalement peu usité car ses éléments constitutifs ne correspondent que partiellement aux situations rencontrées. **L'escroquerie** est en revanche fréquemment utilisée par les délinquants pour obtenir l'information recherchée. C'est, par exemple, le cas des « faux ordres de virement ». L'information financière et comptable recherchée par les délinquants est obtenue par un travail de « social engineering » ou par le biais de virus informatiques. Cette information permet aux criminels de comprendre le fonctionnement interne d'une société, le circuit de prise de décision afin d'obtenir par des manoeuvres frauduleuses le transfert de sommes importantes, de plusieurs centaines de milliers d'euros vers des comptes bancaires situés dans des établissements chinois ou chypriotes. Les montants détournés sont colossaux (OCRGDF). Cependant, ce qui est intéressant dans cet exemple c'est également le nombre de tentatives qui échouent. En fonction des dispositifs préventifs mis en place, de l'organisation interne, des procédures de validation, de contrôle et d'engagement de paiement, un nombre de sociétés déjoue heureusement ce type d'action. Les victimes principales restent les PME-PMI. **La contrefaçon** fausse le libre jeu de la concurrence, trompe le consommateur en lui faisant courir des risques pour sa santé et sa sécurité, et constitue une menace pour l'emploi. Elle est le fait de la criminalité organisée car elle nécessite souvent des circuits de production et de distribution lourds. Un certain nombre d'enquêtes importantes sont traitées régulièrement par les unités de Gendarmerie, dans le monde du luxe, de l'agroalimentaire et de la santé publique mais pas uniquement. La contrefaçon, réprimée par le code de la propriété intellectuelle<sup>5</sup> est emblématique de l'atteinte au secret des affaires. **L'Accès ou maintien frauduleux dans**

Les victimes principales restent les PME-PMI.

(5) Code de la Propriété Intellectuelle en particulier, les articles L.331 et suivants, réprimant les atteintes aux droits d'auteur et aux droits voisins du droit d'auteur, les articles L.521.1 et suivants réprimant les atteintes aux droits sur les dessins et modèles, les articles L.613-3 et suivants réprimant les atteintes aux droits des brevets et les articles L.716.1 et suivants réprimant les atteintes aux droits du propriétaire d'une marque.

un **STAD** (systèmes de traitement automatisés de données) qui permet d'obtenir l'information confidentielle ou de la bloquer dans les serveurs informatiques des sociétés. C'est le cas des piratages de sites qui, selon les cas, portent atteinte à l'image de l'entreprise ou provoquent d'importantes pertes financières s'il s'agit d'un site de vente en ligne. Dans un exemple récent, qui vient de se produire dans le sud de la France, la plainte de l'entreprise auprès de la Gendarmerie a permis l'intervention d'un enquêteur N'Tech qui a pu proposer des mesures d'urgence en lien avec l'hébergeur. **L'usurpation d'identité** (généralement sur les réseaux sociaux, dans 85% des cas selon microsoft) prévue par l'article 226-4-1 du CP ne concerne pas seulement le nom et le prénom de la victime mais toutes les données « identifiantes » au sens large (marque, logo, sigle...).

**Cependant, dans le cadre de ces investigations, nous rencontrons un certain nombre de difficultés. De nature culturelle tout d'abord** : enquêteurs et magistrats travaillent essentiellement avec le code pénal, voir le code monétaire et financier. Le code de la propriété intellectuelle, s'agissant notamment de la contrefaçon, est austère, complexe. Il est naturellement mal connu des enquêteurs et des magistrats qui sont réticents à s'y référer. D'où un nécessaire effort de formation. **De nature juridique** : la matérialisation de l'infraction. Il y a souvent dans ces enquêtes une réelle difficulté à matérialiser l'infraction et à évaluer le préjudice, pour nous comme pour les magistrats. **De nature géographique** : ces enquêtes présentent généralement un caractère international. Les bassins de production de la contrefaçon sont l'Asie et le Moyen-Orient pour l'essentiel, les capitaux illicites, fruits de l'activité criminelle sont transférés vers des banques situées dans des pays peu coopératifs. Si l'entraide internationale, judiciaire et policière progresse, c'est moins vrai pour ces contentieux économiques sensibles, notamment en temps de crise. **De nature technique** enfin, les enquêteurs ne disposent pas encore de toutes les prérogatives leur permettant d'agir efficacement contre ces formes de délinquance. Des groupes de travail interministériels sont actuellement en cours, en liaison avec le ministère de la Justice, pour renforcer les outils juridiques mis à disposition des forces de l'ordre (Exemple : l'enquête sous pseudonyme et le coup d'achat en matière de contrefaçon).

## Conclusion

- **Un constat** : En matière d'atteinte au secret des affaires, nous manquons d'un outil juridique réellement opérant sur le plan pénal.
- **Optimiste** : En l'état du droit pénal, la saisie des avoirs criminels est une solution qu'il faut continuer à développer car elle s'attaque au produit du crime (la finalité de toute action criminelle).
- **Volontariste** : Plus que jamais, il apparaît nécessaire de développer les actions partenariales et le travail collaboratif public-privé selon des modalités qui restent à définir. ■





**Didier DOUILLY** Major de la Gendarmerie nationale, Bureau des affaires criminelles - Délinquance financière-cybercriminalité-contrefaçon

## La Gendarmerie : un partenaire privilégié de la lutte contre la contrefaçon

La contrefaçon, infraction liée au droit de la propriété intellectuelle, recouvre des enjeux économiques et sanitaires qui ne peuvent pas être ignorés par la Gendarmerie. Ce pan de la délinquance, très rémunérateur pour un risque pénal relativement faible, est de plus en plus investi par des groupes relevant de la criminalité organisée. En outre, l'outil Internet offre un vecteur de diffusion rapide, planétaire et par lequel les acheteurs sont directement mis en relation avec les fournisseurs, les groupes criminels servant de prestataires de service pour mettre en adéquation l'offre et la demande.

La réponse à la progression des infractions en lien avec la contrefaçon se structure peu à peu depuis les années 2000<sup>1</sup>; les services de police judiciaire et des douanes sont dorénavant en mesure d'apporter des solutions adéquates, dans un laps de temps toujours plus court, à la fraude sur les produits et les marques.

La Gendarmerie nationale s'inscrit comme un acteur majeur de la lutte anti-contrefaçon. Son maillage territorial, allié à des principes d'action fondés sur la complémentarité et la subsidiarité des unités, permet d'apporter une réponse adaptée et pertinente sur l'ensemble du spectre lié à cette délinquance allant du fait isolé à la lutte contre la criminalité organisée. Les enquêtes judiciaires, orientées sur le démantèlement des filières internationales et la saisie des avoirs criminels, s'appuient, d'une part, sur un échelon local armé de 400 enquêteurs formés à la délinquance financière (DEFI<sup>2</sup>) et de 250 personnels spécialisés en matière de nouvelles technologies. Afin de lutter efficacement contre la cybercontrefaçon, la Gendarmerie peut s'appuyer au niveau central sur la division cybercriminalité du STRJD<sup>3</sup>. Les spécialistes qui arment cette division participent à la détection des sites Internet se livrant au commerce de la contrefaçon et initient les procédures qui seront poursuivies par les unités locales. Des actions spécifiques sont menées en lien avec les titulaires de droit. Ils peuvent également s'appuyer sur les 250 personnels spécialisés en matière de nouvelles technologies répartis sur l'ensemble du territoire. Au niveau international, la Gendarmerie prend part aux rencontres multilatérales traitant de la contrefaçon au sein d'Europol et contribue à l'alimentation d'un fichier de travail spécialement dédié à la

lutte contre ce phénomène.

Le bureau des affaires criminelles de la Direction générale de la Gendarmerie nationale (DGGN) suit particulièrement cette thématique en conduisant des actions offensives (création de cellules d'enquêtes spécifiquement dédiées à la contrefaçon), en développant les partenariats avec les interlocuteurs institutionnels nationaux (direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières; service national de la douane judiciaire; plate-forme d'identification des avoirs criminels), et en participant aux différents groupes de travail du Comité National Anti-Contrefaçon. Mais l'action de ce bureau consiste principalement à être identifié comme point d'entrée au profit des titulaires de droits ou des unités de Gendarmerie. Ce rôle central permet aux titulaires de droits qui souhaitent engager une procédure pénale d'obtenir un engagement opérationnel de la gendarmerie au travers des brigades territoriales, des brigades ou des sections de recherches. Ce point d'entrée permet également aux unités d'identifier efficacement le responsable juridique de la marque en mesure d'authentifier le produit découvert et de poursuivre l'enquête judiciaire engagée. ■

(1) L'effort législatif en matière de lutte anticontrefaçon a d'abord été initié par la loi dite Longuet de 1994, puis été relayé par des lois de 2004 et de 2007 proposant un véritable droit pénal de la contrefaçon; le Plan Intergouvernemental du 2 juin 2004 est symptomatique du caractère prioritaire de la lutte anticontrefaçon pour les forces de Gendarmerie.

(2) L'objectif principal mis en exergue était celui de la capacité à caractériser certaines infractions spéciales et complexes ainsi que les techniques visant à identifier et saisir les patrimoines des délinquants.

(3) Service Technique de Recherches Judiciaires et de Documentation



**François-Xavier KELIDJIAN**

Avocat associé chez BEA Avocats  
au Barreau de Paris

## Protection et défense des actifs immatériels : forces et faiblesses des juridictions spécialisées

Introduire la distinction, droits d'auteur, dessins et modèles, d'une part, et droit des marques et brevets, d'autre part, répondant à des régimes procéduraux distincts.

Selon que l'on cherche à défendre devant le juge ces différents actifs immatériels qui comptent de plus en plus tant au plan quotidien de l'activité de l'entreprise qui s'inscrit nécessairement dans la globalisation des échanges et la compétitivité de nos entreprises à l'extérieur de l'hexagone, on s'adressera au juge pénal ou au juge civil, et plus spécifiquement, en fonction des droits qui méritent d'être sanctionnés, aux juridictions spécialisées auxquelles il a été fait attribution de compétence exclusive.

L'objectif de toute entreprise qui voit ses droits de propriété intellectuelle attaqués est d'obtenir une réponse efficiente et rapide, ce qui a conduit comme dans d'autres domaines à la mise en place progressive de chambres spécialisées au sein des juridictions : tribunal de commerce et tribunal de grande instance ; à rattacher aux Parquets économiques et financiers les infractions pénales en lien avec les actes de contrefaçon.

C'est ainsi qu'au sein même de l'ordre juridictionnel des compétences exclusives ont été rattachées au tribunal de grande instance ; le droit des marques et les brevets d'invention. Ainsi, en avril 2005, un Pôle de compétence s'est-il créé en matière de propriété intellectuelle au tribunal de grande instance de Paris, précédant un décret attribuant compétence exclusive, notamment en matière de brevets d'invention, à certains tribunaux et Cours d'appel sur le territoire. Une compétence partagée coexistait cependant entre le tribunal de commerce, habilité à connaître les actions liées aux dessins et modèles, et le tribunal de grande instance, connaissant des actions attachées aux droits d'auteur.

Ce mouvement s'est ensuite inscrit dans les dispositions com-

binées de la loi sur la lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007 et celles de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

Et c'est le juge de la Cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 11 février 2009, a estimé que seul le tribunal de grande instance était compétent pour connaître des actions en matière de propriété intellectuelle, et ce, à titre exclusif ; cela regroupait toutes les actions introduites en matière de marques, de brevets, de dessins et modèles, de la propriété littéraire et artistique incluant les droits d'auteurs, les droits voisins du droit d'auteur, les droits des producteurs de bases de données.

Cet arrêt a retenu pour date d'application celle du lendemain de la publication au Journal Officiel de la loi sur la lutte contre la contrefaçon, soit le 31 octobre 2007, nonobstant le fait que les décrets d'application désignant les tribunaux spécialisés n'étaient pas encore publiés et a eu pour conséquence que le tribunal de commerce qui s'était saisi du litige déféré à la Cour a vu sa saisine invalidée.

Il en est résulté une grande incertitude pour les plaideurs : que faire des actions en cours d'introduction devant le juge du commerce ? Que faire des procédures déjà engagées devant le tribunal de commerce ? Restait-il compétent pour traiter les affaires en cours ou devait-il les renvoyer au tribunal de grande instance, par l'effet de la passerelle prévue par le code de procédure civile ?

Il a fallu deux décrets du 9 octobre 2009, entrés en vigueur le 1er novembre 2009, pour achever le processus en attribuant compétence exclusive aux tribunaux de grande instance, en matière de propriété littéraire et artistique, de droits d'auteur,

droits voisins du droit d'auteur, de marques. Neuf tribunaux ont été nouvellement désignés dans le Code de l'organisation judiciaire pour connaître de ces actions et les Cours d'Appel de leur ressort. Une seule juridiction est habilitée à connaître des actions liées aux brevets d'invention, le tribunal de grande instance de Paris, poussant à l'extrême la spécialisation et lui accordant une nouvelle « exclusivité » aux cotés des actions liées à la marque communautaire qu'il connaissait déjà.

En matière de recours contre les décisions du directeur de l'INPI, seule la Cour d'appel de Paris devient compétente pour connaître de ses décisions en matière de brevets d'invention, de certificats d'utilité, etc... ; alors que neuf Cours d'appel se voient désignées sur le territoire pour connaître des recours contre les décisions du directeur de l'INPI en matière de marques, dessins et modèles.

En matière pénale, le législateur n'a pas fait le choix de créer une juridiction spécialisée et a maintenu le traitement des infractions pénales aux infractions relatives à la propriété intellectuelle, telles que l'abus de confiance, le vol et le recel aux Parquets financiers auxquels sont rattachés des enquêteurs spécialisés, gendarmes, douaniers, policiers, etc... L'environnement criminel du piratage et de la contrefaçon rattache souvent ces activités au crime organisé pouvant justifier la compétence des juridictions interrégionales spécialisées (un rapport du Sénat du 11 février 2011 relève que 10% de l'activité des JIRS sont consacrés au traitement de ces affaires très complexes, il n'y a pas d'autres statistiques sur les affaires traitées par des chambres pénales spécialisées auxquelles sont rattachés les parquets économiques et financiers ainsi que sur les affaires qui rejoignent les audiences de droit commun lorsqu'elles sont simples).

En matière de protection sur internet des créations originales, c'est la Loi Hadopi 1 et 2 qui est venue renforcer l'arsenal des mesures prévues en les adaptant à la spécificité du support. Alors quel bilan tirer de ces juridictions spécialisées auxquelles on attribue des compétences exclusives dans un domaine où le besoin de droit va croissant et où les enjeux économiques sont majeurs, la contrefaçon étant un fléau économique et social dont les conséquences pour l'économie sont accablantes ; 30 000 à 40 000 emplois détruits en France et près de 6 milliards d'euros de pertes, comprenant outre la perte des entreprises, la perte des recettes fiscales.

En matière pénale, le fait que les JIRS, les chambres pénales spécialisées, les parquets économiques et financiers soient compétents pour traiter de ces affaires se justifie par le trouble à l'ordre public que génère la contrefaçon, l'environnement criminel qui s'illustre par différents délits d'association de malfaiteurs, de blanchiment d'argent, de recel, etc... et qui s'exerce de manière aussi globalisée que l'économie dans laquelle nous vivons, justifie de maintenir un arsenal pénal fort ; les outils existent, les acteurs de la chaîne pénale sont de plus spécialisés, gendarmes et douaniers sont devenus des cyber-enquêteurs, les parquets et les juridictions collaborent avec toutes les organisations nationales et mondiales (INPI, OMPI en liaison avec INTERPOL). La réponse pénale doit rester forte et répressive pour envoyer un signal aux partenaires

économiques de la France, aux entreprises françaises et étrangères sur notre territoire, aux particuliers également concernés en leur qualité de consommateurs et aux délinquants. Qu'en est-il cependant du sort réservé au plaignant qui est à l'origine de l'action publique, saisit un parquet ; souvent il est en recherche d'une sanction forte et symbolique qu'il espère trouver dans la réponse pénale et pour autant qu'il ait assuré préalablement la protection de ses droits, et que les preuves des infractions soient recueillies par les enquêteurs, il trouvera dans la réponse pénale le plus souvent un motif de satisfaction. Cependant une fois la plainte engagée, le travail des enquêteurs et du parquet, lui, reste méconnu. Le secret de l'enquête préside à cette préservation des actes en cours. Dans le cas d'une instruction préparatoire, la victime, alors partie civile devant le magistrat instructeur, sera plus associée à l'enquête, mais le temps des poursuites ne viendra que beaucoup plus tardivement et également le temps de la réparation.

Devant la juridiction civile, tribunal de grande instance, tout sera le plus souvent une question de preuve des actes contrefaisants et le plaideur a à sa disposition la voie des mesures d'instructions ordonnées sur requête, procédure qui a l'avantage de ne pas être contradictoire, et le référé, pour préserver des preuves, remonter une chaîne de distribution, de fabrication, etc... C'est efficace et rapide, les acteurs sont spécialisés, huissiers de justice constatant, sachants pouvant être désignés, experts amenés à intervenir, etc... Le plaideur est directement associé à la procédure à travers les organes de son entreprise, et cette phase préparatoire permet avant toute procédure au fond de conserver ou d'établir des preuves de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige (art.145 du CPC). La phase du procès s'ouvrira ensuite, trop souvent pour une période trop longue pour le plaideur et pour un résultat financier qu'il jugera insuffisant la plupart du temps. Rappelons qu'il n'y a pas de dommages intérêts punitifs dans notre droit, et que bien souvent le juge a du mal à apprécier

le quantum des indemnités à allouer, parfois en raison d'un dossier mal construit, mais souvent la valorisation d'un actif immatériel est difficile à rapporter, et parfois par l'excessive pudeur qui le conduira à prononcer des condamnations à l'aune de son propre barème en la matière. La pratique antérieure du tribunal de commerce était plus en adéquation avec l'impact économique subi par l'entreprise plaignante, les juges consulaires étant par nature plus attentifs au sort de la réparation que le juge professionnel. Gageons qu'à la spécialisation renforcée des juridictions aujourd'hui chargées d'assurer la sanction de la propriété intellectuelle, la répression pénale, si souvent recherchée, aura pour corolaire devant le juge civil des condamnations financières fortes, tenant compte, au-delà du manque à gagner, de l'impact réel économique sur les entreprises, du piratage et de la contrefaçon. La spécialisation nécessite une formation importante de tous les acteurs judiciaires en lien avec les attentes des entreprises pour apporter une réponse appropriée, rapide et efficace à leurs attentes. Ce n'est qu'à ce prix que l'on pourra espérer éradiquer un phénomène qui touche tous les pans de la vie économique et apporter une réponse constructive à ceux qui en sont les victimes, c'est-à-dire nous tous. ■



**Claudia GHICA-LEMARCHAND**

Professeur des universités à la faculté de Rennes 1, chargée d'enseignement à l'Institut d'études judiciaires de Paris II et à l'université de Paris XII

## Protection du savoir-faire et des informations stratégiques de l'entreprise

Pour appréhender les atteintes au secret des affaires, le droit pénal doit disposer d'une définition claire et précise de la notion, puisqu'il est soumis au principe de l'interprétation stricte, ce qui veut dire que la loi ne peut s'appliquer en dehors de son champ naturel d'intervention. Or, aucune incrimination actuelle ne porte sur le secret, en général, ou sur le secret des affaires, en particulier.

C'est la raison pour laquelle il convient de définir d'abord la notion. Pour cela, le droit pénal n'est pas utile, il convient d'appliquer les grandes classifications du droit civil. Le secret des affaires fait référence aux informations et connaissances de l'entreprise, au sens large, ce qui peut être englobé dans la catégorie des biens meubles immatériels, qui sont protégés par le droit de propriété dans sa forme matérielle et juridique. De ce fait, le Code pénal conçu en 1810 était tourné essentiellement vers la criminalité violente et matérielle. Si à l'origine, seul le droit de propriété semblait protégé, actuellement, le droit pénal sanctionne l'inexécution de certaines obligations

(abandon de famille, détournements d'objets saisis, organisation frauduleuse d'insolvabilité) ou protège pénalement certains droits personnels et non seulement aux droits réels, englobant ainsi des droits extra-patrimoniaux (les droits de la personnalité à l'image ou à la vie privée). Le vingtième siècle a connu une véritable révolution technologique ayant conduit à une dématérialisation des patrimoines et de leurs éléments constitutifs. Le droit pénal, droit tangible par essence, s'est trouvé confronté à une société hautement consommatrice d'informations, dans le cadre de la vie publique ou privée, personnelle ou professionnelle et contraint de s'adapter à la nouvelle économie de l'immatériel. L'information est entendue ici dans son sens originel, hérité du latin « informatio » qui vise le dessin, l'esquisse, la conception. L'information n'est pas considérée par le droit comme une idée abstraite, mais un message communicable, coulée en signes intelligibles donnant naissance à la propriété intellectuelle et artistique. Il suffit de comparer le patrimoine

**Est-ce que les outils permettant de protéger ces nouvelles formes de patrimoine et d'en réprimer les atteintes portées sont suffisants dans la société contemporaine ?**

de Robinson Crusoe à celui de Bill Gates pour prendre conscience de cette révolution. Mais est-ce que les outils permettant de protéger ces nouvelles formes de patrimoine et d'en réprimer les atteintes portées sont suffisants dans la société contemporaine ? L'évaluation du droit positif démontre qu'il y a une véritable nécessité, il est même possible de parler d'urgence, à consacrer une réflexion spécifique à la répression de ce type de comportement doublement particulier. D'une part, ces infractions sont spécifiques de par la modernité de leur *modus operandi* et leur caractère hautement évolutif. D'autre part, ces infractions sont traditionnelles dans leur forme car elles ont des répercussions macro-économiques importantes, épousant, de fait, la conception classique de l'infraction en tant qu'atteinte à l'intérêt social.

### Evaluation du droit existant

La réponse est ici plus complexe, car elle se décline en deux parties selon le type d'incrimination pouvant être envisagées. Si certaines de ces incriminations ont pu ou su s'adapter à cette mutation, le législateur a créé un système répressif destiné à appréhender ces nouvelles atteintes.

#### Les incriminations classiques

En premier lieu, il est intéressant de savoir si les incriminations classiques contre les biens peuvent s'appliquer aux atteintes au secret des affaires. Si l'abus de confiance et l'escroquerie se sont dématérialisés, offrant une grande adaptabilité aux modifications technologiques de la société, le vol reste imperméable à cette évolution.

Le vol est défini par l'article 311-1 CP comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Le choix des termes par le législateur enferme l'incrimination dans un cadre exclusivement matériel. Le vol n'est plus défini uniquement comme une atteinte matérielle consistant dans le fait de « prendre, enlever, ravir », puisque l'atteinte juridique peut être punie à travers le vol d'usage (le fait « d'emprunter » une voiture), le vol par reproduction (le fait de photocopier des documents appartenant à autrui), le vol d'énergie, mais le vol exclusif d'informations n'est pas punissable. L'incrimination de vol n'est pas applicable aux biens immatériels, la qualification pénale n'étant possible que lorsque le bien s'intègre à un support matériel (disquette, CD-Rom ou clé USB). Après une polémique vive déclenchée par trois arrêts rendus par la Cour de cassation en 1989 et 1992 (Crim. 12 janvier 1989, Crim. 1<sup>er</sup> mars 1989, Crim. 3 mars 1992), l'interprétation stricte du vol semble l'emporter, confirmé par deux éléments supplémentaires – le fait que le Nouveau Code pénal ait maintenu cette tendance, alors que le législateur avait l'occasion de faire évoluer l'incrimination, et un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mars 2008 où le vol maintient l'exigence de matérialisation (« est imputable la copie, sur un support matériel du contenu informationnel des fichiers »). On considère donc que deux éléments constitutifs du vol font défaut. D'une part, la chose est nécessairement un bien tangible, visible et quantifiable, car elle est limitée aux biens meubles corporels et le secret des affaires n'est pas compatible avec cette définition. D'autre part, la soustraction pose le postulat d'un amoindrissement du patrimoine de la victime. Or, lorsqu'il y a atteinte au secret des affaires, le possesseur de l'information n'est pas privé de son information, qui ne lui est donc pas soustraite, seule sa confidentialité est atteinte. Si la responsabilité pénale pour vol de données est impossible, la qualification pénale est envisageable pour vol de disquette, CD-Rom ou clé USB. Les juges utilisent un artifice juridique de qualification permettant de protéger la valeur économique des données en les incorporant à la valeur juridique protégée, le droit de propriété. A signaler ici une proposition intéressante émanant d'un membre de la doctrine, le professeur Berlioz<sup>1</sup>, qui est contre la proposition de loi telle qu'elle a été votée et qui propose la modification de l'article 311-1 CP. La modification ne devrait pas porter sur le terme de chose, qui est la grande revendication des pénalistes, mais qui selon lui est le synonyme parfait du bien, mais sur la définition du comportement réprimé qui consisterait non plus en la « soustraction » mais en la « captation » de la chose. Deux alinéas supplémentaires seraient rajoutés : « 1° pour les choses corporelles, cette captation s'entend de la soustraction de la chose d'autrui ; 2° pour les choses incorporelles, cette captation s'entend aussi bien de la soustraction du support que de la reproduction voire de la simple prise de connaissance de la chose d'autrui ». Cette rédaction permettrait de dépasser les difficultés liées à l'absence de privation de droits et de jouissance du propriétaire.

**Si l'abus de confiance et l'escroquerie se sont dématérialisés, offrant une grande adaptabilité aux modifications technologiques de la société, le vol reste imperméable à cette évolution.**

En revanche, l'escroquerie et l'abus de confiance ont connu un mouvement de dématérialisation qui permettrait leur application aux atteintes portées au secret des affaires. L'escroquerie, définie à l'article 313-1 CP, constituée par la remise provoquée par des moyens frauduleux, peut porter sur un bien matériel et immatériel, donc pourrait s'appliquer à une information. L'incrimination la plus intéressante, car c'est la seule ayant donné lieu à des condamnations pour des atteintes portées au secret des affaires, est l'abus de confiance qui a connu une évolution rapide dans le cadre de la jurisprudence de la dernière décennie. Selon le CP, l'abus de confiance constitue un détournement portant sur « des fonds, des valeurs ou un bien quelconque », alors que la Cour de cassation a rajouté « et non pas seulement à un bien corporel »<sup>2</sup> qui a été préalablement remis à la personne de manière précaire. L'expression de « bien quelconque », plus large que celle de « chose » dans le cadre du vol, permet à la Cour de cassation de dématérialiser le délit en affirmant qu'il ne s'applique pas seulement à un bien corporel, dès lors que ce bien constitue une valeur patrimoniale (numéro de carte bancaire, détournement de la connexion internet professionnelle, d'informations relatives à la clientèle et dernièrement même de la force de travail). Cette dématérialisation du délit d'abus de confiance permet de punir certaines atteintes au secret d'affaires, à l'instar d'une décision bien connue de la Cour de cassation du 22 septembre 2004<sup>3</sup>. Un projet intellectuel, bien incorporel par essence s'incorporant au secret d'affaires, peut être puni sous la qualification de l'abus de confiance. En l'espèce, un salarié embauché par une société comme cadre technico-commercial est chargé du projet de mettre au point « une borne informatique de gestion » pour le compte d'un client de la société. Il commence le travail et prend contact avec le client pour lui faire une offre préliminaire au nom de cette société. Quelques semaines plus tard, alors qu'il n'avait pas encore démissionné, il adresse au même client, une offre émanant d'une autre société avec laquelle il est entré en contact et qui emporte le marché. Mis au courant des faits, le premier employeur porte plainte, même si la borne n'a jamais été réalisée. Les juges condamnent le salarié indélicat pour abus de confiance par détournement de projet. Le projet constitue un bien répondant aux critères classiques du droit civil : l'utilité de l'élément pour l'entreprise (car il a une valeur économique), le caractère appropriable (il a vocation à la circulation juridique et confère le pouvoir d'en disposer). Le projet peut faire l'objet du droit de propriété. La Chambre criminelle innove dans cet arrêt, car elle quitte son parcours classique tendant à rattacher le bien immatériel à un support matériel. L'artifice consistant à faire absorber l'élément immatériel par le support est abandonné au bénéfice d'une analyse plus moderne reconnaissant une réelle valeur aux biens incorporels prépondérants dans la société contemporaine. La Cour de cassation assure une analyse classique du délit à ce bien nouveau. L'employeur remet une mission au salarié

(1) BERLIOZ P., « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », RTD Com. 2012 p. 263.

(2) Crim. 14 novembre 2000, Bull. n° 338 ; D. 2001, p. 1423, note DE LAMY ; Dr. Pén. 2001, comm. n° 28, obs. VERON ; RSC 2001, p. 385, obs. OTTENHOF.

(3) Crim. 22 septembre 2004, JCP 2005, II, 10034, note MENDOZA-CAMINADE ; D. 2005, jur., p. 411, note DE LAMY ; Dr. pén. 2004, comm. n° 179, obs. VERON ; JCP 2005, I, 106, n° 1, obs. VERON ; AJ Pénal 2005, p. 22, obs. LEBBLOIS-HAPPE.



consistant à élaborer un projet avec les moyens mis à sa disposition par l'entreprise et pour son compte. L'usage déterminé du projet est précisé par l'employeur, le salarié n'étant que détenteur du projet. Le fait de détourner le projet constitue l'abus de confiance car le salarié effectue une interversion de ses pouvoirs sur le bien. Alors qu'il en est simple détenteur, il se comporte comme son véritable propriétaire. Si certains auteurs craignent une application démesurée de cette nouvelle dimension de l'abus de confiance<sup>4</sup>, d'autres saluent « un dépoussiérage du droit », « un vent nouveau en bousculant les classifications traditionnelles »<sup>5</sup>. Cette même analyse a été appliquée à plusieurs reprises par des juridictions du fond dans des hypothèses voisines. Une décision très intéressante, pourtant il s'agit d'une décision d'espèce

- un jugement du TGI Clermont-Ferrand rendu 21 juin 2010, décision devenue définitive car il n'y a pas eu d'appel. Michelin a recruté un ingénieur en recherche nommé responsable du centre de recherche. Il donne sa démission et adresse à plusieurs entreprises concurrentes des courriers en leur indiquant qu'il est en possession de données et informations sur les projets de Michelin dans les 5 ans à venir. Une entreprise informe Michelin et met en place avec elle un mécanisme de remise des informations en échange des sommes d'argent. Plainte pour triple qualification :

- atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation (le fait que le centre de recherche soit soumis à un régime restrictif n'induit pas qu'il gèrait nécessairement des éléments essentiels du potentiel économique de la France);

### Le projet peut faire l'objet du droit de propriété.

- abus de confiance ;
- révélation d'un secret de fabrique (aucun élément objectif présent).

Le TC a retenu uniquement l'abus de confiance. Il avait détourné des données collectées dans le cadre de son activité professionnelle, dont il n'avait qu'une détention précaire. S'il convient de saluer cette dématérialisation propice à la protection pénale du secret d'affaires, elle est fortement limitée par la définition légale de l'abus de confiance de l'article 314-1 CP. La qualification du délit ne peut intervenir que dans le cadre d'une remise précaire préalable de l'information et détournement, donc dépassement des pouvoirs

concedés dans ce cadre. Il est possible de punir le salarié, le stagiaire, nous avons tous en mémoire le cas de la stagiaire

chinoise qui a détourné des informations essentielles lors d'un stage chez Airbus, mais en l'absence d'un lien de droit préalable unissant l'auteur à sa victime, la qualification pénale ne peut être envisagée.

A ce stade de la démonstration, on peut donc constater que la terminologie juridique traditionnelle du Code pénal, héritée du dix-huitième siècle, punit les infractions contre les biens, difficilement compatibles avec le secret d'affaires, malgré la réforme de 1994. Cependant, on constate une dématérialisation nécessaire de l'économie et l'apparition de nouveaux comportements illicites. Si, selon les chiffres avancés par le service du délégué interministériel à l'intelligence économique, en 2010, on a comptabilisé en France 1 000 atteintes au secret des affaires, ce chiffre semble bien en dessous de la réalité pour

(4) VERON, *idem*.

(5) MENDOZA-CAMINADE, *idem*.

plusieurs raisons. D'une part, une atteinte au secret des affaires réussie est une atteinte qui ne sera jamais détectée. Il est fort probable que le chiffre noir de cette criminalité soit extrêmement important. Ensuite, il existe un autre chiffre difficilement compatible avec celui-ci, le chiffre avancé par l'ONU DC (Office des Nations-Unies contre la drogue et le crime) pour évaluer le chiffre d'affaires de la criminalité organisée et qui l'a établi à 2 100 milliards de dollars pour l'année 2009. Or, la deuxième activité la plus lucrative est la contrefaçon qui n'est que la conséquence directe des atteintes portées au secret des affaires. La criminalité déborde donc largement du cadre fixé initialement par le législateur, ce qui conduit le législateur à créer et développer d'autres incriminations.

### Des incriminations modernes

De nombreux textes répressifs modernes protègent des biens incorporels et se sont adaptés à cette évolution qui est apparue à la simple lecture du classement des plus grandes fortunes mondiales par des magazines économiques. Loin de retenir encore les fortunes immobilières et des grandes propriétés terriennes, de jeunes créateurs de sociétés de service informatiques caracolent en tête du classement. Les créateurs de Google ont remplacé les Rotschild et Guggenheim. Selon la célèbre formule de Roubier, « le propriétaire referme la main sur la chose qu'il possède, alors que l'inventeur ou l'auteur l'ouvrent toute grande pour livrer au public leur trésor »... Certaines matières de droit pénal technique tiennent compte de cette évolution et semblent modeler la philosophie protectrice du patrimoine en créant de nouvelles incriminations inspirées de l'économie dématérialisée et virtuelle. Très nombreuses, leur étude exhaustive est difficile et se révèle inutile. Mettant en oeuvre une politique pénale générale, seule leur inspiration commune est intéressante car elle révèle la nouvelle dimension de la politique pénale contemporaine.

Le Code pénal, aux articles 323-1 et suivants, punit les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données, en partant de leur source (l'introduction ou maintien dans le système) jusqu'à l'obtention du résultat (modification, altération ou entrave des données ou du fonctionnement du système). Le comportement réprimé consiste en une atteinte totalement dématérialisée à des informations, donc éventuellement à un secret d'affaires.

La livraison d'informations à une puissance étrangère, définie par les articles 411-6 à 411-8 CP et, plus généralement, les infractions portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, réprimées par le titre premier du livre IV du code pénal (articles 410-1 et suivants), sont difficiles à mettre en oeuvre pour lutter contre la divulgation de secrets d'affaires. L'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation n'est en effet pas aisée à établir devant les juridictions dans ce type d'affaires. Par exemple, dans l'affaire « Michelin » mentionnée précédemment, ayant donné lieu au jugement du tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand du 21 juin 2010, ce dernier a

ainsi prononcé la relaxe pour les infractions relatives à l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. En effet, il a jugé que le seul classement du centre de recherche concerné en établissement à régime restrictif n'induisait pas nécessairement que des éléments essentiels du potentiel économique de la France, au sens de l'article 410-1 du code pénal, étaient concernés. A également été relevé le fait que le prévenu s'était adressé à trois entreprises étrangères, non pas en raison de leur qualité d'entreprises étrangères, mais de concurrents directs de Michelin. Dans l'affaire « Michelin », il peut être relevé que le tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand, dans son jugement du 21 juin 2010, a constaté qu'aucune précision concernant le dépôt éventuel d'un brevet sur les informations rassemblées par l'ancien salarié concerné n'avait été apportée et a prononcé la relaxe pour le délit de révélation de secret de fabrique, alors que, ni les textes applicables, ni la jurisprudence antérieure, n'exigent que le procédé en cause soit breveté ou brevetable.

**Il est fort probable que le chiffre noir de cette criminalité soit extrêmement important.**

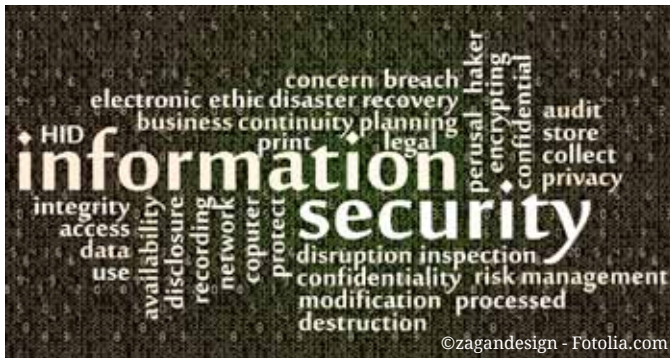
Ensuite, il existe des incriminations expressément prévues pour certaines atteintes spécifiques au secret des affaires. Le délit de divulgation d'un secret de fabrique, prévu à l'article L. 1227-1 du

code du travail et à l'article L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle, ne permet de sanctionner que les salariés et dirigeants de l'entreprise concernée et la notion est plus étroite que celle de secret des affaires. La définition du délit d'atteinte au secret de fabrique est extrêmement étroite et ne permet pas de protéger efficacement le secret d'affaires. Le délit de contrefaçon présente indiscutablement un lien avec les différentes atteintes au secret des affaires. Le code de la propriété intellectuelle envisage un certain nombre d'infractions qui consistent dans la violation des droits de reproduction ou de représentation ou du droit moral. La contrefaçon peut se définir « comme :

- la reproduction, l'usage, l'apposition ou l'imitation d'une marque identique ou similaire à celle désignée dans l'enregistrement, sans l'autorisation du propriétaire ou du bénéficiaire du droit exclusif d'exploitation ;
- toute copie, importation ou vente d'une invention nouvelle, sans le consentement du titulaire du brevet ;
- toute reproduction totale ou partielle d'un dessin ou modèle, sans autorisation de l'auteur ;
- toute édition d'écrits, de compositions musicales, de dessins, de peintures ou de toute autre production imprimée ou gravée en entier ou en partie ainsi que toute reproduction »...

Ainsi, en droit français, la contrefaçon est caractérisée par « la reproduction, la représentation ou la diffusion par quelque moyen que ce soit, d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits d'auteur »<sup>4</sup>. Le code de la propriété intellectuelle définit les différentes formes de contrefaçon : contrefaçon de marques (CPI, art. L. 713-2 s.), de dessins, modèles et brevets (CPI, art. L. 521-4) et les sanctions pénales afférentes (L. 716-10). La répression est graduée de façon à tenir compte de la qualité de la personne (particulier ou entreprise) et de l'étendue de l'activité

(4) CHOPIN F., « Cybercriminalité », Répertoire Dalloz, 2013, n° 239.



(artisanale, commerciale, criminalité organisée).

Il est possible de remarquer la multiplication d'incriminations techniques ponctuelles au sein d'un texte spécifique, utilisant la sanction pénale, sans être intégrées au Code pénal. Il se pose une question d'évaluation de ce procédé de création de nouvelles incriminations qui est critiqué pour plusieurs raisons. D'une part, l'inflation législative pénale actuelle rend impossible la connaissance du droit par les citoyens censés le respecter, mais aussi par les juges censés l'appliquer. D'autre part, la création de ces nouvelles incriminations techniques et ponctuelles, appartenant à une discipline en particulier, développe des infractions artificielles, par détermination de la loi, qui ne correspondent plus à la spécificité du droit pénal. Se développe une multitude de « droits pénaux spéciaux spécialisés » pour concurrencer un droit pénal spécial affaibli. Ainsi, la référence au secret des affaires est totalement absente du Code pénal, mais se trouve dans le Code de commerce, le Code de la consommation ou encore le Code des postes et télécommunications.

**Certaines matières de droit pénal technique tiennent compte de cette évolution et semblent modeler la philosophie protectrice du patrimoine en créant de nouvelles incriminations inspirées de l'économie dématérialisée et virtuelle**

Enfin, le droit pénal matérialise la réaction répressive de l'Etat à l'égard des infractions, qui constituent des comportements interdits, et est entièrement dédié à la protection de l'ordre public. La valeur expressive du droit pénal l'instaure comme un moyen incontournable d'établir la hiérarchie des valeurs sociales protégées et d'assurer la garantie du pacte fondateur de la société démocratique. Ainsi, depuis le siècle des Lumières, le droit pénal est considéré comme le meilleur moyen de mesurer le degré de civilisation d'une société, selon les philosophes des Lumières. La loi pénale a une double valeur répressive, elle punit les comportements interdits, et déclarative, elle fixe la hiérarchie des valeurs essentielles protégées par le droit pénal. Lorsqu'on fait le choix d'inscrire des incriminations dans d'autres codes et lois que le code pénal, c'est qu'on choisit de ne pas les inscrire dans le noyau dur, le coeur de la criminalité, car ils ne font pas partie des priorités de notre société. En inscrivant ces incriminations dans le Code de la propriété intellectuelle, le législateur fait le choix délibéré de ne pas inscrire la protection du secret des affaires dans le noyau dur de la criminalité. C'est un de ces nombreux cas où le droit pénal devient « droit véral », expression empruntée au professeur

Prothais utilisée lors de l'affaire du sang contaminé. La sanction des atteintes au secret d'affaires devient donc un mode de régulation d'un comportement défectueux et privilège d'autres types de responsabilités.

## Analyse prospective

Il devient nécessaire de procéder à une analyse prospective de l'application des mécanismes de droit pénal au secret des affaires, afin de dégager une méthode utile et efficace de protection pour échapper à cette tendance de banalisation de ces atteintes et recentrer la répression pénale de ces activités. Est-il suffisant de faire évoluer les textes existants ou doit-on créer des incriminations spécifiques ?

### L'évolution des incriminations existantes

La première solution la plus facile à mettre en oeuvre est de laisser le juge pénal procéder à une interprétation certes stricte, mais téléologique, lui permettant de rechercher la raison d'être de la répression et de faire évoluer certains textes. La meilleure illustration ici est certainement l'évolution du recel. Si sa forme traditionnelle, consistant en la détention de la chose de provenance frauduleuse, est connue depuis l'Antiquité (les pilleurs des pyramides et tombeaux royaux

développent cette activité lucrative), sa forme moderne de profit connaît un grand essor dans la société contemporaine. La définition légale vise deux comportements distincts : le recel-détention qui vise exclusivement la détention et la transmission d'une « chose » de provenance frauduleuse. L'emploi du terme chose par le législateur restreint considérablement le champ d'application du délit, car la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que « si une infor-

mation échappe aux prévisions de l'article 321-1, tel n'est pas le cas des documents ». En d'autres mots, seule la réification, la matérialisation de l'atteinte au secret des informations, permet de qualifier pénalement le délit. Ainsi, dans la même affaire, il est possible d'engager des poursuites à l'encontre des journalistes ayant publié une photographie ou une photocopie d'un document, alors qu'il sera impossible d'envisager une action pénale à l'encontre d'un journaliste qui se contente de divulguer les informations confidentielles. Il faut mentionner ici la loi du 4 janvier 2010 sur la protection des sources journalistiques qui procède à la reconnaissance de l'opposabilité du secret des journalistes. Mais si l'on voulait transposer cette jurisprudence au secret d'affaires, prenons le cas suivant. Un salarié détourne un secret d'affaires à communiquer à autrui, une entreprise concurrente par le biais d'un ami qui travaille dans cette dernière. S'il communique des plans, des dessins, des documents, sur lesquels il travaille, il pourra être poursuivi pour abus de confiance. Si ce sont des documents de l'entreprise, mais qui ne lui ont pas été confiés et qui ne font pas partie du périmètre de sa mission, il pourra être poursuivi pour vol. La personne qui les communique à l'entreprise, ainsi que l'entreprise bénéficiaire peuvent être poursuivies pour



recel d'abus de confiance ou de vol. En revanche, si ce même salarié se contente de donner des informations orales sur un projet, sur certaines avancées, sans aucune matérialisation de cette communication, il est possible d'envisager à son encontre l'abus de confiance, si l'information détournée a une valeur patrimoniale, mais les bénéficiaires de ce détournement ne peuvent être poursuivis car la qualification de recel est impossible. D'autre part, le recel-profit, réprimé à l'article 321-1, alinéa 2, défini comme le fait, en connaissance de cause, de bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit. Ainsi, tombent sous le coup de la loi pénale le passager d'une voiture volée, le mari d'une femme, policier corrompu, qui profite d'un train de vie élevé sans rapport avec les revenus normaux de la profession. Le recel est une incrimination d'une grande modernité sous sa forme « boule de neige » qui permet d'incorporer dans la répression toutes les formes et les modifications que le bien a subies (vente de la chose et investissement de l'argent dans un appartement) et toutes les personnes ayant bénéficié du produit de l'infraction d'origine (tous les comptes bancaires de personnes ayant touché des fonds suspects sont contaminés par la source frauduleuse de l'argent). Or, ici, l'incrimination échappe à son carcan corporel et il est envisageable de l'appliquer à toutes formes de criminalité portant sur les incriminations à la seule condition que la personne ait exploité l'information secrète dérobée.

Une autre solution serait d'envisager l'évolution des atteintes au secret. Le droit pénal punit classiquement les atteintes au secret professionnel, qui est une des incriminations les plus anciennes. Classiquement, le secret désigne ce qu'il faut « séparer », du latin « *secerno* » et qui doit rester confidentiel par rapport aux autres informations, obligation imposée à l'origine aux médecins, prêtres et banquiers, et généralisée par le Code pénal à toutes les personnes qui sont dépositaires d'une information à caractère secret « soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». La révélation de cette information constitue un délit puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Pourquoi ne pas appliquer cette incrimination aux atteintes au secret d'affaires ? Car une nouvelle fois, en vertu du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, l'incrimination ne peut pas être interprétée dans un sens allant au-delà de ses limites naturelles. Or, elle ne concerne que les personnes légalement tenues au secret professionnel soit en application de textes organisant leur profession (avocats, magistrats, policiers, banquiers, professions de santé, etc.) soit de la jurisprudence (experts-comptables, ministres d'un culte, etc.). De surcroît, elle ne vise que la révélation de faits appris dans l'exercice de leur activité professionnelle. Il est donc impossible de l'appliquer aux atteintes les plus courantes qui sont commises par les salariés ou les personnes chargées de travailler sur les affaires elles-mêmes. Devant l'insuffisance actuelle du droit pénal positif, d'autres solutions doivent être envisagées et elles passent par la création de nouvelles incriminations spé-

cifiques.

### Une nouvelle incrimination spécifique

Une proposition de loi<sup>5</sup> a fait l'objet de discussions juridiques soutenues. Il est intéressant de remarquer que la proposition de loi créait un nouveau délit d'atteinte au secret des affaires aux nouveaux articles 226-15-1 et s. à la suite des incriminations réprimant les atteintes au secret professionnel et au secret des correspondances, dans le cadre des atteintes à la personnalité.

**Est-il suffisant de faire évoluer les textes existants ou doit-on créer des incriminations spécifiques ?**

La violation du secret des affaires des entreprises serait le nouveau délit défini à l'article 226-45-2 et réprimerait seulement la révélation non autorisée par l'entreprise ou son représentant à une personne non autorisée : ni la tentative, ni le recueil, ni l'utilisation à son profit (qui n'implique pas nécessairement une divulgation) ne seraient incriminés. L'élément matériel du délit, la révélation, serait définie dans les mêmes termes que ceux retenus pour la violation du secret professionnel : la révélation peut être écrite ou orale et faite à une seule personne ou à un groupe de personnes. Seules les personnes dépositaires de l'information protégée relevant du secret des affaires, ou une personne ayant eu connaissance de cette information et des mesures de protection qui l'entourent, peuvent être auteurs de l'infraction. Une personne n'ayant pas eu connaissance des mesures de protection dont l'information faisait l'objet ne pourra être sanctionnée. L'infraction est un délit intentionnel, commis par une personne se sachant tenue au secret et révélant sciemment l'information. Donc, l'élément moral est nécessairement constitué par l'intention et une simple imprudence ne saurait suffire.

**Devant l'insuffisance actuelle du droit pénal positif, d'autres solutions doivent être envisagées et elles passent par la création de nouvelles incriminations spécifiques.**

Si l'infraction était punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, comme en cas de violation du secret professionnel, la commission des lois a relevé la peine à 3 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende pour harmoniser avec les

peines de l'abus de confiance, qui est l'incrimination la plus utilisée par les juridictions pour punir ce comportement. Le champ de détermination des informations protégées par l'incrimination se fonderait sur cinq critères cumulatifs qui permettraient d'en fixer la définition d'un point de vue substantiel et formel. Tout d'abord d'un point de vue substantiel, il est possible de regrouper quatre critères objectifs :

- 1- tous les biens, matériels ou immatériels, sont susceptibles d'être couverts par le secret des affaires, quel que soit leur support « les procédés, objets, documents, données ou fichiers » ;
- 2- la nature des informations, qui peut être « commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique » ;
- 3- le caractère confidentiel, ces informations « ne présentant pas un caractère public » ;

(5) Proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, déposée à l'Assemblée Nationale le 22 novembre 2011, n° 3895, par M. Bernard Carayon.

4- les conséquences de l'éventuelle atteinte aux intérêts de l'entreprise concernée, car « la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise, en portant atteinte à son potentiel scientifique ou technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle ».

D'un point de vue formel, un seul critère a été retenu, car seules sont protégées :

- les mesures de protection spécifiques dont ces informations ont fait l'objet, qui sont « destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci ». Ces mesures de protection seront définies par décret en Conseil d'État.

La proposition de loi prévoit plusieurs causes d'irresponsabilité, trois plus précisément, qui permettent d'exonérer la personne de sa responsabilité pénale :

- La permission de la loi (parfaitement inutile car c'est l'application classique de l'article 122-4). Elle s'applique, par exemple, aux instances représentatives du personnel ou à l'inspection du travail lorsqu'elles accèdent à certaines informations.
- La dénonciation des faits susceptibles de constituer des infractions. Elle est plus large que la dénonciation de droit commun qui l'autorise uniquement pour les crimes.
- Le juge ordonne ou autorise la production d'une pièce couverte par le secret des affaires en vue de l'exercice de ses droits par une partie, plus particulièrement, dans l'exercice des droits de la défense.

En outre, le secret des affaires n'est opposable ni à la justice (« à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre de poursuites pénales » (ce qui vise, en pratique, le parquet) ainsi « qu'à toute autorité juridictionnelle »), ni à une autorité administrative dans l'exercice de sa mission de surveillance, de contrôle ou de sanction (les services de police, de douane ou de renseignement et les autorités administratives indépendantes telles que l'Autorité de la concurrence ou l'Autorité des marchés financiers). Plusieurs critiques ont été apportées à cette rédaction. Tout d'abord, il y a une grande lourdeur du système mis en place. Le rajout de cette nouvelle incrimination risque de créer des conflits de qualification rendant le droit encore plus inefficace ou lent. Ensuite, le champ d'application de l'incrimination est trop limité, car il faudrait appliquer l'incrimination aux non-confidents aussi et pas seulement aux personnes qui en ont eu accès car leur fonction ou statut le leur permettait. Il s'agirait de retenir le même raisonnement que celui qui est appliqué pour le délit d'initié, permettant de réprimer aussi bien les initiés primaires, secondaires que les tiers. Par ailleurs, la question se pose de savoir pourquoi limiter la qualification pénale aux révélations de nature à compromettre « gravement » les intérêts de l'entreprise. Est-ce que l'introduction de ce seuil

minimal de gravité, à travers l'emploi de l'adverbe « gravement » ne risque pas d'amoindrir la portée répressive du texte et d'introduire une part de subjectivité dans l'appréciation juridique de la notion ? Enfin, certains auteurs ont souligné l'absence de « liste exhaustive »<sup>6</sup> des informations secrètes protégées qui rendrait le droit insuffisamment prévisible. Cette critique, si elle est compréhensible, n'est pas pertinente, car il ne faut pas figer le droit applicable en la matière. Le caractère ouvert de la notion permettrait au juge de l'adapter aux besoins économiques de l'époque et de donner à l'incrimination un champ d'application cohérent. Sinon, elle risquerait de devenir obsolète avant même sa création. De même, pour les doléances exprimées par certains qui demandent le transfert de l'incrimination dans le livre I. Cette demande ne semble pas devoir être satisfaite, car le livre I est le livre de droit pénal général et l'incrimination ne saurait y trouver sa place.

**En théorie, il est toujours préférable d'utiliser l'arsenal répressif positif et de l'adapter aux évolutions de notre société.**

La proposition de loi a été adoptée en l'état, avec une modification essentielle -

elle a été transférée de l'article 226-15-1s. et aux articles 325-1 et s. Donc, elle ne fait plus partie du livre II consacré aux atteintes aux personnes, mais a été intégrée au Livre III consacré à la répression des infractions contre les biens, où elle constituerait un chapitre autonome, qui serait le dernier, pour clore utilement la protection pénale du patrimoine. Il s'agit d'un amendement de cohérence, l'atteinte au secret des affaires ne pouvant pas s'analyser comme une atteinte à la personne humaine, avec l'avantage de consacrer un chapitre entier, spécifique, à la protection du secret des affaires. La proposition de loi adoptée a été transférée au Sénat le 24 janvier 2012, mais n'a pas fait l'objet d'une inscription à l'ordre du jour par la nouvelle législature. Une nouvelle mouture est en discussion pour donner un nouveau souffle à la protection du secret des affaires. La proposition de loi votée en l'état permettait de punir deux comportements distincts :

- l'hypothèse de la divulgation du renseignement confidentiel par une personne habilitée à en avoir connaissance (dirigeant, salarié, sous-traitant, etc.). On peut punir le confident nécessaire qui commet une indiscrétion au profit d'une tierce personne.
- l'hypothèse de l'espionnage économique. Comme nous l'avons vu précédemment, la violation du secret de fabrication par un tiers à l'entreprise n'est pas punissable et l'article 411-6 du Code pénal s'applique uniquement lorsque les intérêts fondamentaux de la Nation sont en cause, à condition que l'activité d'espionnage profite à une puissance ou à une entreprise étrangère. Cette lacune est donc comblée par le projet d'article 325-2, qui permettra de poursuivre toute personne qui, sans être dépositaire de renseignement, en a eu connaissance (ainsi que des mesures de protection qui l'entourent) et l'a communiqué à autrui.

(6) MARTIN P., « Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012 », Gazette du Palais, 03 juillet 2012 n° 185, P. 19.

## Conclusion

Pour savoir quelle est la meilleure solution à retenir entre ces deux options, il convient de faire preuve de mesure et de prudence, mais aussi de réalisme dans un contexte économique très mouvant et dynamique. En théorie, il est toujours préférable d'utiliser l'arsenal répressif positif et de l'adapter aux évolutions de notre société. Allant dans ce sens, les membres de la doctrine conseillent à la Cour de cassation de résoudre par anticipation ces difficultés majeures, résultant de l'économie virtuelle de l'avenir, en retenant une interprétation large englobant « tous les biens sur lesquels une personne possède des droits » et de renoncer à l'idée classique d'infractions contre les biens pour la remplacer par les « infractions contre le patrimoine », composé de biens matériels et immatériels, donc les informations. Cette nouvelle analyse procéderait à un renouvellement du droit pénal conforme à ses principes classiques qui permettrait un élargissement de la répression pénale au secret des affaires. Cependant, devant l'inertie des juges, leur refus d'opérer cette transition, le législateur doit intervenir pour combler ce qui est une lacune du droit positif et peut produire des conséquences graves sur l'économie française. La tentative de la proposition de loi adoptée en 2012 va dans le bon sens.

**]** Cependant, devant l'inertie des juges, leur refus d'opérer cette transition, le législateur doit intervenir pour combler ce qui est une lacune du droit positif. **]**

Si l'introduction de cette nouvelle incrimination dans le droit français semble souhaitable, deux réserves pourraient être formulées<sup>7</sup>. D'une part, il résulte des travaux parlementaires que la tentative ne sera pas punissable, ce qui limite l'effet dissuasif du texte et paraît contraire au but recherché : ainsi dans l'affaire Michelin précitée, le cadre indélicat avait simplement tenté de vendre des renseignements sensibles à la concurrence, sans consommer l'infraction. D'autre part, l'hypothèse du détournement de l'information confidentielle, c'est-à-dire son usage non autorisé, n'est pas pris en compte. Et il y a ici

une véritable lacune de la proposition de loi. Le dépositaire légitime d'un renseignement sensible peut en faire un usage non autorisé : tel est, par exemple, le cas du stagiaire qui copie des fichiers confidentiels – comme dans l'affaire Valeo – ou de l'employé qui démissionne et fait concurrence à son ancien employeur, en

utilisant les données appartenant à ce dernier. Aucune révélation ne lui est imputable, alors que le détournement de l'information secrète est avéré. Par ailleurs, aux termes de l'article 325-2, celui qui espionne pour son propre compte ne devrait pas être inquiété, faute de révélation illicite ; seules pourront être condamnées les officines travaillant pour le compte d'autrui. ■

(7) Garinot J.-M., « Secret des affaires : une avancée en perspective ? » : Dr. et patr fév. 2012, p. 24.



**Charlotte GALICHET** Avocat à la cour, CCK Avocats Associés

## La réponse de la propriété intellectuelle aux besoins de l'industrie

Le patrimoine des entreprises ne se limite plus aujourd'hui aux actifs corporels traditionnels : L'outil de production, les biens immobiliers, etc... La valeur d'une entreprise dépend désormais largement de son savoir-faire, de ses créations et de sa notoriété.

Le patrimoine immatériel d'une entreprise est composé des éléments suivants :

- les créations (modèles, dessins, oeuvres, discours, ouvrages, etc.)
- les marques, etc.
- les diverses inventions, techniques, scientifiques, biologiques créées par l'entreprise,
- les logiciels et bases de données,

### Quel enjeu économique cela représente-t-il ?

La contrefaçon est un véritable fléau économique qui porte atteinte directement aux investissements des entreprises. Les actes de contrefaçon génèrent directement pour l'entreprise une baisse substantielle de son chiffre d'affaires. Les contrefaçons étant vendues à un moindre prix, elles captent une partie de la clientèle qui aurait été celle de l'entreprise. Ils portent également atteinte aux investissements (coûts de création, frais de recherche et développement, coûts de promotions, etc.) et à l'image de marque de l'entreprise. Généralisée, ce qui est le cas aujourd'hui, la contrefaçon porte atteinte à l'équilibre écono-

mique du pays. Les actes de contrefaçon entraînent *ipso facto* une baisse de la croissance et la suppression de milliers d'emplois. Le nombre d'emplois supprimés chaque année du fait de la contrefaçon est estimé à environ 30 000 en France et 200 000 dans le monde. En France, la contrefaçon concerne les industries du luxe et des grands groupes industriels, mais surtout les PME-PMI, dont le patrimoine est principalement constitué de savoir-faire et de créativité. La protection des actifs des PME est d'autant plus importante que les produits copiés sont souvent peu connus du consommateur. La contrefaçon est par conséquent moins spectaculaire que lorsqu'elle touche des marques ou des modèles emblématiques notoirement connus. La gestion du risque de contrefaçon suppose en amont l'adoption d'une politique de protection et de prévention au niveau de l'entreprise. Risque exponentiel avec Facebook, Instagram et autres réseaux sociaux sur lesquels sont publiées les actualités des entreprises, voire même leurs nouveaux produits.

**Les forces de l'ordre et les Parquets n'ont pas tous ce Code sur leur bureau.**

En droit français, les textes relatifs à la protection de la propriété intellectuelle sont très aboutis. Seul problème mais de taille : les dispositions pénales sanctionnant la contrefaçon figurent dans le Code de la Propriété Intellectuelle et non dans le Code Pénal. Les forces de l'ordre et les Parquets n'ont pas tous ce Code sur leur bureau.

## Comment la propriété intellectuelle protège les actifs immatériels des entreprises ?

### Le droit d'auteur (Livres I et III du CPI) :

Le Code vise expressément toute une liste d'oeuvres protégées par le droit d'auteur : classiquement les écrits littéraires, la musique mais aussi les dessins et modèles industriels et les créations saisonnières des industries de la mode. Le droit d'auteur n'est soumis à aucun formalisme. Il naît *de facto* dès la création de l'oeuvre. Néanmoins dans le cadre d'un contentieux, la preuve de la date de création doit être rapportée. Il est indispensable que les salariés conservent des dossiers de créations comportant des croquis datés.

Critère de protection : l'originalité de l'oeuvre : reflet de la personnalité de son auteur. Appréciée très strictement par les Tribunaux qui se rapprochent dangereusement du mérite sous couvert de rechercher l'apport esthétique de l'auteur.

Titularité des droits : le principe est que l'oeuvre appartient à la personne physique qui l'a créée. Les entreprises doivent anticiper les actions de ses salariés et leur faire signer des contrats de cession de droit d'auteur. La jurisprudence admet depuis longtemps que l'oeuvre est présumée appartenir à celui sous le nom de qui elle est divulguée, cela peut être l'entreprise si elle commercialise le produit sous sa marque. La durée de la protection est de 70 ans à compter de la mort de l'auteur. Ce type de protection est en conséquence plus intéressant sur le plan de la durée que les dessins et modèles déposés.

### Les dessins et modèles déposés (livre V du CPI) :

L.511-1 CPI : « *Peut être protégée à titre de dessin ou modèle l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux. Ces caractéristiques peuvent être celles du produit lui-même ou de son ornementation.* »

Les conditions de la protection sont :

- La nouveauté (absence d'antériorité de toute pièce)
- Le caractère propre (Article L. 511-4 du CPI : « *lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiqué. Pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur de la réalisation du dessin ou modèle* »)
- Le formalisme requis (dépôt à l'INPI).
- La durée de la protection : 5 ans, prorogeable par périodes de 5 ans jusqu'à un maximum de 25 ans.

### Les dessins et modèles communautaires :

Le droit communautaire a institué deux régimes de protection distincts permettant de protéger un dessin ou un modèle dans l'ensemble des pays de la communauté européenne, à savoir : les dessins et modèles communautaires enregistrés et les dessins et modèles communautaires non enregistrés. Les deux conditions de protection communes sont la nouveauté et le caractère individuel. Les conditions de protection spécifiques aux dessins et modèles communautaires non enregistrés sont les suivantes :

- Exigence spécifique d'une première divulgation sur le territoire communautaire ;
- Protection pour une période de 3 ans à compter de la première divulgation.

Les conditions de protection spécifiques aux dessins et modèles communautaires enregistrés sont les suivantes :

- La protection s'acquiert par un unique dépôt auprès de l'OH-MI ;
- Le régime juridique applicable aux dessins et modèles communautaires enregistrés est identique à celui des dessins et modèles industriels nationaux.

**Cela nous paraît être une erreur et une fois de plus un affaiblissement de la protection du patrimoine immatériel de l'entreprise.**

L'intérêt porté aujourd'hui par les juridictions aux dessins et modèles communautaires non enregistrés laissent présager une suppression du droit d'auteur en matière de dessins et modèles industriels. Les dommages et intérêts alloués par les juridictions sont plus conséquents pour les dessins et modèles communautaires non enregistrés, ce qui conduit les justiciables à choisir cette voie juridique et surtout les avocats à penser que les critères d'originalité et de caractère individuel sont plus aisés à remplir. Mais attention, ce régime ne protège que contre la copie servile et non contre l'imitation. Et qui plus est la contrefaçon est exclue si la copie « résulte d'un travail de création indépendant », c'est-à-dire la coïncidence que deux créateurs aient pu avoir les mêmes idées, dans une même combinaison au même moment, ce qui évidemment n'existe pas. A termes, cela incitera les entreprises à déposer leurs modèles et les avocats à éviter la voie du droit d'auteur. Cela nous paraît être une erreur et une fois de plus un affaiblissement de la protection du patrimoine immatériel de l'entreprise.

### Les marques (livre VII du CPI) :

Une marque est un signe verbal, figuratif ou semi-figuratif. Deux conditions de validité sont primordiales : la distinctivité (non descriptive, non générique) et la disponibilité. Le droit sur la marque s'acquiert obligatoirement par un enregistrement à l'INPI. La durée de protection est de 10 ans, indéfiniment renouvelable. Le droit des marques est gouverné par le principe de spécialité : une marque est protégée pour les produits et services désignés dans son dépôt. Une marque peut être déposée au niveau national auprès de l'INPI, au niveau

# CODE de la propriété intellectuelle



©Olivier Le Moal - Fotolia.com

communautaire auprès de l'OHMI ou au niveau international en visant plusieurs pays.

Il est intéressant pour les entreprises de savoir qu'il est possible de protéger une forme, un conditionnement par le droit des marques (Evian et Perrier ont déposé leurs bouteilles à titre de marque). Un tissu traditionnel écossais peut également être protégé par le droit des marques, à partir du moment où la marque remplit la fonction d'identification de l'origine du produit (Ex : Burberry). La protection est large car l'originalité n'est pas prise en compte.

### Les brevets (livre VI du CPI)

L.611-10 CPI : « Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle. »

Les conditions de la protection sont donc :

- Nouveauté
- Activité inventive
- Application industrielle
- Dans un domaine technologique.

La titularité des droits : l'inventeur ou son ayant cause. Toutefois, le brevet inventé par un salarié dans le cadre de sa mission appartient d'emblée à l'employeur. La durée de protection est de 20 ans à compter du jour de dépôt de la demande.

### Les secrets de fabrication

L'article L.621-1 du CPI renvoie aux dispositions pénales de l'article L.152-7 du Code du travail : « le fait par tout directeur ou salarié d'une entreprise de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende ». On constate d'emblée la limite de ce

texte plus adapté aux produits qu'à l'information et surtout le champ d'application étroit puisque les concurrents ou les clients ne sont pas concernés par ces dispositions répressives. Le CPI protège également les obtentions végétales, les produits semi-conducteurs, les logiciels, les bases de données.

### Bref retour sur les appellations d'origine :

En France, les appellations d'origine sont octroyées par décret. Les appellations d'origine simples concernent toutes catégories de produits, les appellations d'origine contrôlées sont attribuées à des produits agricoles, forestiers ou alimentaires et des produits de la mer, bruts ou transformés (article L. 641-5 et suivants du Code rural – exemple : volaille de Bresse. Pas de dépôt, mais un usage collectif du nom géographique. Le règlement communautaire n° 510/2006 du 20 mars 2006 distingue deux catégories de références géographiques protégées : les appellations d'origine protégées (AOP) et les indications géographiques protégées (IGP) :

L'« appellation d'origine » est « le nom d'une région, d'un lieu déterminé ou, dans des cas exceptionnels, d'un pays, qui sert à désigner un produit agricole ou une denrée alimentaire originaire de cette région, de ce lieu déterminé ou de ce pays, et dont la qualité ou les caractères sont dus essentiellement ou exclusivement au milieu géographique comprenant les facteurs naturels et humains, et dont la production, la transformation et l'élaboration ont lieu dans l'aire géographique délimitée ».

L'« indication géographique » est « le nom d'une région, d'un lieu déterminé ou, dans des cas exceptionnels, d'un pays, qui sert à désigner un produit agricole ou une denrée alimentaire originaire de cette région, de ce lieu déterminé ou de ce pays, et dont une qualité déterminée, la réputation ou d'autres caracté-

ristiques peuvent être attribuées à cette origine géographique, et dont la production et/ou la transformation ont lieu dans l'aire géographique délimitée ».

Les critères de l'indication géographique protégée sont donc plus larges que ceux de l'appellation d'origine. Contrairement à l'AOC, un dépôt est requis mais seul un groupement est habilité à introduire une demande

d'enregistrement pour une AOP ou une IGP (article 5 du règlement). Les dénominations enregistrées sont plus largement protégées que les marques classiques. Elles sont protégées contre : a) toute utilisation commerciale directe ou indirecte

pour des produits comparables à ceux enregistrés sous cette dénomination ou dans la mesure où cette utilisation permet de profiter de la réputation de la dénomination protégée ; b) toute usurpation, imitation ou évocation, même si l'origine véritable du produit est indiquée ; c) toute autre indication fautive ou fallacieuse quant à la provenance, ainsi que contre l'utilisation pour le conditionnement d'un récipient de nature à créer une impression erronée sur l'origine ; d) toute autre pratique susceptible d'induire le consommateur en erreur quant à la véritable origine du produit.

Un titre de propriété industrielle permet d'agir en contrefaçon à l'encontre d'un concurrent malveillant. L'efficacité de la lutte contre la contrefaçon passe également par une

conscience collective des enjeux de la propriété intellectuelle au sein de l'entreprise. La sensibilisation des différents acteurs de l'entreprise est essentielle : des créateurs, inventeurs, aux commerciaux et aux représentants à l'étranger. La prévention à l'encontre de la contrefaçon passe ainsi par la sécurisation des échanges d'informations liés aux actifs immatériels protégés.

**La sensibilisation des différents acteurs de l'entreprise est essentielle : des créateurs, inventeurs, aux commerciaux et aux représentants à l'étranger.**

Il est en conséquence nécessaire de mener des actions au sein de l'entreprise aux fins de lutter contre l'espionnage industriel et les fuites d'informations. La prévention suppose également la mise en place d'un système de veille de la concurrence afin de repérer au plus

tôt l'existence des contrefaçons. En interne, cette lutte passe essentiellement par la sécurisation des systèmes d'information, afin d'éviter tout piratage des données informatiques ; et la contractualisation de l'obligation de confidentialité des employés et la présence de clauses de non-concurrence dans les contrats de travail du personnel ayant eu accès à des informations sensibles. En externe, dans les échanges avec les partenaires, il est particulièrement important de prévoir tout au long du processus contractuel des obligations de confidentialité (accords de confidentialité lors du processus de négociation, clauses de confidentialité avec effet pendant la période d'exécution du contrat, ainsi que postérieurement). ■

➔ RÉPRESSION ET RÉPARATION





**Muriel CHAGNY** Professeur de droit à l'université de Saint-Quentin-en-Yvelines

## La réparation civile aux atteintes économiques à l'entreprise : mythe ou réalité ?

Mon propos sera concentré sur la réparation par équivalent consistant en l'allocation de dommages et intérêts. A première vue, la question ne se pose pas : c'est une réalité ! Une entreprise, personne morale ou physique, a le droit de demander réparation des atteintes économiques qu'elle subit à la suite d'un fait générateur de responsabilité (en ces matières généralement une faute). Sous réserve que sa demande soit bien fondée, le montant des dommages et intérêts (DI) doit être calqué sur les préjudices subis, de façon à lui procurer une réparation intégrale.

Mais il y a loin de la théorie à la pratique. Je laisse de côté les hésitations à agir effectivement, qui peuvent tenir à plusieurs considérations (de façon générale les coûts et les difficultés, parfois aussi la crainte de représailles) ; pour me concentrer sur ce qui, une fois la décision d'agir en dommages et intérêts prise, pose de sérieuses difficultés (à tel point, que la réparation peut prendre les allures d'un mythe...) et en essayant de voir comment on pourrait, sinon les résoudre pleinement, du moins les restreindre. Il y a d'un côté, le nerf du procès en responsabilité : la preuve et ses difficultés. Et de l'autre, le résultat de l'action en DI : le principe de la responsabilité intégrale et ses difficultés.

### La preuve et ses difficultés

**Objet de la preuve** : tryptique bien connu : faute, dommage réparable et lien de causalité.

**Charge de la preuve** : c'est à la victime de prouver, cf. Art 9 CPC.

**Quels sont les moyens de preuve ?** Tous moyens, mais :

- Le risque pour le demandeur (et le défendeur) est de devoir dévoiler des informations stratégiques à l'occasion du procès : sur ce point, pas de statut à l'heure actuelle permettant de protéger le secret des affaires (exception cependant avec l'autorité de la concurrence) : proposition d'adopter des règles (lien à faire avec la proposition de directive sur les actions en DI en droit des pratiques anticoncurrentielles) ;

- Le problème d'asymétrie informationnelle : le demandeur ne dispose pas de tous les éléments de preuve nécessaires ; certains éléments sont entre les mains de la partie adverse ou encore de tiers. Il existe des outils permettant d'obtenir la production forcée des pièces (art 11 et 138 à 142 CPC), mais sont-ils suffisants, notamment quant aux sanctions ? (Comp. La proposition de directive sur les sanctions en DI en droit des pratiques anticoncurrentielles ?).

Pour faciliter la tâche probatoire de la victime de certaines atteintes économiques, peut-on utiliser le mécanisme des pré-

somptions ? En particulier, présomption d'existence du dommage, une fois la faute prouvée ? Cela existe déjà en droit de la concurrence déloyale et pourrait être étendue à d'autres domaines (rappr. Proposition de directive en ce qui concerne les cartels).

## L'évaluation des dommages et intérêts et les difficultés de la réparation par équivalent

Le principe de la réparation intégrale calquant le montant des DI sur le préjudice (« tout le préjudice et rien que le préjudice ») est simple d'expression : replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas subi d'atteinte. Mais cela est très compliqué à mettre en oeuvre en particulier en raison des difficultés à évaluer les atteintes économiques (peut-être un exemple concernant la concurrence déloyale, agissements de dénigrement).

En pratique, y a-t-il une sous-évaluation du préjudice ? Le préjudice économique est un peu à la remorque du préjudice corporel qui a davantage retenu l'attention.

Deux propositions :

- 1 - Développer la réflexion et un guide à destination des juridictions (cf. recherche menée à Versailles et référence au Guide de la Commission européenne en matière de pratiques anticoncurrentielles) ;
- 2 - S'affranchir du principe de réparation intégrale et adopter une disposition autorisant le prononcé de dommages multiples (rappr. La justification des *treble damages* aux USA) ou encore de dommages restitutoires en cas de faute lucrative (rappr. Certains projets de réforme du droit de la responsabilité civile).

Intérêt : à la fois fonction de réparation, mais aussi de sanction et de dissuasion. ■



**Irène LUC** Conseiller à la Cour d'appel de PARIS

## L'atteinte à la réputation de l'entreprise : quelle réponse judiciaire ?

La réputation constitue un actif intangible de l'entreprise, à côté des ressources financières, humaines, physiques et technologiques. Elle s'incarne dans les supports de la marque, de l'enseigne, dans l'image de marque, la notoriété...

Elle est protégée, cultivée et nourrie, car elle constitue un avantage concurrentiel qui dépasse l'activité commerciale pour s'inscrire dans la perspective de long terme. On lui attribue généralement des bénéfices majeurs, comme la préférence des consommateurs pour ses produits ou services à prix et qualité égaux, et une meilleure capitalisation boursière. C'est aussi un signal de marché : quand elle adopte une position dure, elle peut décourager les concurrents de venir la concurrencer. L'entreprise peut se bâtir une réputation d'agressivité sur un marché, par exemple pratiquer des prix inférieurs à ses coûts sur un marché, pour impressionner à l'avance les concurrents arrivant sur un autre marché (stratégie dite de prédation par construction d'une réputation) : les concurrents potentiels s'abstiendront d'entrer sur les autres marchés, redoutant un comportement identiquement agressif du prédateur. Mais tel n'est pas mon sujet qui concerne la protection de la bonne réputation... Elle a aussi des effets favorables sur le niveau d'engagement des salariés de l'entreprise et sur son attractivité auprès de futurs embauches. Le risque de réputation est donc un des soucis majeurs de l'entreprise. Ce risque est démultiplié par Internet. On sait que l'e-reputation peut être influencée par des internautes, de faux consommateurs. La vitesse de ce média et la longueur de sa mémoire en font un vecteur de réputation difficile à maîtriser. C'est un sujet en soi que je ne traiterai pas. On a vu ce matin que la gestion du risque de réputation au sein de l'entreprise nécessite d'adopter *ex ante* des comportements préventifs. J'étudierai plutôt, pour ma part, la réparation des atteintes à la réputation. Or, si la réputation est protégée par plusieurs qualifications civiles et pénales : concurrence dé-

loyale (et notamment dénigrement, contrefaçon, diffamation (I), la réponse judiciaire est souvent insuffisante au regard de l'enjeu : difficultés générales liées à la réparation civile, insuffisante prise en compte, au niveau des moyens affectés à la justice, du temps économique (II).

### La qualification et le préjudice

Certaines pratiques commerciales ont pour objet de déstabiliser l'entreprise en s'attaquant à sa réputation. Certaines visent directement cette réputation : c'est le dénigrement. D'autres l'affectent de manière indirecte : il s'agit de l'imitation par confusion, du parasitisme, de la contrefaçon, de la diffamation... Je me limiterai au dénigrement.

L'entreprise qui se prétend victime et veut obtenir réparation doit rapporter la preuve de la faute, du préjudice et du lien de causalité. Les éléments nécessaires pour établir la faute de dénigrement sont définis par la jurisprudence : la preuve de dénigrement comme toute pratique de concurrence déloyale repose sur la démonstration de la faute, qui ne peut se faire par présomption ou par faisceau d'indices.

Le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié et se distingue de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en jetant le discrédit sur son concurrent ou sur les produits de ce dernier.

**[ ... la réponse judiciaire est souvent insuffisante au regard de l'enjeu... ]**

Pour apprécier un comportement de dénigrement, il faut s'attacher à vérifier si le discours commercial (de son auteur) relève de constatations objectives et vérifiables ou s'il procède d'assertions non vérifiées. Il s'agit de voir si le discours commercial n'excède pas les limites de l'expression d'une rivalité normale des entreprises. Elle tient compte, s'agissant des messages commerciaux exprimés dans la presse, du principe de la liberté de la presse qui commande que puissent être diffusées des informations sur tous les sujets, dans la mesure où le traitement de ceux-ci est opéré sans intention malveillante et avec la prudence nécessaire. L'existence de dénigrement s'infère de mentions dévalorisantes de documents diffusés ne reposant sur aucune constatation avérée, mais aussi de témoignages rapportés par les parties. Enfin, la pratique doit viser une personne donnée ou aisément identifiable.

**■ Pour apprécier un comportement de dénigrement, il faut s'attacher à vérifier si le discours commercial (de son auteur) relève de constatations objectives et vérifiables ou s'il procède d'assertions non vérifiées.**

Qualification de « pratique anticoncurrentielle » : de façon générale, une pratique déloyale ne constitue un abus d'exclusion, qualifiable en droit de la concurrence, que si ce comportement perturbe le fonctionnement du marché, ce qui découle du lien entre la position dominante et l'abus. Alors que l'action en concurrence déloyale protège les concurrents, la sanction de l'abus de position dominante vise à protéger l'ordre public économique. Une pratique de dénigrement constitue aussi une pratique anticoncurrentielle dans le cas où elle résulte d'une entente ou émane d'une entreprise en position dominante et a pour objet une éviction du marché.

#### Exemple récent du Clapidogrel :

L'Autorité de la concurrence avait été saisie, le 2 novembre 2009, par la société Teva Santé, productrice d'un générique commercialisé sous le nom de Clopidogrel HCS®, de pratiques dénigrantes de la société Sanofi-Aventis, pour protéger son médicament princeps, le Plavix®, tombé dans le domaine public, de la concurrence des génériques et favoriser son propre générique. La demande de mesures conservatoires avait été rejetée, aucune atteinte grave et immédiate au secteur pharmaceutique, à l'assurance maladie et à l'entreprise plaignante n'ayant été établie, mais l'Autorité avait décidé de poursuivre l'instruction de l'affaire au fond.

Sanofi-Aventis, filiale de Sanofi est, en France, le leader de l'industrie pharmaceutique, dont le chiffre d'affaires s'élevait, en 2010, à 2,7 milliards d'euros. Elle avait bénéficié, le 15 juillet 1998, d'une autorisation de mise sur le marché du Plavix®, médicament ayant pour principe actif le clopidogrel, prescrit par les cardiologues et les généralistes, pour prévenir les complications liées à l'athéromatose (maladie provoquant des lésions des parois et la formation de thromboses au niveau des artères à l'origine de la survenue d'accidents cardio-vasculaires graves, tels que l'accident vasculaire cérébral et la crise cardiaque). Ce médicament a emporté un vif succès, devenant le quatrième médicament le plus vendu au monde et a très vite représenté le premier poste de remboursement de la Sécurité sociale (en 2008 : 625 millions d'euros). La protection réglementaire du brevet est tombée le 15 juillet 2008.

Pour s'opposer au lancement des génériques concurrents de Plavix®, Sanofi-Aventis a mis en place une « stratégie de communication structurée auprès des professionnels de la santé » en trois étapes : un discours public de Sanofi-Aventis lors du lancement des génériques de Plavix®, mettant en cause la bioéquivalence des deux médicaments ; une série d'argumentaires distribués par Sanofi-Aventis à ses forces commerciales (visiteurs médicaux) et, enfin, la diffusion de ce discours auprès de médecins et pharmaciens, attestée par des témoignages recueillis par les services d'instruction de l'Autorité.

Les effets de la pratique ont pu être mesurés : le taux de remplacement du Plavix par les génériques a été très inférieur à celui constaté sur le marché par d'autres molécules princeps tombées dans le domaine public. Le dommage à

l'économie, sur un marché où la concurrence avait déjà été réduite par la position dominante, s'est traduit, selon l'Autorité, par un surcoût payé sur les quantités de médicaments non substitués aux génériques, au détriment de la collectivité. Le prix d'un générique étant sensiblement inférieur au prix du princeps de référence (jusqu'en 2012, la décote était fixée en général à 55 % du prix fabriquant hors taxe), une économie de plus de 200 millions d'euros était attendue en 2010 par la CNAMTS du fait du lancement des génériques de Plavix®. Cet aspect du dommage causé à l'économie correspond au différentiel de prix entre Plavix® et ses génériques multiplié par les quantités de Plavix® qui ont été vendues au détriment des génériques, du fait de la mise en oeuvre de la pratique.

Dans la décision commentée 13-D-11, la pratique de dénigrement est longuement analysée au regard de la spécificité du secteur des médicaments. Le rôle central des médecins dans la prescription du Clopidogrel, dont la molécule est uniquement délivrée sur leur prescription, et le rôle des pharmaciens, incités réglementairement par les pouvoirs publics à substituer les génériques aux médicaments princeps, est particulièrement saillant. Le discours véhiculé par Sanofi, *via* les visiteurs médicaux, visait à les faire douter, de manière injustifiée, de la bioéquivalence des deux médicaments, princeps et génériques. Or, en matière de santé, tout doute est à proscrire.

La spécificité du dossier tenait à la subtilité du discours dénigrant émis qui se présentait sous couvert de constatations objectives : pas de remise en cause brutale, *via* des déclarations générales et publiques, mais au contraire, instillation d'un doute dans l'esprit de professionnels de la santé, ciblés sur la qualité ou les propriétés du médicament générique, en délivrant des informations organisées et structurées, mais incomplètes, ambiguës ou présentées de telle manière qu'elles suggèrent l'existence d'un risque à substituer le générique. L'Autorité relève que ce discours est dépourvu de toute justification objective, d'ordre médical ou scientifique et que Sanofi-Aventis n'avait pas à s'ériger, grâce au discours tenu auprès des professionnels de la santé, en juge de l'efficacité et de l'innocuité de produits de ses concurrents nouvellement arrivés sur le marché, qui avaient reçu, de la part des autorités

de santé compétentes, une AMM et qu'il lui appartenait, en cas de doute, de transmettre des informations à ces autorités ou de former un recours contre les AMM, et non de se substituer aux autorités de régulation. De façon générale, l'argument soutenu en défense par les entreprises auteurs de dénigrement est la légitime défense du consommateur, de l'actionnaire ou d'eux-mêmes. Cet argument n'est jamais retenu, car elles doivent s'adresser aux autorités publiques et non se faire justice.

### Lien entre l'abus et la position dominante

L'autorité morale de l'auteur du dénigrement est souligné : la société Sanofi-Aventis est l'inventeur du Plavix® et son seul vendeur en monopole pendant plus de dix ans ; elle jouit d'une expérience clinique inégalée qui lui garantit une confiance et une notoriété remarquable, dispose d'une force commerciale très importante, qui assure la promotion régulière du Plavix® auprès des médecins et organise également des congrès, tels les « Universités de l'Athérombose », autant d'atouts dont ne disposent pas les génériqueurs concurrents et qui lui permet de diffuser ses propos dénigrants.

**[ ... il appartient à la victime de rapporter les éléments permettant aux juges du fond d'évaluer le préjudice. ]**

### La concurrence déloyale par imitation

L'imitation servile d'un produit par un autre de nature à induire la confusion entre les deux peut aussi porter atteinte à la réputation de l'entreprise, si elle aboutit à un avilissement ou ternissement de la marque. Elle nécessite la preuve, d'une part, de la similitude existante entre les produits du demandeur et ceux de l'imitateur prétendu et, d'autre part, que cette similitude a eu pour objet ou pour effet de créer dans le public une confusion dommageable entre les produits.

### Le parasitisme

Dans le cas où la confusion peut naître de la reprise de concepts ou d'idées du parasité, la pratique nuit aussi à l'image ; l'image est parasitée. « *Le parasitisme (...) consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis* » (Chambre commerciale, 12 juin 2012, Top On Ligne, 684 F-D). C'est « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* » (Chambre commerciale, 26 janvier 1999, 96-22457).

Le professeur Letourneau (le parasitisme, Litec 1998) en donne la définition suivante : « *utilisation illégitime et intéressée d'une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir-faire spécifique et d'un travail intellectuel lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit spécifique* ». Ce savoir-faire peut consister dans des procédés de fabrication ou dans des connaissances ou expériences techniques. Le savoir-faire protégé suppose une confidentialité des informations, confidentialité qui est acquise dès lors que celles-ci ne peuvent être connues qu'au prix de longues recherches. Le cybersquatting d'une marque, à savoir le dépôt d'un nom de domaine similaire à une marque, peut aussi constituer du parasitisme.

La violation d'un réseau de distribution sélective par un opérateur qui va distribuer des produits dans des conditions non

compatibles avec l'image de marque du produit, soit au sein du réseau en ne respectant pas les normes de distribution, soit à l'extérieur en violant l'interdiction, nuit aussi fortement à l'image. La publicité comparative illicite, la contrefaçon et dif-famation peuvent aussi protéger la réputation de l'entreprise.

## La réponse judiciaire

### Les limitations tenant aux règles de la responsabilité civile

Le préjudice résultant de l'atteinte à la réputation est global : il déstabilise l'entreprise par rapport à ses parties prenantes (consommateurs, salariés, actionnaires). Si l'entreprise peut assez facilement prouver un préjudice, la réparation est malaisée, car les effets du dénigrement peuvent être différés ou durer très longtemps. Quand le préjudice sera-t-il consolidé ? Le rôle du juge est limité par le principe dispositif : il est lié par les demandes des parties. Celles-ci supportent

le fardeau de la preuve. Les parties doivent prouver leur préjudice et le lien de causalité avec la faute. Les demandes non chiffrées sont irrecevables (Civ. II, 10 février 2000) : le juge les rejette sans être tenu d'inviter les parties à chiffrer leurs demandes. La preuve du préjudice est facilitée par la présomption, posée par la jurisprudence, selon laquelle « un trouble commercial », et un préjudice, fût-il moral, s'infère nécessairement des actes déloyaux (Cass. Com 14 juin 2000, pourvoi 98 10 689, 12 juillet 2005, pourvoi 03 19 153 et 2 décembre 2008 pourvoi 07 19 861). Donc, une fois la faute prouvée, la preuve du préjudice et du lien de causalité avec la faute est facilitée, par rapport aux règles de droit commun. Mais il appartient à la victime de rapporter les éléments permettant aux juges du fond d'évaluer le préjudice. La concurrence déloyale (comme la violation de la vie privée ou du droit à l'image) génère un préjudice dont le principe est acquis du seul fait de l'atteinte mais dont l'importance doit être établie par le demandeur. Or, les dossiers sont souvent lacunaires, sur ce point :

- minoration des préjudices : on ne retient que les pertes subies ; pas d'essais de chiffrage des gains manqués ;
- pas de liasses fiscales contenant bilans et comptes pour déterminer le chiffre d'affaires ; le calcul de la marge sur coûts variables n'est pas étayé ;
- simples affirmations non étayées ou attestations lacunaires d'experts comptables de l'entreprise ;
- valeur des expertises privées non contradictoire : indice à étayer par d'autres indices.

Comment le juge peut-il satisfaire à son obligation de réparation intégrale du préjudice ? Dès lors qu'il a constaté l'existence d'un préjudice résultant d'une faute, il ne peut en refuser l'indemnisation au motif que le demandeur n'offre pas une méthode de calcul appropriée ou ne fournit pas d'éléments suffisants pour procéder à son évaluation (Civ. II, 19 octobre 2006, pourvoi n° 06-10.059). Selon l'article 1149 c.civ, « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* » : *lucrum cessans, damnum emergens*.



Quelques points saillants :

- Pas de droit à restitution des gains illicites

La plupart des fautes constitutives de concurrence déloyale ou de parasitisme sont constitutives de préjudice pour les victimes, mais aussi de gains illicites pour les auteurs. Le droit français ne les prend pas en compte, sauf en matière de contrefaçon (atteinte à un droit) où le législateur a lui-même permis cette prise en compte. Ainsi, dans les hypothèses de concurrence déloyale, il peut arriver que la faute reste lucrative après la condamnation aux dommages-intérêts, si ceux-ci sont inférieurs aux gains ou aux économies réalisées. Mais, rien n'interdit de les prendre en compte, comme un des éléments d'appréciation global du préjudice.

- Perte de chances

En cas de dénigrement, la pratique peut entraîner des pertes immédiates en terme d'annulation de commandes, de pertes de contrats, mais aussi dans le futur, pertes d'autres clients : gains manqués ou pertes de chances selon le degré de certitude du préjudice. La notion de perte de chances permet de réparer des pertes probables, mais non certaines : le préjudice est dans ce cas très vraisemblable, mais affecté d'un aléa. Le préjudice est bien certain, il résulte de la perte de chance : mais le préjudice final, futur, ne peut être réparé entièrement, justement à cause de l'aléa. La Cour de cassation vérifie que la chance est réelle et sérieuse. La perte de chances « résulte d'une faute qui a pour conséquence de réduire à néant la possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte ». Même si elle est minime, elle doit être indemnisée. Illustrations nombreuses : impossibilité pour la victime de développer une clientèle, de pénétrer un nouveau marché, d'exploiter une technologie, de décrocher un contrat,

**Comment le juge peut-il satisfaire à son obligation de réparation intégrale du préjudice ?**

d'éviter un dépôt de bilan ou encore de contracter un emprunt. Autant de cas que les juridictions saisies rencontrent fréquemment et dont les conséquences économiques peuvent être considérables car dans certains cas, l'entreprise aura dû engager des dépenses pour s'adapter et compenser l'effet du dommage, par des restructurations ou des dépenses de communication. Comment évaluer *ex ante* ces coûts qui devront être engagés ? S'agissant de la perte de chance, le juge doit justifier depuis l'arrêt Cass. civile 3 du 15 novembre 2000 n° 98-10.687 qu'il n'indemnise consciemment qu'une fraction de la perte totale. La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait cette chance si elle s'était réalisée » (Civ.I, 16 juillet 1998, n° 260).

- Le préjudice moral

Le dénigrement cause un trouble commercial, et au moins un préjudice moral. En ce sens, l'indemnisation du « préjudice moral » des sociétés commerciales tend le plus souvent à réparer un préjudice économique difficilement évaluable (Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278, P). Mais de plus en plus souvent ce poste constitue une sorte de troisième poste : une société commerciale peut subir un dommage moral, au sens d'une atteinte à sa considération, sa réputation et son honneur, distinct des atteintes mesurables économiquement (Cour d'appel, 5-2 Affaire 3 septembre 2010, eBay/Christian Dior).

- Les limites de la réparation face à l'urgence

La compensation pécuniaire ne constitue pas le seul mode de réparation. La réparation la plus adéquate peut consister, s'agissant des pratiques en cours, dans leur cessation. Mais nécessité d'agir vite...

- Cessation du trouble

La nécessité de faire cesser les pratiques en urgence est cruciale. Le juge des référés est compétent toutes les fois qu'il y a urgence, ce qui est souvent le cas. Cependant, certaines conditions doivent être réunies. En application de l'article 809 du Code de procédure civile (article 873 pour le président du Tribunal de commerce), il doit s'agir de troubles manifestement illicites ou qui exposent à un dommage imminent. Constitue, par exemple, un trouble manifestement illicite et un manque-

ment aux usages commerciaux, le fait de dénigrer par publicité télévisée le produit (un pèse-personne) d'un concurrent aisément identifiable, présenté comme préhistorique et dangereux, alors que ce matériel est techniquement plus performant que la balance vantée (CA Cham-

béry, 10 août 1989 : JurisData n° 1989-043463). L'injonction doit être proportionnée au but à atteindre (pas d'interdictions générales). Le juge peut aussi donner une provision, en l'absence de contestation sérieuse. Le problème pratique consiste dans l'encombrement des rôles des chambres de référés des cours d'appel.

- Les mesures de publicité sont aussi très fréquemment deman-

dées

L'affichage du jugement, la publication du jugement ou d'extraits du jugement par voie de presse, radio ou sur le site internet de la société incriminée résulte du seul article 1382 c.civ. Il n'y a aucun texte général. La mesure de publication doit tendre à la réparation d'un préjudice (Cass. civ. 1 ère 14 mai 1992 bull. civ I n° 138). L'existence de ce préjudice doit donc être caractérisée par les juges du fond. Les mesures de publication doivent être conformes à l'article 10 de la CEDH qui prohibe les atteintes disproportionnées à la liberté d'expression. Une abondante jurisprudence existe en matière de mesures de publication en cas d'atteinte à la vie privée des personnes physiques. La mesure doit donc être proportionnée au préjudice subi : le juge en fixe les conditions (lieu, dimension, caractères, durée, les frais maximum de publication). Les tribunaux de commerce n'assortissent pas leur décision de publication d'exécution provisoire, car si le jugement de condamnation était infirmé par la Cour d'appel, l'exécution de la publication par la victime pourrait entraîner sa responsabilité civile. Il faut donc attendre l'arrêt de la Cour d'appel, qui intervient plusieurs années après et juge alors que la publication n'a plus lieu d'être... Ce problème de délais, qui para-

lyse la réparation par équivalent, permet de mettre l'accent sur l'insuffisante prise en compte du temps économique et des contraintes des entreprises dans les moyens dévolus à la justice. S'il convient de se féliciter de la charte mise au point par le Tribunal de commerce de Paris pour accélérer sa procédure de mise en état, il faut souligner le déficit du pôle commercial de la Cour d'appel de Paris qui conduit à fixer des affaires dans des délais excessifs. En période de pénurie généralisée des moyens, les priorités sont ailleurs. Pourtant, les retards pénalisent l'économie, et surtout les PME, dont les politiques déplorent la mauvaise santé ou le manque de vigueur. En effet, les grosses entreprises ont les moyens d'attendre une décision de justice, parfois même très longtemps, lorsqu'elles ne décident pas de recourir à l'arbitrage international, lui aussi trop coûteux pour les PME.

**[ Ce problème de délais, qui paralyse la réparation par équivalent, permet de mettre l'accent sur l'insuffisante prise en compte du temps économique et des contraintes des entreprises dans les moyens dévolus à la justice. ]**

Si je n'ai qu'un message à faire passer aujourd'hui, c'est le message du manque de moyens de la justice... Mais est-il seulement audible en temps d'économies budgétaires ? Je pense qu'il l'est, à l'heure d'un nécessaire recentrage de

l'Etat sur ses missions régaliennes. L'attractivité économique d'un pays se mesure aussi à celle de sa justice. ■



**Pierre BERLIOZ**

Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne,  
 Directeur du centre d'études juridique de l'efficacité des systèmes  
 continentaux

## Saisies, injonctions, dommages et intérêts... Quels outils de prévention et de répression des atteintes aux actifs immatériels ?

« Un actif est un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs » (art. 211-1, 1<sup>o</sup> PCG). Caractéristiques essentielles : Matériellement ou intellectuellement distinct de son détenteur. L'actif ne doit pas se confondre avec l'entreprise. Sont donc exclus la « *going concern value* », valeur liée à l'organisation des actifs de l'entreprise, ou le « *goodwill* », valeur propre à l'entreprise distincte de celle de l'ensemble de ses actifs.

Pour autant l'actif peut être attaché à l'entreprise. Il n'est pas nécessairement aliénable. Il suffit que sa valeur puisse être transférée à autrui par toute opération juridique, translatrice comme la vente, ou non translatrice comme le transfert ou la location.

**Valeur.** C'est « le potentiel qu'a cet actif de contribuer, directement ou indirectement, à des flux nets de trésorerie au bénéfice de l'entité » (art. 211-2). Il ne s'agit donc pas seulement d'une valeur d'échange. Il suffit d'un potentiel créateur de ressource. Cela fait écho à la définition du « bien » au sens de l'article 1P 1 de la CEDH : des « intérêts économiques substantiels » (CEDH 18 juin 2002, Oneryildiz c/ Turquie, n° 48939/99).

**Contrôle.** On l'entend ici comme toute forme de maîtrise exclusive, qui permet de se réserver la valeur de l'actif en question. Il peut s'agir de propriété, d'un droit intellectuel, ou du secret. En l'absence de droit intellectuel, c'est le seul mode de contrôle exclusif. Et c'est aussi le plus fragile, qui doit être protégé. Ce contrôle peut être usurpé par un tiers, afin notamment de détourner à son profit les avantages économiques attendus de l'actif en cause. Se pose alors pour la victime la question des moyens de faire cesser cette usurpation et de récupérer ce qui

a été détourné de son patrimoine. Lorsque l'actif en cause est corporel, la réponse est, sinon simple, du moins relativement bien déterminée. En revanche, lorsque l'actif est incorporel, elle est beaucoup plus incertaine, compte tenu de la nature particulière des choses incorporelles. Pour ces choses, en effet, la restitution est, très souvent, impossible. Il faut donc lui trouver des mesures équivalentes, ou des substituts. Le plus évident est une restitution indirecte, portant sur les supports de l'actif immatériel, au moyen d'une saisie. Une autre voie possible est celle de l'injonction.

### Les saisies

Les saisies ont, entre autres fins, une fonction restitutoire. Elles peuvent être exercées dans ce but à titre conservatoire – c'est la saisie-revendication – ou pour l'exécution d'un titre définitif – c'est la saisie-appréhension. L'une et l'autre posent un problème identique : leur effet réel se heurte à la nature incorporelle des actifs immatériels. Elle devrait en revanche s'avérer possible dès lors qu'existe un support matériel. Ce n'est toutefois pas systématiquement possible. Enfin, on peut se demander s'il est envisageable d'exercer ces saisies, au-delà de l'actif en lui-même, sur ses fruits.



## Saisie des actifs immatériels

Effet réel de la saisie impossible en matière incorporelle. Seuls les droits s'y prêtent, puisqu'il est possible d'agir sur la qualité de titulaire, pour la déplacer, par exemple par une modification de l'inscription, ou par une notification au débiteur. Donc saisie possible des marques et des brevets par exemple, comme le prévoit le CPI. Rien de tel pour les choses incorporelles pour lesquelles n'existe aucun droit intellectuel. Pour paraphraser Chosson, l'information diffusée s'introduit dans l'esprit des hommes et il n'est plus possible de l'en arracher. Une fois acquise, l'information est unie à son détenteur par un lien quasi indéfectible, ou en tout cas qui n'est pas au pouvoir des tiers. Il l'est seulement à celui de son détenteur : il n'appartient qu'à lui d'oublier ce qu'il a appris.

### Saisie des supports

Pour peu que l'actif immatériel soit incorporé à un support, il est en revanche aisément saisissable. Mais alors l'une des conditions de la saisie, revendication ou appréhension, peut constituer un obstacle à sa mise en oeuvre. La saisie-revendication suppose un droit à restitution, au moins apparent. Or ce droit à restitution n'existe pas nécessairement. D'une part, les supports appartiennent en général à l'usurpateur. Or la Cour d'Appel de Paris a jugé que le terme « restitution » utilisé par l'article L. 222-2 C. proc. ex. indique qu'il s'agit d'un bien ou document initialement détenu par la personne qui formule la demande de restitution. En conséquence, la procédure de saisie-revendication ne vise que les originaux, et non les copies ou reproductions qui constituent un support qui n'a jamais été en possession, ni appartenu au requérant. Il faudrait donc dans ce cas que la loi prévoie expressément la possibilité de saisir des supports n'appartenant pas au saisissant, pourvu qu'ils aient servi à une usurpation de l'un de ses actifs. D'autre part, même si le support appartient au détenteur de l'actif, il peut s'en être dessaisi volontairement. Or l'action en restitution n'est pas admise, en application de l'article 2279, alinéa 2, du code civil, lorsque la chose a été distraite à la suite d'un abus de confiance (Cass. req. 5 juill. 1886 : S. 1887, 1, 452) ou d'une escroquerie (Cass. civ. 19 juin 1928 : DP 1929, jurispr. p. 45).

### Saisie des fruits

Outre la question de la restitution de l'actif, se pose celle de la restitution de la valeur détournée. L'action peut être fondée sur le droit à restitution des fruits du propriétaire indûment dépossédé. Mais cela suppose de faire la preuve de la mauvaise foi de l'usurpateur. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. On voit ici finalement le fondement des dommages et intérêts restitutoires. Les gains et les économies réalisés sont des fruits de l'actif litigieux. Mais pour que l'usurpateur soit tenu de les restituer, il faut que la faute ait été ce qu'on appelle une faute lucrative, c'est-à-dire sinon une faute volontaire du moins une faute commise en conscience de l'atteinte, mais

Leur effet réel se heurte à la nature incorporelle des actifs immatériels.

Si l'effet réel de la saisie ne peut être obtenu, il est en revanche possible d'en obtenir l'effet personnel, l'indisponibilité.

motivée par un gain supérieur à la condamnation potentielle. Il faut qu'il ait été de mauvaise foi. L'avantage s'agissant de ces gains, c'est qu'il ne s'agit pas d'une revendication. Il existe en effet, on le sait, une impossibilité de revendication des sommes d'argent. On est donc ici dans la configuration d'une saisie aux fins d'exécution, ou de conservation, d'une créance. Le champ d'action est dès lors plus ouvert, puisqu'on peut, pour obtenir le paiement de cette créance, effectuer une saisie-attribution de créance, ou une saisie-vente de tout bien appartenant à l'usurpateur.

## Les injonctions

La saisie étant incomplète voire impossible, pour les raisons que l'on a vues précédemment, le tiers conserve une maîtrise sur l'actif, dont il faut le priver par un autre moyen que par l'effet réel de la saisie. Si l'effet réel de la saisie ne peut être obtenu, il est en revanche possible d'en obtenir l'effet personnel, l'indisponibilité. Par ailleurs, il est possible d'avoir un substitut de l'effet réel, par une injonction de non utilisation. Mais le problème que posent l'une et l'autre de ces injonctions est celui de leur sanction.

### Injonction de ne pas disposer

Une saisie n'a pas seulement un effet réel. Elle a aussi, et même au premier chef, du moins chronologiquement, un effet intellectuel : elle rend le bien indisponible entre les mains de celui qui le détient. Or cet effet est la conséquence d'une injonction adressée au propriétaire de l'objet saisi. Il peut donc être aisément obtenu, quelle que soit la nature de l'objet en cause. Il suffit de solliciter d'un juge une injonction en ce sens, soit en référé, soit dans le cadre de l'instance au fond. Il est ainsi possible, notamment, d'obtenir un substitut de la saisie-revendication. Ce type de procédure est en particulier très bien connu des systèmes anglais et américains, dans lesquels le juge peut prononcer une « *freezing injunction* ». Et rappelons que la Cour de cassation a accepté de reconnaître cette mesure provisoire et de lui conférer un effet en France, tout du moins dans son aspect civil (Cass. 1re civ., 30 juin 2004, *Stolzenberg* : Bull. civ. 2004, I, n° 191), en considérant qu'elle n'était pas contraire à l'ordre public international. Il est donc possible de s'en inspirer en droit français.

### Injonction de ne pas utiliser

Mais il ne suffit pas d'empêcher l'usurpateur de transmettre l'actif, il faut plus généralement pouvoir lui interdire son utilisation. La restitution de ce qui a été indûment accaparé permet d'empêcher que l'usurpateur puisse continuer à en retirer les avantages économiques. Dès lors qu'une restitution est impossible, il faut une mesure qui permette d'obtenir le même résultat. Cette mesure est, bien sûr, l'injonction de ne pas utiliser. Elle est utilisée par la jurisprudence notamment dans le domaine de la concurrence déloyale et du parasitisme.

Exemple : l'interdiction d'utilisation du terme Champagne par Yves Saint-Laurent pour son parfum, utilisation considérée comme parasitaire (CA Paris 15 déc. 1993). De même, un concessionnaire Citroën a obtenu qu'il soit fait interdiction à un concurrent, qui n'était pas agent de ce constructeur, d'utiliser la marque Citroën (Cass. com. 29 juin 1993, n° 91-21764). L'injonction peut d'ailleurs être utilisée pour contourner l'impossibilité d'une saisie restitutive. Ainsi la Cour de cassation a approuvé, sur le fondement de l'article 9 du code civil, des juges d'avoir ordonné à un photographe la remise des négatifs d'une photographie réalisée en violation du droit au respect de la vie privée (Cass. 2e civ. 18 déc. 2003 : Bull. civ. II n° 403).

### Sanction des injonctions

L'avantage des injonctions est notamment leur effet extra-territorial, puisque en droit international privé l'injonction *in personam* n'a pas le caractère territorial qu'a la mesure *in rem*. Le problème qui se pose est celui de leur respect. L'inconvénient bien sûr de ne pas avoir l'effet réel de la saisie est que l'on ne dispose pas de l'arme que constitue la maîtrise matérielle de la chose, ou inversement sa dépossession. On le sait, le droit de rétention est le meilleur atout du gage... Problème de l'effet Streisand. Exemple : interdiction faite par l'AFP d'utiliser la photo désobligeante du président Hollande, qui a

eu l'effet inverse de celui escompté. Il faut donc prévoir un mécanisme de suivi, ainsi qu'un moyen de contrainte. S'agissant du suivi, le juge doit désigner un mandataire de justice, en général un huissier, chargé de contrôler l'exécution de la mesure, et de lui rendre compte. S'agissant de la contrainte, on pense bien sûr à l'astreinte (ex : interdiction sous astreinte de poursuivre des actes de concurrence déloyale consistant en la distribution et l'exploitation d'un magazine portant un certain intitulé : Cass. 2e civ. 7 juill. 2011, n° 10-20.296 ; com. 3 mars 2009 : Bull. civ. IV, n° 29). Mais cet outil n'est pas forcément

**Dès lors qu'une restitution est impossible, il faut une mesure qui permette d'obtenir le même résultat.**

efficace, compte tenu de la réticence des juges à retenir une condamnation élevée lors de la liquidation, même si c'est une astreinte définitive qui a été prononcée. Le risque d'une condamnation à des dommages élevés au titre de la faute lucrative peut être une incitation efficace. On peut également songer à imiter les « *freezing injunctions* » en assortissant l'injonction d'une sanction pénale. ■



**Romain STIFFEL** Chef du pôle opérationnel de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC)

## La réponse de l'AGRASC

L'Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués (AGRASC) est une innovation essentielle de la loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale. Il s'agit d'un établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle des ministères de la Justice et du Budget. Son directeur général est un magistrat de l'ordre judiciaire et son secrétaire général un administrateur des finances publiques.

L'AGRASC comporte des personnels du ministère de la Justice, du Budget et de l'Intérieur. Ses missions sont diverses :

- gestion centralisée de toutes les sommes saisies au cours d'affaires pénales ;
- gestion de biens complexes, sur mandat de justice ;
- ventes des biens meubles et immeubles ;
- publication des saisies pénales immobilières ;
- information des créanciers publics ;
- indemnisation des parties civiles sur les biens confisqués ;
- assistance juridique et opérationnelle aux juridictions (160 TGI et 35 CA) ;
- entraide internationale.

Cette agence autofinancée gère plus d'un demi-milliard d'euros. L'AGRASC est au coeur d'une nouvelle stratégie en matière pénale : atteindre le patrimoine de la criminalité.

Pourquoi une offensive sur l'argent du crime ? Cela répond à un double objectif. D'une part, l'action a un caractère exemplaire. D'autre part, elle a un effet dévastateur. Elle vise directement le mobile du crime et présente un effet déstructurant dans le cas des bandes organisées. C'est une stratégie internationale relayée par l'ensemble des pays de l'Union Euro-

péenne. Depuis la modification des textes sur les confiscations opérée par la loi du 27 mars 2012, l'AGRASC a vu ses possibilités d'action augmenter de façon importante. L'AGRASC, ce sont aussi de nouvelles méthodologies d'enquête, comme l'enquête dite patrimoniale, ainsi que de nombreuses formations, et des unités spécialisées. Enfin, l'Agence a pour particularité de procéder à l'application des techniques réservées à la lutte contre le crime organisé aux délits financiers. Grâce à l'AGRASC, les parties civiles peuvent être mieux

indemnisées. Le nouveau dispositif de l'art 706-164 du CPP lui ouvre la possibilité de les indemniser avec les fonds issus des biens confisqués. Cette possibilité connaît toutefois une limite : elle n'est pas ouverte aux personnes morales. Mais la pratique des restitutions aux personnes morales améliore les choses. Enfin, la loi du 27 mars 2012 a donné une impulsion nouvelle à l'action de l'Agence en généralisant la confiscation en valeur. Cet héritage des conventions internationales et de pratiques étrangères est peu connu en France. Toutefois, il présente un intérêt majeur. Les saisies et confiscations peuvent en effet être ordonnées sur des biens qui n'ont aucun rapport avec l'infraction, mais qui représentent un montant équivalent à l'avantage économique réalisé, c'est-à-dire à l'ensemble de la valeur indirectement créée par l'infraction.



**Patrick CARRALE**

Professeur de Droit, ancien Président de la Chambre de Droit de la Concurrence et de la Propriété Intellectuelle au sein du Tribunal de Commerce de Paris.

## Le rôle des pouvoirs publics

Intervenir en dernier est un « redoutable privilège ». On peut en profiter pour, sans prétendre pour autant à une synthèse des travaux, s'appuyer ou rebondir sur certains des constats exprimés afin de tenter d'aller plus loin vers des propositions d'évolutions ou de solutions concrètes. L'ancien magistrat, honoraire désormais, se sent un peu plus libre de parole, quant à l'universitaire, s'il doit conserver et transmettre la tradition, il peut - et même doit - comme enseignant-chercheur ouvrir ou au moins proposer des pistes novatrices. Les quelques réflexions qui suivent partent de deux idées sous-jacentes ou transversales au fil des tables rondes de ce colloque.

En premier lieu, la nécessité quant au secret des affaires de bien faire la distinction entre deux notions et leurs deux corollaires sur le plan opérationnel :

- L'information, dont la protection s'affaiblit inéluctablement, de manière quasi-mécanique dans un monde transformé par la nécessité de transparence et de partage (mise en commun des savoirs, banques de données, *knowledge-management...*);
- L'utilisation (éventuellement frauduleuse) de l'information, violant le principe de loyauté des affaires (concurrence déloyale).

D'où l'on infère une seconde distinction entre :

- La protection, en amont, des actifs immatériels, du point de vue individuel de la victime, et en aval, la juste indemnisation du préjudice ;
- La protection de l'Ordre Public économique, avec en aval la réparation punitive et efficace des accrocs à ce bien collectif qu'est la sécurité juridique. Cette sécurité juridique est une condition essentielle de la sécurité économique qui est elle-même une condition première d'un paisible niveau minimum de cette transparence devenue incontournable évoquée ci-dessus.

En second lieu, le libellé même de l'intervention proposée : le rôle « des » pouvoirs publics. Ce choix du pluriel est bien plus satisfaisant qu'au singulier « la » puissance publique - ou l'Etat qui l'incarne - car il met en exergue l'aspect protéiforme d'intervenants dont il faudrait plus et mieux coordonner l'action. En effet, notre pays dispose d'un des meilleurs dispositifs de protection de la propriété intellectuelle, mais cet arsenal légis-

latif et réglementaire satisfaisant est, dans la pratique, mis en oeuvre de manière insuffisamment efficace. Le défi à relever est donc d'intégrer l'action de l'ensemble des maillons de la puissance publique, le législateur, les juridictions - tant pénales que civiles - le ministère

public, les services de surveillance et de répression économique quel que soit leur rattachement. D'abord en s'appuyant fortement sur le maillage de la Gendarmerie nationale, proche de ce tissu de PME (voire TPE) locales innovantes et exportatrices, car ce formidable atout la rend particulièrement apte à l'identification et au démantèlement des filières mafieuses de délinquance économique et financière. Ensuite en impliquant tous les autres acteurs, qu'il s'agisse de la Douane, des Officiers Ministériels (notamment les huissiers), ainsi que des offices spécialisés et agences tels que Tracfin. Enfin, à la périphérie, les précieux spécialistes du chiffre (experts comptables et CAC) pouvant venir au secours de ceux du droit, notamment pour l'aide à la détermination du quantum des préjudices à indemniser.

Pour finir, en guise d'« ouverture » plutôt que de conclusion, quelques évolutions possibles... ou nécessaires :

La 1<sup>ère</sup> piste : civil OU pénal... Plutôt civil ET pénal.

- Du code de la propriété intellectuelle au code Pénal :

Il s'agirait là d'intégrer les textes répressifs dans le code pénal mais aussi de retravailler les qualifications et les pénalités car le bilan coût pénal/avantages financiers est aujourd'hui en faveur de la délinquance économique et financière. La même somme investie dans les stupéfiants peut rapporter dix fois la mise pour un risque pénal allant jusqu'à 20 ans d'emprisonnement... mais investie dans la contrefaçon, elle peut alors rapporter environ 100 fois la mise pour un risque pénal n'allant que de 3 à 5 années d'emprisonnement !

- Mieux prendre la mesure des enjeux :

Contrefaçon de médicaments, colorants dangereux à ingérer par les enfants sur des jouets contrefaisants, pièces détachées causant des accidents... Les risques pour la santé publique et la sécurité des personnes sont sans commune mesure avec la perception trop édulcorée que l'on en a encore bien trop souvent, de même que l'impact économique et social en termes d'emploi. Il faut faire prendre conscience aux magistrats qu'il ne s'agit pas de simples querelles entre marchands concurrents, mais bien d'une victime face à une délinquance organisée qu'il convient d'éradiquer par la sanction punitive... et la réelle indemnisation de la victime qui pénalisera le contrefacteur également sur ce plan pécuniaire auquel il est le plus sensible.

- Il conviendrait pour cela de sortir des choix douloureux entre punition et indemnisation et de dépasser les notions de litispendance et de connexité et les « gels » qu'elles entraînent. Cela suppose d'abandonner en cette matière sensible l'exclusivité d'une voie judiciaire et la sacro-sainte règle selon laquelle le pénal tient le civil en état. Permettons le cumul et la simultanéité des actions civiles et pénales et cessons de craindre une contrariété de jugement entre les deux juridictions (qui n'aurait d'ailleurs rien de gênant, les notions de faute délictuelle et de délit qualifié étant bien distinctes).

Enfin on peut ouvrir deux autres pistes de recherche, tant au civil qu'au pénal. Quant au civil et à l'aspect éventuellement punitif des D.I. à octroyer, au-delà de leur caractère principalement indemnitaire, se pose le dilemme né d'un hiatus éventuel entre justesse et justice. D'un côté, il y a là une source de désaccord avec certains universitaires qui se sont déclarés partisans de dommages punitifs en s'inspirant de la pratique anglo-saxonne. Car il nous faut pourtant rester attachés à notre culture et à notre tradition de droit romano-germanique, dont il résulte qu'il convient d'indemniser « tout » le préjudice, mais « rien que » le préjudice afin d'éviter tout risque d'enrichisse-

ment sans cause. D'un autre côté, comment ignorer cependant que cette justesse nécessaire rend insuffisante la sanction sur le plan dissuasif et répressif alors que souvent ne se trouve saisie dans les filets judiciaires qu'une faible partie de la vaste activité illicite de contrefacteurs récidivistes, dangereux pour l'Ordre Public Economique, l'entreprise et l'emploi de la Nation, la santé publique et la sécurité des consommateurs. Afin de résoudre cette contradiction entre les principes à maintenir et l'efficacité à obtenir, pourquoi le législateur n'ouvrirait-il pas ce droit qu'est l'action civile et ne permettrait-il pas à des organismes d'intérêt collectif comme Territoires et Création et quelques autres bien identifiés d'ester non pas pour ou au côté des victimes mais indépendamment de celles-ci. Il s'agirait de leur ouvrir cette possibilité d'ester, non pas pour réclamer la punition de l'accroc à l'ordre public, qui relève de l'action pénale, ni de se tenir en demande au côté des victimes en demandant pour elles indemnisation ou sur-indemnisation, mais pour solliciter l'octroi de D.I. spécifiques en réparation du préjudice collectif subi par le tissu professionnel des secteurs économiques concernés, et plus généralement par les consommateurs et le tissu économique pris globalement ? Ces organismes pourraient consacrer utilement ces indemnités au financement d'études, recherches, formations, soutien dans les frais d'enquêtes préalables et l'action judiciaire qu'hésitent trop souvent à entreprendre des PME créatrices victimes de contrefaçons qui les mettent en péril elles et les emplois qu'elles garantissent, car elles ne disposent pas des moyens et

**La 1<sup>ère</sup> piste : civil OU pénal...  
Plutôt civil ET pénal.**

de la « force de frappe » à la portée d'entreprises plus importantes ou des grands groupes. S'il faut chercher un précédent sur lequel s'appuyer, un exemple assez récent existe, dans un domaine différent, celui de la grande distribution, d'un jugement du Tribunal de Commerce de Paris en matière de clauses abusives. Dans cette affaire opposant le Ministre de l'économie à l'une des grandes centrales d'achat, les fournisseurs victimes de la pratique abusive n'étaient pas dans la cause mais la Direction de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ne demandait pas uniquement l'annulation des clauses abusives et leur interdiction sous astreinte d'un montant important. La DGCCRF demandait en effet également le remboursement aux victimes des marges abusivement extorquées, alors même que celles-ci s'étaient bien gardées d'intervenir dans la cause, ne voulant pas mettre en péril leur référencement. Il était clair aux yeux

**Enfin, pourquoi ne pas rêver  
pour terminer à la création  
de quelques grands tribunaux  
économiques en petit nombre  
(dans les grandes métropoles  
d'équilibre).**

des juges de premier ressort qu'en principe, si les deux premiers chefs de demande étaient recevables, en revanche la troisième demande tendant à l'octroi de D.I. au profit des victimes des clauses abusives ne pouvait prospérer. Pourtant, après de longues discussions au sein de la formation de jugement en charge de cette affaire, c'est sciemment que celle-ci avait décidé de « donner un signe fort » en tant que juridiction économique, sachant compte tenu du caractère d'exemplarité de cette affaire qu'il appartiendrait ensuite à la Cour d'appel et à la Cour de cassation de prendre position. En faisant volontairement droit à la DGCCRF au-delà du possible, tout en soignant suffisamment la rédaction des motifs pour attirer l'attention

du législateur, le Tribunal a fait montre d'une hardiesse qui a porté ses fruits... puisqu'elle a eu pour effet l'ajout *in extremis* dans la loi NRE d'une disposition autorisant certaines autorités administratives à ester en faveur de victimes non parties à l'instance malgré les principes « nul ne plaide par procureur » et « pas d'intérêt direct, pas d'action ».

Quant au pénal, l'importance croissante et le poids de nuisance de cette délinquance, moins spectaculaire et médiatique mais aussi « culturellement » difficilement moins clairement perçue par bien des magistrats, justifierait, d'une part une intégration plus poussée dans la formation des magistrats, et sans doute, d'autre part, de former par la suite et d'affecter des parquets dédiés à ce type d'affaires afin d'assurer une priorisation et une réelle, rapide et efficace mise en oeuvre des poursuites et de l'action publique. Enfin, pourquoi ne pas rêver, pour terminer (sans prétendre régler l'épineuse question de la carte judiciaire), à la création de quelques grands tribunaux économiques en petit nombre (dans les grandes métropoles d'équilibre). Ces juridictions traitant globalement la matière, fonderaient à statut unique des juges issus de la magistrature de carrière et des juges ou anciens juges chevronnés issus des chambres spécialisées des grands tribunaux de commerce. Après tout, les juges de proximité que certains songeaient à supprimer ont au contraire vu leur rôle étendu au droit pénal, alors... pourquoi pas cette hardiesse ? C'est au prix de cette hardiesse, pas si iconoclaste au fond, que l'on pourra s'attaquer efficacement à cette délinquance qui met en péril notre économie. L'enjeu est national et justifie amplement qu'on s'y attelle résolument. ■

➔ LE SECRET DES AFFAIRES:  
QUELLES PERSPECTIVES ?



**Béatrice CHARLIER-BONATTI**

Présidente de la 15ème Chambre du Tribunal de Commerce de Paris

## La vigilance des tribunaux consulaires face aux atteintes au secret des affaires

### Les procédures contentieuses et le secret des affaires

#### Les principes du contradictoire et de loyauté

Le principe du contradictoire vise à garantir le caractère équitable de la procédure. L'article 6 § 1 de la CEDH impose au juge, en toutes circonstances, de faire observer et d'observer lui-même ce principe, à tous les stades du procès. En droit français, le respect du contradictoire dans le cadre des procédures judiciaires civiles est formalisé aux articles 15 et 16 du code de procédure civile, qui imposent au juge de veiller à ce que les parties se communiquent toute pièce nécessaire au débat, dans un délai utile. L'exigence d'une communication spontanée est expressément prévue par l'article 132 du code de procédure civile, chacune des parties devant pouvoir prendre connaissance de l'ensemble des éléments du dossier de l'autre partie, que celle-ci doit lui communiquer spontanément. Dans ce contexte de primauté du principe de loyauté, le secret des affaires ne peut, sauf exception, faire échec au principe du contradictoire.

#### Le secret des affaires serait-il une limitation légitime au principe du respect du contradictoire ?

Dans les décisions de la CEDH, il a été retenu que le principe de contradiction était susceptible de connaître des limitations dans l'intérêt public et sous réserve de proportionnalité. Prenant le contrepied de cette position, la CJCE retient que le juge « doit nécessairement pouvoir disposer des informations requises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause, y compris les informations confidentielles et les secrets d'affaires ». La CJCE juge cependant que la protection du secret des affaires est un principe général du droit communautaire, qui peut conduire à limiter la communication de documents à caractère confidentiel émanant d'une entreprise aux autorités nationales ou à un tiers plaignant.

#### La publicité des débats

La publicité des débats dans les procédures civiles est édictée comme un principe par les articles 22 et 433 du code de procédure civile, « sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil ». Cette disposition fondamentale dans toute démocratie ne garantit cependant ni la confidentialité du nom des Parties à l'instance, ni celle du fond du procès. Concernant la publicité sur le fond de l'affaire, nous pouvons remarquer que dans la pratique, ne sont généralement présents dans les salles d'audience ou dans les cabinets de juges chargés d'instruire l'affaire dans lesquels ont lieu les débats, que les parties, leurs conseils, ou les avocats qui les représentent et sont tenus au secret professionnel. Ajoutons qu'il est toujours possible aux parties de demander à ce que l'affaire soit entendue en cabinet, afin de préserver la confidentialité des débats. Soumise à l'appréciation du juge, une telle demande sera généralement accueillie favorablement. Ainsi, l'argument selon lequel une procédure judiciaire portée devant nos juridictions ne garantit pas le secret des affaires doit être relativisé.

#### La recherche de la preuve et la loyauté des débats

« C'est parce que le législateur veut que le procès civil soit un lieu d'affrontement loyal qu'il énonce des dispositions permettant de forcer la communication ». L'article 10 du code civil contient une disposition générale concernant la loyauté des débats, en édictant que : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Selon l'article 17 du code de procédure civile, il appartient aux parties de se faire connaître mutuellement en temps utile les éléments de preuve qu'elles produisent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. Là encore, le droit au procès équitable et la transparence priment sur toute réticence que pourrait avoir une partie à produire une pièce nécessaire à l'établissement de la preuve d'un moyen de fait ou de droit qu'elle avance, fût-ce en invoquant le secret des affaires. L'em-



pêchement légitime (art. 11 al. 3 et 141 du code de procédure civile), constitue une exception à l'exigence de transparence, qui peut être opposée au juge. Ont été considérés comme un empêchement légitime permettant au tiers d'opposer un refus à l'injonction de communication : le respect de la vie privée, le caractère confidentiel de documents. Il est enfin de jurisprudence constante que la partie visée par l'injonction de communication ne peut opposer le secret des affaires pour résister à cette demande, pour autant que la demande de communication ne porte pas sur une pièce soumise au secret professionnel de l'avocat, ou à un engagement contractuel de confidentialité.

### La dématérialisation des procédures : un risque pour la confidentialité?

Le code de procédure civile instaure le principe de la communication par voie électronique de tous les actes et pièces de procédure. Les premières mesures d'application ont porté sur la procédure en appel, les recours en cassation, ainsi que les procédures devant les tribunaux de grande instance. Ce mode d'échange présente un risque potentiel au regard de la confidentialité. Ainsi, l'article 748-6 du code de procédure civile précise que les procédés techniques utilisés doivent garantir la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées, et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire. A citer également l'arrêté du 21 juin 2013 portant communication électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction devant les tribunaux de commerce qui précise que les envois... doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêté afin d'assurer le respect du principe de confidentialité des affaires.

## L'expertise judiciaire face au secret des affaires

L'expertise judiciaire n'est pas une profession réglementée soumise en tant que telle au secret professionnel. Les devoirs et obligations des experts ressortent de diverses dispositions du code de procédure civile, de la loi du 19 juin 1971 et du décret du 23 décembre 2004. Toutefois, participant à l'exercice de la justice, l'expert judiciaire est tenu d'une obligation de confidentialité sur toute information dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de sa mission, et son avis ne peut être utilisé en dehors de l'instance, sauf autorisation du juge ou consentement de la partie intéressée, si la divulgation de cet avis est susceptible de porter atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime. A la différence des mesures d'instruction ordonnées sur requête dans le cadre de l'article 145 du code de procédure civile, les opérations d'expertise sont ordonnées dans le cadre d'un débat contradictoire, qu'il s'agisse d'un référé ou d'un jugement avant dire droit. L'obligation faite à l'expert de respecter le contradictoire en toute circonstance durant ses opérations peut parfois se heurter au secret des affaires. La mission même confiée à l'expert requiert en effet la communication de documents ou de témoignages que

l'une ou l'autre des parties peut considérer comme confidentiels. Il appartient alors à l'expert d'en référer au juge chargé des mesures d'instruction, afin que soient circonscrits les informations ou documents relevant effectivement du secret des affaires et qu'il soit précisé à l'expert les mesures particulières qu'il convient de prendre. Le juge peut ainsi autoriser exceptionnellement l'expert à entendre les parties séparément sur les pièces relevant du secret des affaires. Plus généralement, il invitera l'expert à prendre toute mesure permettant de garantir le maintien de la confidentialité des informations qualifiées de sensibles, par exemple en occultant certains noms ou chiffres, ou en organisant l'analyse des documents par des tiers soumis au secret professionnel, au premier rang desquels les avocats, mais aussi selon le cas, les commissaires aux comptes. Outre les dispositions du code de procédure civile, l'article 9 alinéa 2 du code civil permet au juge de prescrire toute mesure propre à empêcher ou faire cesser une atteinte au secret des affaires en cours d'expertise. Lorsque les mesures d'instruction ordonnées par le juge conduiraient, selon les parties, à la révélation d'informations relevant du secret des affaires, le juge chargé du suivi des mesures d'instruction peut, après avoir apprécié le caractère effectivement confidentiel de certains éléments, inviter l'expert à rédiger un rapport complet

De telles mesures exceptionnelles, doivent permettre de concilier le respect du principe du contradictoire et celui du secret des affaires.

et un rapport expurgé. Le rapport complet comportera toutes les pièces communiquées par les parties, et les conclusions de l'expert sur les éléments couverts par le secret des affaires. Ce rapport sera déposé au greffe du tribunal. Le rapport expurgé, occultant les pièces et références relevant limitativement du secret des affaires, sera destiné aux parties. Il appartiendra alors au juge d'organiser le débat contradictoire sur le rapport de l'expert. Pour ce faire, il pourra autoriser les seuls avocats des parties, liés par le secret professionnel, à prendre connaissance du rapport non expurgé déposé au greffe, sans en prendre copie, à charge pour eux de s'interdire de dévoiler à leurs clients respectifs ou dans leurs conclusions les informations couvertes par le secret des affaires. De telles mesures exceptionnelles doivent permettre de concilier le respect du principe du contradictoire et celui du secret des affaires.

## La juridiction du Président et le secret des affaires

### Les ordonnances sur requête

Le domaine des ordonnances sur requête est vaste. Il n'a comme seule limite, selon les dispositions des articles 874 et 875 du code de procédure civile, que celle de la compétence du tribunal de commerce. Rendues en l'absence de débat contradictoire et d'audience publique, les ordonnances sur requête préservent le secret des affaires et restent confidentielles jusqu'à leur notification. Par exception, certaines ordonnances sur requête se rapportant à la création, aux statuts, aux dirigeants, à la dissolution des sociétés, à la nomination d'un administrateur provisoire, font l'objet de mesures de publicité au registre du commerce.

### Les ordonnances « article 145 CPC »

Nous visons ici les ordonnances présidentielles non contradictoires rendues en application de l'article 145 du CPC, selon lequel : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Jusqu'à une période récente, l'article 145 du CPC était principalement invoqué devant le juge des référés afin de solliciter une mesure d'expertise. Au fil des années il a été constaté un transfert vers la juridiction du Président, et une montée en puissance d'opérations plus agressives, pour lesquelles, au motif d'assurer l'effet de surprise, des mesures de constat confinant parfois à la saisie voire à la perquisition sont demandées au président par voie de requête, hors de tout débat contradictoire. Souvent intrusives, les mesures d'instruction ordonnées par voie de requête risquent de porter atteinte au secret professionnel, au secret bancaire, au secret médical, au secret défense, et plus généralement de façon non proportionnée, aux droits de la personne physique (respect de la vie privée) ou de la personne morale (secret des affaires). Les conditions de mise en oeuvre des mesures d'instruction *in futurum* ont été encadrées par la jurisprudence. Les présidents et délégués de nos juridictions doivent faire preuve de la plus grande prudence afin d'éviter toute instrumentalisation des décisions pour lesquelles ils sont sollicités. Deux conditions doivent être réunies pour donner droit à une autorisation d'investigations sur requête *in futurum* : un motif légitime, et des mesures proportionnées. La Cour de cassation ne fait pas de l'urgence une condition de recevabilité d'une requête article 145 du CPC. L'existence d'un motif légitime sera retenue lorsque les pièces recherchées seront considérées par le juge comme nécessaires pour tenter l'action invoquée, et que cette action aura des chances raisonnables d'aboutir. Dans des domaines aussi délicats que la concurrence déloyale, la rupture de pourparlers, des litiges entre associés, il nous est demandé l'autorisation d'appréhender chez un concurrent et éventuel adversaire, en tous lieux, des preuves dont le requérant ne dispose pas. La Cour de cassation s'attache aujourd'hui à vérifier non seulement que les mesures ordonnées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées mais encore qu'elles sont circonscrites à la recherche de documents strictement en relation avec le motif invoqué, et dont la date est encadrée dans le temps. Si le devoir de loyauté n'est pas expressément cité, il va de soi que le requérant ne doit omettre dans sa présentation des faits, aucun élément qui aurait amené le juge, s'il l'avait connu, à prendre une autre décision. Les mesures d'instruction sollicitées doivent être circonscrites au litige potentiel invoqué. La Cour de cassation veille strictement au respect des droits fondamentaux, en contrôlant que la mesure ordonnée soit compatible avec le principe de proportionnalité par la justification par le requérant des circonstances lui permettant de ne pas appeler la partie adverse, la mise en oeuvre de dispositifs appropriés à la finalité, l'usage de moyens pertinents et nécessaires, ne revête

**Les présidents et délégués de nos juridictions doivent faire preuve de la plus grande prudence afin d'éviter toute instrumentalisation des décisions pour lesquelles ils sont sollicités.**

pas un caractère général d'investigation, mais comporte une mission circonscrite, s'inscrive dans une absolue nécessité d'assurer la protection des droits du requérant. Elle veille en outre à ce que la mise en oeuvre de la mesure sollicitée ne puisse s'appuyer sur des procédés déloyaux. Lorsqu'elles sont ordonnées sur requête au seul vu des éléments et explications du demandeur, de telles mesures d'investigation sont susceptibles de porter atteinte au secret des affaires de la partie visée. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le risque de violation du secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à la mise en oeuvre d'une mesure d'instruction *in futurum*, dès lors que le juge constate 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. La Cour de cassation a progressivement précisé les conditions de cette inopposabilité. Elle s'attache en particulier à vérifier que toute information relative à la vie privée des personnes physiques visées soit effectivement écartée. Concilier le droit au secret, les droits de la défense, ceux de la personne, et l'efficacité des procédures relève parfois d'un véritable défi, dans lequel s'inscrit la décision du juge. Une extrême prudence est de rigueur en matière d'ordonnance sur requête autorisant non contradictoirement une intrusion dans les affaires d'un concurrent ou d'un futur adver-

saire du requérant. Quelques mesures de précautions permettront d'assurer le compromis recherché. Il revient au juge de circonscire l'objet des mesures de constatation ordonnées afin de ne pas conduire à une mission d'investigation générale ou à une enquête, qui ne relèverait pas des dispositions de l'article 145 du CPC. Au vu des pièces produites à l'appui de la requête et des explications fournies, le juge devra limiter les mesures de constatation qu'il autorise aux éléments directement en relation avec le litige. La mission, ciblée, devra préciser des mots-clés dûment définis, en nombre limité, et porter sur une période limitée. Les mots-clés à exclure des recherches (tels que le nom du ou des avocats de la société, de tel client, fournisseur, personne physique, etc.) seront à préciser dans l'ordonnance. Ainsi, dans une affaire opposant deux acteurs de la grande distribution sur la prise de contrôle de parts de marchés étrangers, l'un d'eux avait présenté une demande de constat informatique en visant dix cadres dirigeants de son concurrent et en retenant une cinquantaine de mots clés comme objet des recherches. Sur requête aux fins de rétractation, le président a limité à une vingtaine de courriers et à seulement trois mots clés les mesures autorisées, afin de respecter le secret des affaires entre ces concurrents. Le juge aménagera la mesure sollicitée en assortissant son ordonnance d'une obligation de placer les documents « saisis » sous séquestre, jusqu'à ce qu'un juge du fond statue sur leur sort après un débat contradictoire. En effet, seule une mesure de séquestre permet au juge de s'assurer que les pièces et documents relevés ne soient pas portés à la connaissance du requérant, à qui seul le procès-verbal établi par l'huissier de justice sera remis. Cette pratique est désormais généralement retenue dans nos ordonnances. Elle constitue une précaution indispensable permettant d'assurer le respect des secrets des affaires de l'entre-

prise visée. Concrètement, l'ordonnance devra enjoindre au requérant d'assigner le défendeur dans un certain délai soit en référé soit au fond, afin d'obtenir la mainlevée des pièces séquestrées. Une autre solution permettant de garantir la non-divulgence des pièces relevées, tout en respectant les droits des parties (droit au secret pour le défendeur, droit de la preuve pour le demandeur, débat contradictoire), consiste à ordonner la mise sous séquestre des éléments constatés pendant un délai d'une quinzaine de jours, à compter du procès-verbal de constat, laissant à la partie visée le temps nécessaire pour présenter une demande en rétractation de l'ordonnance, si elle considère que celle-ci met en péril ses secrets d'affaires.

**Les grandes nations, les institutions internationales l'ont intégré dans leur droit.**

gentes ont su exploiter les failles d'une législation nationale imparfaite. Le juge consulaire, bénévole au service de la justice des entreprises et des commerçants depuis l'origine de notre institution, créée sous l'impulsion de Michel de l'Hospital en 1563, tout en étant garant de la loyauté dans les relations commerciales, essaie de préserver la confidentialité des informations relatives aux affaires en attendant qu'une législation plus appropriée lui vienne en support. ■

## Éléments de conclusion

Le secret des affaires constitue un enjeu économique majeur, créateur de valeur. Les grandes nations, les institutions internationales l'ont intégré dans leur droit. Les institutions européennes lui font une place en matière de procédures anticoncurrentielles. Notre législation nationale, quant à elle, réserve la primauté à la transparence, expression du principe de loyauté. Or, certains opérateurs et certaines nations émer-





**Claude MATHON**

Avocat général à la Cour de cassation, Président de l'ACSE

## Légiférer sur le secret des affaires : faute délictuelle ou délit ?

Il ne peut y avoir aucune équivoque possible. Nous partageons la même détermination pour lutter contre la violation du secret des affaires et favoriser sa nécessaire répression. La seule question qui se pose est de savoir s'il faut créer une infraction spécifique, selon une habitude bien française, ou si l'arsenal répressif existant est suffisant. Lorsque le groupe de travail sur le secret des affaires qu'Alain JUILLET, alors Haut responsable à l'intelligence économique, m'a demandé de présider, s'est réuni pour la première fois le 23 juin 2006, tous les membres étaient convaincus de la nécessité de définir le secret des affaires ; et tous les membres, sauf moi, étaient convaincus de la nécessité de créer une infraction spécifique de violation dudit secret.

### La définition du secret des affaires

Il s'agit bien évidemment d'une définition juridique puisque les définitions littéraires ne manquent pas. Pour le ministère de l'économie et des finances, le secret des affaires protège « 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 ou à sa part de marché, ainsi qu'à d'autres données sensibles d'ordre commercial. ». Pour le Cohen Act américain, il s'agit de « toute information confidentielle, quels que soient sa forme, sa nature et son support, qui présente une valeur économique propre, réelle ou potentielle et qui ne consiste pas en des connaissances générales susceptibles d'être facilement et directement constatées par le public ». Or, tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat, que les juridictions de l'Union européenne et divers textes, se réfèrent, fort heureusement au secret des affaires, avec parfois des fortunes diverses : par exemple, la jurisprudence de la 2<sup>ème</sup> chambre de la Cour de cassation concernant les actions *in futurum* de l'article 145 du code de procédure civile, est en régression, d'où un besoin de formation des magistrats. Les différentes propositions de loi proposent une définition. Celle de la 4<sup>ème</sup> version est la suivante : « Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers, de nature

commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, ne présentant pas un caractère public, dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci. Ces mesures de protection spécifiques, prises après une information préalable du personnel par le représentant légal de l'entreprise ou par toute personne qu'il aura préalablement désignée par écrit et destinées à garantir la confidentialité des informations, sont déterminées par décret en Conseil d'État ». Celle du projet de loi soutenu par le délégué interministériel à l'intelligence économique était la suivante : « Constituent des informations à caractère économique protégées relevant du secret des affaires, quel que soit leur support, les informations, procédés, objets, documents, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique qui, ne présentant pas un caractère public, ont fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à garantir leur confidentialité. Les modalités de protection des informations à caractère économique protégées relevant du secret

des affaires sont déterminées par décret en Conseil d'Etat ». On notera d'ailleurs un rapprochement entre la proposition de loi et le projet de loi (cf. notamment ce qui sera écrit ci-dessous en ce qui concerne les peines prévues). Or, c'est ce projet de loi qui a justifié la demande d'avis adressée par le gouvernement au Conseil d'Etat et par voie de conséquence l'avis négatif de celui-ci. L'absence de définition juridique du secret des affaires est effectivement un obstacle majeur à la création d'une infraction spécifique.

## La répression de la violation du secret des affaires

De nombreuses infractions, permettant cette répression, existent déjà. Une liste établie par la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces du ministère de la Justice est jointe au rapport sur le secret des affaires ci-dessus évoqué. On retiendra notamment : la violation du secret professionnel (article 226-13 du code pénal), le vol (article 311-1), l'escroquerie (article 313-1), l'abus de confiance (article 314-1), le recel (articles 321-1 et suivants), l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation (articles 411-6 et suivants), l'accession ou le maintien frauduleux dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données et l'introduction frauduleuse sans un système informatique (article 323-1), la révélation par un « directeur ou un salarié » d'un secret de fabrication (articles L1227-1 du code du travail et L621-1 du code de la propriété intellectuelle). Il n'apparaît, dès lors, pas nécessaire d'envisager la création d'une infraction spécifique, d'autant que la Cour de cassation sait adapter, quand cela est possible, sa jurisprudence :

- abus de confiance et immatériel : l'article 314-1 du code pénal vise le détournement d'un bien « quelconque ». Par arrêt du 16 novembre 2011, la Cour de cassation a expressément étendu le délit aux biens immatériels, en l'espèce « la clientèle ». Par jugement définitif du 21 juin 2010, le Tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand dans une affaire Michelin en a fait de même, ainsi que dans un jugement du 26 septembre 2011 dans une affaire LIN (la prévenue cherchait à revendre les fichiers « clients » de son entreprise suite à une rupture conventionnelle de son contrat de travail). Déjà par arrêt du 14 novembre 2000, la Cour de cassation avait admis la constitution du délit d'abus de confiance par suite du détournement d'un compte bancaire (mais l'infraction pouvait se rattacher à un bien matériel, en l'espèce, une autorisation de prélèvement).
- recel de secret de fabrication : par arrêt du 7 novembre 1974 la Cour de cassation a admis la constitution de l'infraction. De plus, selon une jurisprudence bien établie (cf. par exemple crim. 19 juin 2001 - Bull. n° 149 ou crim. 13 novembre 2001 - n° 00-83.382), il n'est pas nécessaire pour caractériser le délit de recel que l'auteur de l'infraction principale soit identifié ; il suffit que l'information révélée ait nécessairement une origine frauduleuse (par exemple, la publication d'une information à caractère médical, à l'évidence couverte par le secret du même nom).
- 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...

## Dès lors, la création d'une infraction spécifique ne paraît pas s'imposer

La définition « juridique » retenue pour le secret des affaires paraît difficile à mettre en oeuvre et il est quasiment certain que les magistrats continueront d'utiliser les infractions usuelles (lors de la mise en place du code pénal en 1994, on s'est aperçu qu'une centaine d'infractions sont couramment utilisées), d'autant que les peines encourues dans la proposition de loi sont inférieures à celles prévues pour ces infractions. Or, on privilégie habituellement la qualification la plus

forte (sauf en matière de correctionnalisation). Par ailleurs, la détention provisoire n'est possible que si la peine correctionnelle encourue est d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement (article 143-1 du code de procédure pénale). De plus, il s'agira d'une infraction

difficile à établir. En effet, « *Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers, de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, ne présentant pas un caractère public, dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci.* ».

- « Compromettre gravement » nécessitera inévitablement des débats et des incertitudes quant à la constitution de l'infraction.
- « *Ces mesures de protection spécifiques, prises après une information préalable du personnel par le représentant légal de l'entreprise ou par toute personne qu'il aura préalablement désignée par écrit et destinées à garantir la confidentialité des informations, sont déterminées par décret en Conseil d'État.* ». Le texte paraît vague et s'en remet à un décret dont les termes sont inconnus et en tout état de cause, laissés à la libre appréciation du pouvoir réglementaire.
- Si l'on se réfère au projet de décret rédigé par le Délégué interministériel, la mention « confidentiel entreprise » ne saurait s'accommoder d'une incertitude quant au support (« quel que soit leur support »). *Quid* des supports dématérialisés dont on observe qu'ils sont à l'origine des récentes affaires ?

- De plus, un document qui ne serait pas protégé apparaîtrait comme non confidentiel, d'où une tendance à l'inflation des documents protégés ou une absence d'infraction régulièrement constituée...

Enfin, les infractions « classiques » punissent la tentative, ce qui n'est plus le cas dans la proposition de texte, d'où une régression dans la protection des entreprises qui vient s'ajouter à des peines prévues moins sévères. Ces différentes considérations donneraient aux juges un pouvoir d'appréciation trop important et seraient à l'origine de décisions contradictoires, la cohérence étant l'une des exigences de la Justice « qui doit être la même pour tous ». Par ailleurs, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement dans ses décisions que le principe de légalité des délits et des peines, prévu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, impose que le législateur fixe lui-même le champ d'application de la loi pénale et définisse les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis. Un exemple récent : l'inconstitutionnalité de l'article 222-31-1 du code pénal relatif à la circonstance aggravante d'inceste (Cons. constit., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC). On peut également citer la décision d'inconstitutionnalité des dispositions de la loi dite LOPPSI 2 du 14 mars 2011, notamment en ce qui concerne la création d'une infraction d'exercice illégal de l'activité privée d'intelligence économique (Cons. constit., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC). Mais surtout, le même principe s'oppose à ce que l'un des éléments constitutifs d'une infraction soit soumis à la seule décision d'une personne privée, en l'espèce la classification par le seul chef d'entreprise d'une information. Seule la loi le permet. Or la définition proposée du secret des affaires ne permet pas de déterminer de façon précise la nature de ladite information. S'il est permis au chef d'entreprise de définir un degré de confidentialité de certaines informations, cela ne saurait constituer la base d'une infraction pénale mais uniquement permettre d'engager des actions civiles au regard du contrat de travail et de la responsabilité civile. D'autres principes constitutionnels doivent également être pris en considération, tels ceux relatifs à la liberté d'expression et au respect de la vie privée. Le parallèle qui est fait dans l'exposé des motifs avec le secret de la défense nationale n'est pas convaincant dans la mesure où :

- ce secret est régulièrement contesté (cf. QPC attentat de Karachi) ;
- il bénéficie de procédures lourdes de classification, de déclassification et d'habilitations ;
- il concerne des données qui sont en rapport avec les intérêts fondamentaux de la Nation, ce qui peut être le cas en matière de secret des affaires, mais « peut » seulement ;
- il bénéficie des avis et du contrôle de la Commission consultative du secret de la défense nationale (composée de magistrats des trois ordres de juridictions). Précisément, le secret des affaires ne concerne que des informations propres aux entreprises, nombreuses et disséminées sur l'ensemble du territoire national, sans aucune autorité extérieure susceptible de remplir des fonctions similaires à celles de la Commission consultative du secret de la défense nationale.

**Il suffirait de transposer les textes dont bénéficie l'Autorité de la concurrence dans le code de procédure civile.**

Pour parer aux critiques qui mettent en péril le secret de la défense nationale, l'article 226-15-3 de la proposition de loi prévoit que « l'article 226-15-2 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret ». L'autorité judiciaire figure au premier rang de la liste des autorités qui est proposée. Cette précaution paraît inutile dans la mesure où l'on ne saurait opposer au juge la communication d'informations de nature privée, sans aucun rapport avec les intérêts fondamentaux de la Nation. Elle ne reprend pas celle qui est évoquée dans l'exposé des motifs selon laquelle « des exceptions raisonnables à son application » sont prévues « en tenant compte des obligations auxquelles les entreprises doivent aujourd'hui déférer les publicités instituées par les lois et les règlements ». Il y aurait justement grand intérêt à revoir ces obligations, notamment en ce qui concerne celles relatives au dépôt annuel des comptes au greffe du tribunal de commerce. Il est donc à craindre que le texte issu de la proposition de loi ne soit déclaré inconstitutionnel puisque désormais, en raison de l'existence de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, il est inévitable qu'il sera soumis un jour ou l'autre à l'examen du Conseil constitutionnel.

**Il existe par contre des domaines dans lesquels la protection du secret des affaires mériterait d'être améliorée :**

En développant dans le code pénal la notion de bien immatériel : si la rédaction des textes sur l'abus de confiance et le recel a permis à la jurisprudence d'aller dans ce sens, d'autres textes ne le permettent pas. Il en va ainsi du vol, sauf à utiliser des moyens détournés qui rapportent l'immatériel à un support matériel. On notera en effet que le secret des affaires s'inscrit dans un contexte fortement dominé par l'informatique, ce qui renvoie à la lutte contre la cybercriminalité. C'est donc dans ce cadre que devrait s'inscrire la proposition de loi et non dans celui trop étroit qui est le sien.

En incitant l'autorité réglementaire à créer une procédure civile adaptée : une réforme du code de procédure civile est nécessaire, de façon à introduire une procédure semblable à celle qui a été mise en oeuvre par le tribunal de première instance de l'Union européenne (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'Etat<sup>1</sup> 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 !

En complétant ainsi l'article 1382 du code civil : « *Toute personne physique ou morale ayant eu connaissance directement ou indirectement d'une information confidentielle concernant l'activité d'une entreprise et l'utilisant à son profit personnel ou pour le compte de tiers, viole le secret des affaires et commet une faute au sens de l'article 1382 du Code Civil qu'il lui appartient de réparer* ». Le code civil, en son article 1382, prévoit l'obligation pour la partie fautive de réparer le dommage causé à autrui. Selon une jurisprudence constante, l'indemnisation du dommage subi doit être calculée en fonction de la seule valeur du préjudice, sans que la gravité de la faute puisse avoir une quelconque influence sur son montant. Le principe de la responsabilité civile consiste ainsi à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage. En d'autres termes, la réparation intégrale d'un dommage causé à une chose n'est assurée qu'à hauteur de la valeur de sa remise en état ou de son remplacement. En cas d'action civile engagée par une personne lésée, le juge doit donc procéder à l'évaluation du préjudice matériel et condamner la personne fautive à réparer le dommage subi en indemnisant la victime. En matière de secret d'affaires, le préjudice subi par l'entreprise victime d'un détournement d'informations confidentielles est difficile à évaluer car il s'agit souvent de la perte

d'une chance ou d'un avantage concurrentiel. Bien souvent, le juge est dépourvu de moyens pertinents d'évaluation lui permettant de déterminer les conséquences économiques du vol de secret d'affaires, ce qui conduit à des décisions inadaptées aux circonstances et a pour conséquence d'affaiblir le mécanisme de réparation. Dans ce contexte, il convient de renforcer l'action civile, d'une part, en étendant la notion de préjudice à tous les aspects économiques, financiers et stratégiques (en tenant compte des plans d'affaires, cash flow, budget et de tout élément valorisable), comme cela a été fait très récemment dans le cadre du droit de la propriété industrielle et en établissant, d'autre part, des méthodes d'évaluation validées par les juridictions et utilisables par les experts agréés auprès des Tribunaux. Ces méthodes devraient tenir compte non seulement du préjudice réel rapporté au passé et au présent mais aussi de la perte d'occasions ou d'atouts au regard de l'avenir.

**■ Bien souvent, le juge est dépourvu de moyens pertinents d'évaluation lui permettant de déterminer les conséquences économiques du vol de secret d'affaires.**

Il conviendrait de développer une formation adaptée des magistrats, ce qui se fait déjà à mon initiative, au niveau de la formation initiale des futurs magistrats, comme de la formation continue. Cette formation est toutefois insuffisante et des initiatives devraient être prises pour la développer en lien avec l'Ecole Nationale de la Magistrature (organisation de colloques - réflexion sur une spécialisation des juridictions...). Cette formation serait plus expédiente si elle s'adressait à des magistrats spécialisés. Le contentieux (civil ou pénal) relatif au secret des affaires pourrait ainsi être confié aux JIRS (Juridictions Interrégionales Spécialisées). ■

(1) Décret n° 2009-142 du 10 février 2009

→ SYNTHÈSE ET CLÔTURE





**Général d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD**

Directeur du centre de recherche de l'EOGN  
Fondateur du Forum International de la Cybersécurité (FIC)

## Synthèse et clôture

Mesdames et messieurs,

Comme cette matinée l'a bien démontré, ce colloque ne satisfait pas à un effet de mode. Il ne s'inscrit pas non plus dans l'exploitation d'une opportunité. Nous sommes rassemblés car nous sommes conscients de la gravité de la situation. Nos entreprises sont pillées, nos emplois sont menacés, car la propriété intellectuelle, qui fait la force et la compétitivité de notre économie, est aujourd'hui une cible privilégiée pour les prédateurs. Ce colloque n'est pas un point de situation sur l'état du droit et de l'art, c'est un signal d'alarme !

Une lutte volontariste contre la contrefaçon est un des remèdes à la situation désastreuse du marché de l'emploi en France. Chaque année, ce sont près de 30 000 emplois qui disparaissent au détriment de notre industrie, de notre artisanat, de notre commerce. La lutte n'est pas aujourd'hui prise en compte avec suffisamment de détermination. On se satisfait des images de destruction de stocks saisis, illustrant tel ou tel succès des douanes. Dans la conscience d'une partie de la population, l'image de la lutte contre le gabelou est encore rémanente et l'obtention à bon prix d'un « faux-vrai » est parfois considérée comme un « sport populaire ».

La riposte pénale n'est pas à la hauteur des enjeux, car les infractions sont inscrites dans le code la propriété intellectuelle et non dans le code pénal. Qu'on le veuille ou non, une hiérarchie s'établit *de facto*. Les actes qui ne sont pas prévus et réprimés par le code pénal sont souvent considérés comme moins importants, moins graves, moins attentatoires aux intérêts de la société. Ils ne sont donc pas prioritaires dans le traitement du contentieux pénal. Parfois même, l'inaction conduit au déni de justice. La dispersion de la loi pénale ne contribue pas à la clarté et à la pédagogie de l'action. Les enquêteurs ne sont pas enclins à relever ce type d'infraction, car aucun ministre de l'intérieur ne leur demandera des comptes sur les statistiques de la contrefaçon, tandis qu'ils seront jugés sur les cambriolages, les vols à la roulotte, etc. Comment, alors que

la politique de résultat et ses indicateurs « lolfiens » semblent dominer, leur reprocher de placer la lutte contre la contrefaçon hors du champ de leurs priorités ?

L'engagement trop timide des forces de sécurité est une erreur stratégique. La contrefaçon est rarement une infraction isolée. Elle est une des composantes de l'industrie du crime. Le crime organisé sait y recourir, car le risque pénal est faible au regard du bénéfice produit. La contrefaçon est aussi une manière de blanchir l'argent sale ou de financer des activités illicites, comme le terrorisme. Bref, en luttant contre la contrefaçon, on entre directement dans le « noyau dur » de la criminalité et de la délinquance. On protège aussi le consommateur honnête, trompé sur la qualité d'une marchandise, dont il ne connaît pas toujours l'origine douteuse et qui est dangereuse pour sa santé et sa sécurité. Des accidents d'avion ou d'automobile révèlent la défaillance d'une pièce contrefaite, montée à l'insu des utilisateurs de bonne foi. Le cas des médicaments est également topique et prend une nouvelle dimension avec le commerce *via internet*.

Plus généralement, il convient dès à présent d'anticiper les évolutions de la criminalité et de la délinquance. La tendance lourde milite en faveur de notre mobilisation. La démocratisation de l'imprimante 3D va poser des problèmes inédits en matière de protection de la propriété intellectuelle. La contrefaçon à domicile sera banalisée et permettra d'obtenir un objet qui, dans le circuit officiel, sera beaucoup mieux protégé grâce à la traçabilité offerte par l'internet des objets (IdO). Plus le champ du « matériel » sera protégé, plus les atteintes à l'immatériel seront le nouvel Eldorado des prédateurs. La création, déjà malmenée, sera la principale victime des comportements infractionnels. Aujourd'hui, on sait copier en résine, demain, tous les matériaux seront utilisés pour un « photocopillage en trois dimensions ». Le droit et les pratiques professionnelles doivent donc épouser cette mutation. Dans une société au sein de laquelle la relation entre le client et le produit sera inversée, la lutte contre la contrefaçon sera une des conditions de l'innovation. C'est pourquoi notre colloque ne doit pas rester

**La lutte n'est pas aujourd'hui prise en compte avec suffisamment de détermination.**

sans lendemain. Il doit s'inscrire dans une action sur le long terme qui vise surtout à protéger les créateurs qui n'ont pas les moyens de se défendre. Si le domaine du luxe ne doit pas être oublié, l'effort doit porter sur les entreprises dont le préjudice est souvent le plus insidieux, car moins visible ou moins spectaculaire.

Cette action doit s'enraciner dans les territoires, espaces de vigilance, de solidarité et de riposte.

**L'enjeu est de taille, mais le combat en vaut la peine !**

Dans ce lieu fort en symbole qu'est le Tribunal de commerce de Paris, nous avons la volonté de créer une nouvelle dynamique au service de notre économie, plus que jamais soutenue par la création et l'innovation. Telle est l'ambition de Territoires et Création, association qui veut faire entendre son discours par ce colloque,

mais qui souhaite surtout faire partager sa détermination par tous, décideurs, entrepreneurs, consommateurs. L'enjeu est de taille, mais le combat en vaut la peine ! ■



**Général de corps d'armée  
Bertrand SOUBELET**

Directeur des opérations et de l'emploi à la DGGN

La défense des actifs immatériels notamment des petites et moyennes entreprises doit être regardée aujourd'hui comme une cause nationale. Ces premières rencontres sur le secret des affaires constituent donc un événement majeur car elles auront permis de pointer du doigt des carences de l'organisation nationale et de proposer des pistes de réflexion à un moment où notre pays a tellement besoin de protéger son tissu économique. La récupération des actifs immatériels n'est pas forcément un événement récent. On se souviendra par exemple l'étrange coïncidence dans la forme du nez des avions Concorde et Tupolev ou encore comme il était rappelé ce matin de la perte pour une entreprise nationale du marché des radars destinés à la surveillance de la forêt amazonienne.

Comme le soulignait Maître Champagner Katz, il est plus que nécessaire de protéger les secrets de la création et de l'innovation des entreprises françaises car, comme le rappelait avec force Monsieur Alain Juillet, l'intelligence économique et le secret des affaires représentent un enjeu national pour toutes les entreprises françaises. Les pertes directes de chiffre d'affaires des entreprises françaises étaient évaluées il y a deux ans à 6 milliards d'euros par an. Or, la défense des actifs immatériels

**L'ampleur du phénomène et la faiblesse des ressources humaines des uns et des autres doivent au contraire favoriser l'inter-action et la complémentarité des moyens.**

doit être regardée comme un élément permettant le redressement productif du pays. Il est en effet de ce point de vue plus que jamais nécessaire de protéger les entreprises grandes, petites et moyennes afin de garantir les emplois notamment dans les secteurs industriels et commerciaux. Le phénomène comme il a été rappelé tout au long de cette journée est à une phase charnière tenant à plusieurs paramètres. La crise internationale majeure impacte aujourd'hui

l'économie nationale. La perte d'information participe à la désindustrialisation du pays à un moment où, au contraire, il devient nécessaire de le revitaliser.

A ce titre, on pourrait citer la perte de vitesse de la France dans le domaine de la création textile corrélativement à la fermeture de nombreuses entreprises

dans un domaine si cher à monsieur Deveaux. Reconnue pour son goût, la finesse et la subtilité de ses créations, la richesse de son savoir-faire et la qualité de sa recherche, la France est un pays dont les productions sont recherchées. Une toute petite entreprise pourra ne pas avoir les moyens de faire face à cette forme de « soustraction frauduleuse de l'intelligence » et pourra ainsi disparaître au profit d'une entreprise étrangère, voire française d'ailleurs, moins vertueuse. C'est donc l'avenir de nos territoires qui est en jeu et vous savez combien la Gendarmerie nationale est impliquée dans sa défense.

Par ailleurs, la société doit faire face aux conséquences de la mondialisation avec la criminalité organisée mais également à une évolution majeure à travers la révolution numérique. Ce vecteur qui ignore les frontières des États, leurs lois et leurs règles rappelait Joël Ferry, est à la fois rapide et multidirectionnel en raison de son ubiquité. Gage de progrès économique, il représente en même temps un risque pour la société et notamment les entreprises qui peuvent, si l'on n'y prend pas garde, se voir piller leurs richesses par une concurrence déloyale. Au reste, un grand nombre de ces produits contrefaits peuvent porter atteinte à la santé publique comme Jean-Luc Moreau nous l'a précisé.

S'il est plus aisé de sensibiliser nos chefs d'entreprises à la protection de leurs actifs immatériels, il est en revanche plus difficile de les aider lorsque le droit protégeant les atteintes aux secrets des affaires manque de clarté voire d'efficacité. Les intervenants professeurs d'université, magistrats, avocats nous ont montré les écueils et les contraintes de notre organisation. Droit pénal, droit civil, voie pénale ou voie civile, quel chemin faut-il suivre pour protéger et permettre à nos entreprises grandes moyennes et petites de se défendre efficacement ? Pourtant notre droit ne manque pas d'atouts. Mais sans un droit stabilisé et sans une prise en compte effective et efficace de tous les paramètres de cette problématique par l'intégralité des acteurs chargés d'appliquer la norme, il sera bien difficile de faire droit à la demande des dirigeants d'entreprises victimes d'une atteinte au secret de leurs affaires.

Une circulaire de septembre 2011 du Premier ministre relative à la défense de l'économie nationale a été adressée aux départements ministériels concernés par cette problématique. Elle a été relayée à l'ensemble des services intéressés et notamment celui de la Gendarmerie nationale qui a mené une expertise et mis en place un groupe de travail chargé de réfléchir à cette problématique en associant à la fois réservistes citoyens, opérationnels et le personnel d'active tous spécialistes de la matière.

Pour la Gendarmerie, l'action pour la défense des actifs immatériels de l'entreprise s'inscrit dans ses missions traditionnelles. Elle agit déjà sur le tissu économique local au moyen des référents intelligence économique des régions et des référents-sûreté des groupements de Gendarmerie départementale qui rencontrent et sensibilisent les responsables de petites, moyennes, voire grandes entreprises et des élus ou responsables administratifs locaux de sa zone d'activité.

La Gendarmerie nationale dispose en effet d'un large maillage territorial avec plus de 3400 brigades réparties sur l'ensemble du territoire et outre-mer. Elle tient dès lors une place importante dans la prévention et la poursuite des infractions portant atteintes au secret des affaires et à la détection des phénomènes de contrefaçon au sein des espaces de vente comme les marchés et en même temps dans le domaine de la sensibilisation.

Ces actions ne doivent tout naturellement pas s'opposer, voire faire échec, au travail important mené quotidiennement par les agents de la douane française ou les fonctionnaires de la police nationale. L'ampleur du phénomène et la faiblesse des ressources humaines des uns et des autres doivent au contraire favoriser l'interaction et la complémentarité des moyens. Elles nécessitent donc une forte collaboration entre les services français mais également étrangers.

La défense des actifs immatériels de l'entreprise s'inscrit pour la Gendarmerie dans un schéma de résilience identique à celui qu'elle mène pour assurer la sécurité du monde cyber. Information et sensibilisation des chefs d'entreprises notamment petites et moyennes en zone de compétence de la Gendarmerie nationale, formation d'un personnel dédié notamment dans le domaine économique et financier, maintien en permanence à un haut niveau de connaissances techniques de personnel ressource, collaboration entre le secteur public et le secteur privé, travail en synergie entre le personnel d'active et les réservistes citoyens et opérationnels, constituent pour elle les meilleurs moyens d'action.

Dans ces conditions, la Gendarmerie nationale se devait d'apporter ses réflexions et être au côté de l'association Territoires et Création dans l'organisation de ce colloque sur « l'économie réelle face à la déloyauté des affaires ». Car comme le disait Pascal « il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste ». ■





## ... Floran VADILLO

Collaborateur du Président de la commission des Lois, docteur en science politique, chercheur associé au CMRP Université de Bordeaux

**Dans le cadre d'un groupe de travail, qu'il a réuni autour de lui, le Président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, Jean-Jacques URVOAS, a travaillé à la rédaction d'une proposition de loi sur le secret des affaires. Pourquoi et comment ce groupe de travail est-il né ?**

À la fin de l'année 2011, Jean-Jacques Urvoas avait marqué un intérêt soutenu pour l'initiative du député UMP Bernard Carayon qui avait déposé une proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires. En janvier 2012, il avait d'ailleurs pris la parole en séance publique pour exprimer des points de désaccord avec le texte soumis à la représentation nationale, points repris dans un article publié sur le site du *Monde*<sup>1</sup>. Car s'il existait un consensus sur la nécessité de protéger le secret des affaires, les modalités envisagées par Bernard Carayon s'avéraient lourdes, inadaptées à la vie économique voire même contreproductives. Après les élections législatives de 2012, Jean-Jacques Urvoas a donc souhaité poursuivre la réflexion en constituant un groupe de travail qui rassemble les meilleurs experts du sujet afin de produire un texte d'équilibre, utile et efficace.

**Quels sont les objectifs visés par ce groupe de travail ? Quels sont les enjeux pour les entreprises ?**

Les modalités de la vie économique ont connu en peu de temps des bouleversements majeurs. L'information, la connaissance et l'expertise représentent d'indéniables avantages concurrentiels dont la nécessaire protection est mise en péril par une concurrence exacerbée qui recourt tant à l'espionnage économique qu'à la captation légale d'éléments du patrimoine stratégique de l'entreprise. Pour protéger le patrimoine des entreprises mais également leur capacité d'innover, notre droit s'avère lacunaire. Il s'agit par conséquent de remédier à une situation préjudiciable pour nos bassins d'emplois, pour l'économie nationale dans son ensemble. Les États-Unis ont parfaitement saisi cet enjeu depuis le milieu des années 1990 : ils ont créé un arsenal juridique défensif et offensif tout à fait considérable. L'objet de la réflexion française consiste à mieux armer nos entreprises (en particulier les PME-PMI) pour faciliter leur développement, leur croissance et leur insertion dans une économie mondialisée où la prédation ne laisse aucune chance aux failles dans la cuirasse.

**Vous l'aurez compris, tant pour la directive que pour le texte national, le travail n'est pas terminé mais nous n'aspérons pas au repos !**

**Comment cette proposition de loi va-t-elle s'articuler avec le projet de directive européenne du 28 novembre 2013 ?**

**En quoi cette proposition de loi se singularisera-t-elle des propositions précédentes, notamment celles du député Bernard CARAYON et de la Délégation interministérielle à l'Intelligence économique ?**

Permettez-moi de souligner une véritable césure dans l'appréhension du secret des affaires : Bernard Carayon travaillait étroitement avec Olivier Buquen, le Délégué interministériel à l'intelligence économique entre 2009 et 2013 ; tous deux partageaient la même conception du secret des affaires, conception qui soulevait de légitimes critiques. Avec l'arrivée de la nouvelle Déléguée interministérielle, Claude Revel, nous avons pu nouer une étroite collaboration afin de travailler à un texte plus équilibré, plus adapté aux réalités de la vie économique. Sans entrer dans les détails du texte<sup>2</sup>, je tiens à mettre en exergue trois points essentiels : à la différence du parti pris par le texte précédent, le secret des affaires doit exister indépendamment de sa divulgation car il appartient à la vie quotidienne de l'entreprise ; en outre, les mesures envisagées pour le protéger doivent être laissées à l'appréciation des entreprises qui, conseillées par les instances compétentes, sauront mettre en place des mécanismes utiles, loin des cathédrales que souhaitait imposer le texte débattu en janvier 2012. Enfin, il est nécessaire d'associer démarche civile et pénale dans l'objectif de créer des outils complémentaires à la disposition d'entreprises lésées. Le droit pénal possède une forte charge symbolique quand

le droit civil satisfait d'autres attentes des acteurs économiques (souplesse, réactivité...). Les deux approches s'avèrent indissociables.

La proposition de directive a bien évidemment constitué un support d'étude. Nous avons attentivement suivi les étapes de la négociation intergouvernementale. Il se trouve que la philosophie animant le texte européen est parfaitement compatible avec l'optique que nous avons privilégiée. Toutefois, la trajectoire de la proposition est encore longue avant son adoption définitive. Vous l'aurez compris, tant pour la directive que pour le texte national, le travail n'est pas terminé mais nous n'aspérons pas au repos ! ■

*Propos recueillis par Angélique LAFONT,  
Adjointe au chef du département Sécurité économique de l'INHESJ*



- (1) Jean-Jacques URVOAS et Floran VADILLO, « La loi sur le secret des affaires est un pansement sur une jambe de bois », *LeMonde.fr*, 27 février 2012.
- (2) Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires déposée par Jean-Jacques Urvoas le 16 juillet 2014 et consultable sur [le site de l'Assemblée nationale](#).



**Jean-Luc MOREAU**

Global Head, Product Security at Novartis International AG

## Vers une gestion anticipative du risque

Le monde des affaires s'est considérablement complexifié au cours des dernières années. En accélérant les rythmes et en augmentant les élongations de l'entreprise, la globalisation a engendré des modifications structurelles sans précédent. La saturation des grands marchés traditionnels a contraint l'entreprise à s'aventurer vers des rivages plus incertains – les ensembles dits « émergents » – et à parfois délocaliser son outil de production – voir certaines fonctions particulièrement sensibles comme la R&D – vers des zones à risque<sup>1</sup>.

De nouvelles menaces non conventionnelles sont apparues, protéiformes, asymétriques, extrêmement difficiles à appréhender comme le terrorisme, le crime organisé transnational ou la cybercriminalité. Dans le même temps, conséquence des affaires Enron, Tyco, WorldCom, etc., la loi américaine Sarbanes-Oxley (SOX) de 2002 et diverses réglementations ultérieures ont imposé le concept de bonne gouvernance et de nouveaux critères de respectabilité – transparence financière, conformité réglementaire et commerciale, chartes éthiques, codes de conduite, responsabilité sociale de l'entreprise. Dans un mouve-

ment Darwinien, l'entreprise a évolué afin de s'adapter à ce big-bang contextuel. Elle a peu à peu délaissé son organisation fonctionnelle pyramidale au profit de structures plus matricielles et horizontales : on rassemble divers talents au sein d'équipes multifonctionnelles pour réaliser un projet ou faire face à un problème donné. Il en résulte une dilution de l'autorité qui souvent se déporte du siège vers l'échelon régional. Les nouveaux managers s'appuient sur les synergies qu'ils suscitent dans des réseaux inter-fonctionnels capables d'opérer horizontalement au sein des filiales. L'entreprise a donc compris les enjeux de la globalisation et su s'adapter à son nouveau milieu tout en préservant sa nature profonde, l'appétit de puissance et son corollaire, le culte

de la performance. Elle a aussi, me semble-t-il, développé son instinct de survie. L'entreprise d'aujourd'hui appréhende mieux les menaces contextuelles, ses décideurs « consomment » le renseignement stratégique et opérationnel avec moins de fausse pudeur. Surtout, c'est peut-être la nouveauté de cette décennie, l'entreprise reconnaît et assume être elle-même facteur de risque. Car comme sur un circuit

**Il est le garant de la continuité opérationnelle, jamais un frein au développement et à la compétitivité. Un conseiller en analyse et gestion du risque, pas un puriste, apôtre du risque zéro. Un pragmatique plutôt qu'un dogmatique.**

de Formule 1, la performance génère du risque et ce risque se calcule. Risques externes, inhérents à la localisation et au secteur d'activité : on n'exploite pas impunément les gisements de brut du delta du Niger (Total) ou l'uranium Sa-

hélien (Areva). Risques internes : un directeur de filiale s'affranchit des bonnes pratiques pour atteindre plus facilement ses objectifs, l'affaire se médiatise et se judiciaireise, la filiale ferme, l'impact informationnel (*reputational* en anglais) et les pertes de marché subséquentes peuvent s'avérer abyssales. L'analyse de risque, qui conduit à la « prise de risque calculée » et par conséquent au risque « assumé », est au cœur des nouveaux processus décisionnels.

C'est dans ce contexte évolutif qu'opère un « nouveau » directeur sûreté, (qui n'est plus nécessairement préfet ou général en retraite), entouré de collaborateurs aux profils et expertises éclectiques, qui, tous, connaissent parfaitement le métier de l'entreprise et mai-

(1) Extrait de l'intervention prononcée dans le cadre du colloque du 21 mai 2014 organisé par l'ACSE et l'INHESJ à l'Ecole militaire, intitulé : « La sûreté dans l'entreprise, un accélérateur de business ? »



trisent ses codes. Le portfolio de ses responsabilités s'étant considérablement élargi, il jouit d'un meilleur positionnement et d'une visibilité accrue. Les maîtres mots de sa fonction sont « résilience » et « anticipation ». Il est le garant de la continuité opérationnelle, jamais un frein au développement et à la compétitivité. Un conseiller en analyse et gestion du risque, pas un puriste, apôtre du risque zéro. Un pragmatique plutôt qu'un dogmatique. Son rôle consiste à aider l'entreprise à prendre des risques, à l'accompagner dans sa course, car le risque est inhérent à la performance, et la performance clé du succès. C'est pourquoi il développe et met en œuvre des matrices analytiques afin de proposer un système de gestion anticipative du risque. Il appréhende l'ensemble des enjeux – en particulier les nouveaux enjeux tels que l'influence, la réputation, la conformité réglementaire, les risques psychosociaux, l'éthique et la responsabilité sociale. Il est en phase avec les orientations stratégiques définies par le comité exécutif, ses objectifs faisant écho aux priorités du groupe. Plutôt que d'imposer règles et contraintes, il s'évertue à informer, convaincre, susciter l'adhésion, semer durablement le grain d'une véritable culture individuelle et collective de la sûreté. Il communique, il est pédagogue, rassembleur, il crée des réseaux transversaux sur lesquels il s'appuie, on l'invite dans les comités de pilotage, on loue sa hauteur de vue, on tient compte de ses avis. Ce n'est pas sa position hiérarchique (généralement proche du Comité Exécutif) qui lui confère autorité et légitimité, mais la reconnaissance unanime de l'expertise et de la valeur ajoutée de ses équipes. Son action est transparente. Elle relève d'indicateurs de performance précis, elle est tout autant vérifiable et quantifiable que celles des autres directeurs du groupe.

Suis-je entrain de dresser un tableau artificiellement idyllique ou d'exprimer un voeu pieux ? Je crois sincèrement que dans la plupart des grands groupes (je n'aborderai pas le sujet des PME, que je connais moins bien) de réels progrès ont été fait pour dépeussier la fonction sûreté, pour ne plus la considé-

rer comme une entrave, la rendre plus pragmatique et symbiotique, donc infiniment plus efficace. Est-ce pour autant « acquis » ? La sûreté – dont il ne fait aucun doute qu'elle soit facteur de développement pérenne et par conséquent levier de compétitivité – est-elle désormais inscrite au code génétique de l'entreprise ? Serait-elle enfin devenue une sorte de réflexe sensoriel ?

Mon expérience me porte malheureusement à croire que rien n'est moins certain. Le culte de la performance prévaut, ce qui, je l'ai dit, est dans l'ordre des choses. Mais il s'accompagne encore d'un certain déni du danger, et les stratégies de long terme privilégiant une gestion anticipative du risque peinent à s'imposer. Il est dans la nature de l'entreprise d'être opportuniste et réactive – au bon sens du terme. Analyse et veille concurrentielle sont des fonctions vitales parfaitement assumées. L'entreprise n'a aucune difficulté à interpréter les oracles lorsqu'il s'agit d'anticiper les tendances de son marché. Mais elle ne sait pas ou ne veut pas prévoir le risque, et demeure purement réactive – au mauvais sens du terme, face au danger. Sa perception de la menace répond à une sorte de mécanique ondulatoire, le risque étant tout d'abord sous-estimé (on ferme les yeux en espérant que « ça passe ») avant d'être proportionnellement surestimé (après que « non, ce ne soit pas passé »). Tout est pourtant affaire d'équilibre, l'alchimie du succès relevant d'un subtil dosage entre audace et prudence. Napoléon disait que les bonnes armées sont faites de jeunes chefs et de vieux soldats, les grognards ayant fonction de tempérer la fougue et la témérité des généraux trentenaires. Dans l'entreprise, une menace est encore trop souvent perçue comme un problème ponctuel et isolé, circonscrit dans le temps et l'espace – une « situation » dit-on en anglais. Le principe de précaution est rarement privilégié. On fait face à la crise lorsqu'elle se présente, on l'oublie dès qu'elle est derrière soit, l'analyse des retours d'expérience est la plupart du temps négligée. Autrement dit, on réagit au cas par cas, au pied de l'obstacle, souvent lorsqu'on n'a plus le choix.

C'est pourquoi il me semble être de la responsabilité impérieuse du directeursûreté d'éclairer la marche de l'entreprise – au sens militaire du terme, ce qui implique d'avoir une vision globale et aérienne des problématiques afin de détecter les embuches avant qu'elles ne deviennent « situations ». Face à l'extrême complexité des nouvelles menaces, il est devenu impératif de porter l'action sécuritaire très en amont, de privilégier la prévention situationnelle, l'analyse du risque et le recueil actif du renseignement stratégique et opérationnel, tout en convainquant les décideurs du bienfondé des stratégies anticipatives systémiques.

C'est précisément le propos de l'intelligence économique, et c'est sans doute là tout l'enjeu des prochaines années. ■

**Security is always seen as too much until the day it's not enough.**

*William H. WEBSTER, Chairman of the US Homeland Security Advisory Council, Ex Director FBI (1978-1987), Ex Director CIA (1987-1991)*



Par essence transdisciplinaire, l'intelligence et la sécurité économiques se nourrissent de multiples approches intellectuelles et de connaissances extrêmement variées. Pour chaque numéro de *DéfIS*, la rédaction sélectionne des ouvrages dont les thèses ou l'angle d'analyse fait progresser, théoriquement et opérationnellement, la « cause » de la protection des entreprises et de l'intelligence économique.

Ce numéro de *DéfIS* s'articule autour de l'économie de la connaissance et de la protection des fruits de l'innovation (d'où la centralité du secret des affaires).

*L'innovation destructrice*, dernier ouvrage de Luc Ferry, ne pouvait par conséquent qu'ouvrir la série des « Focus ». L'analyse de *L'âge de l'accès* de Jeremy Rifkin, dans les « Fondamentaux », permet de remettre en perspective et d'approfondir ce nouveau monde industriel dans lequel nous vivons, structuré par le capital informationnel. La mise en avant des thèses de *L'affaire Snowden* démontre quant à elle avec éclat que la valeur ajoutée immatérielle obsède les jeux de puissance.

En revanche, mais de manière bien évidemment complémentaire, *La grande séparation* d'Hervé Juvin ramène les territoires réels et leurs logiques au cœur de nos préoccupations. Il initie ainsi une réflexion salutaire sur la construction d'une croissance fondée sur le capital cognitif mais intégrant la dynamique humaine et entrepreneuriale des espaces physiques. Autrement dit le mariage entre l'économie virtuelle et l'industrie « réelle »... Un sujet véritablement au centre des transferts de technologies, du développement local, de la « ré-industrialisation », bref, la matrice d'une authentique démarche d'intelligence territoriale et de sécurité économique (incluant la préservation des secrets d'affaires, outil de la compétitivité).

Enfin, *Le terrorisme pour les nuls* marque également la nécessité de ne pas perdre contact avec l'aspect hélas très concret des menaces qui pèsent sur les nations et les organisations... Au-delà des débats sur l'univers virtuel producteur de richesses (et de risques), n'oublions pas des acteurs plus traditionnels du danger et du crime qui utilisent certes les instruments de la modernité mais tout en s'adossant à de vieilles tactiques et des fondamentaux du comportement humain.

C'est précisément ce métissage entre le vieux monde et l'ancien, la présence évidente et problématique de cette « veuve enceinte » qui exige de grands efforts pour comprendre les temps et reforge une pensée stratégique.

**Eric DELBECQUE**

## → FOCUS



## Schumpeter darwinien ?...

Par Eric DELBECQUE

**Luc FERRY***L'innovation destructrice*

Plon, Paris, 2014.

Puisque ce numéro 3 de *Défis* est en grande partie consacré au secret des affaires, le dernier livre de Luc Ferry, *L'innovation destructrice*<sup>1</sup> (en référence à la théorie de la « destruction créatrice » de Schumpeter), ne pouvait mieux tomber. En effet, ce fameux secret des affaires, qui fait actuellement l'objet de travaux parlementaires, mobilise les esprits parce qu'il se trouve au coeur de la très moderne problématique de l'économie de la connaissance.

C'est précisément à ce sujet que s'attaque ici l'ancien ministre philosophe... Il déploie dans les pages de ce petit texte vigoureux toutes les conséquences de l'idée de croissance schumpétérienne, laquelle se distingue de la croissance keynésienne. Cette dernière « procède de l'augmentation du nombre des consommateurs et, si possible, de l'épaisseur de leur portefeuille ». La vision schumpétérienne « tient que le vrai moteur de la croissance est l'innovation qui rend peu à peu obsolètes tous les reliefs du passé, qu'il s'agisse de produits, de modes de vie ou d'organisations techniquement dépassées ». Effectivement, celle-ci tend à prendre le pas sur la première (keynésienne) dans la mesure où le pouvoir d'achat favorise des firmes de pays qui ne se soumettent pas aux règles en vigueur sur le continent européen.

Il ne faut pas pour autant, explique Ferry, sombrer dans l'anticapitalisme primaire ou « de salon », car cette dynamique de l'innovation permanente portée par le libéralisme économique fit très largement ses preuves. « Pour dire les choses simplement, dans l'histoire de l'Europe capitaliste, notre espérance de vie a été pratiquement multipliée par trois depuis la fin du XVIIIe siècle, et notre niveau de vie moyen par vingt ! Pour prendre un point de repère plus proche, notre pouvoir d'achat a triplé depuis les années 1950 ».

Certes, la logique de l'innovation engendre de la flexibilité, et donc de l'insécurité, pour les salariés. Il n'en reste pas moins qu'elle produit également des effets positifs. Au coeur de l'hypercompétition mondiale, l'innovation impose une vigilance de tous les instants, une aptitude aiguë à la veille et favorise les individus formés capables de produire de la connaissance.

D'où une conclusion lucide de l'auteur : « il s'agit enfin de comprendre que ce n'est pas une simple « crise »

momentanée que nous vivons, mais une révolution permanente qui ouvre des perspectives sans doute enthousiasmantes pour ceux qui « gagneront », mais infiniment angoissantes pour les autres, pour ceux qui sont attachés à leur petit espace de vie, à leur pré carré, à leur coin de province ou à leurs statuts en voie d'extinction, et qui, on peut et on doit le comprendre, ne perçoivent que les effets délétères du capitalisme dans leurs existences bouleversées ». Les mots employés par Luc Ferry s'avèrent d'une clarté totale et font signe vers l'univers sémantique de la guerre économique : « Comme une espèce animale qui ne s'adapte pas est « sélectionnée » dans le monde de Darwin, une entreprise qui n'innove pas sans cesse est vouée à disparaître, à être avalée par le voisin. Il ne s'agit plus de viser la liberté et le bonheur, de travailler au progrès humain, comme un philosophe du XVIIIe siècle pouvait encore le croire, mais tout simplement de survivre, de se battre et de « gagner » dans un monde de compétition devenu féroce ».

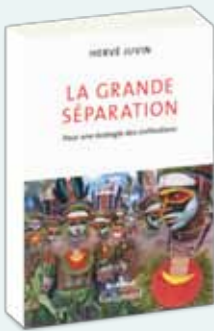
Autant d'éléments qui donnent une force d'évocation certaine à sa formule d'« innovation destructrice », laquelle souhaite assumer la double nature du changement : créatrice de possibles et négatrice de moeurs, traditions et modèles anciens.

Ce que Luc Ferry démontre de manière limpide, c'est la conjonction entre le libéralisme économique le plus radical et la pensée moderniste la plus brutale. Pour illustrer son raisonnement, il explore de façon extrêmement convaincante la convergence sur le fond entre l'art contemporain et le capitalisme d'aujourd'hui. S'appuyant sur les écrits de Kandinsky, le fondateur de l'art abstrait, il démontre que l'innovation destructrice réunit le bourgeois et le bohème, donnant naissance au « bobo »... « Comme Picasso ou Duchamp, notre bourgeois pratique désormais la table rase et l'innovation radicales. Au nom du *benchmarking*, il doit révolutionner sa firme sans répit. Ce qui donne parfaitement raison à Marx autant qu'à Schumpeter. Le capitalisme, c'est bel et bien la révolution permanente, l'innovation destructrice à jet continu ».

Au final, un livre extrêmement stimulant et qui plonge profondément au coeur de l'intrigue de notre époque.







## Plaidoyer pour l'humanité plurielle...

Par Eric DELBECQUE



**Hervé JUVIN**

*La grande séparation.  
Pour une écologie des civilisations*

Gallimard, 2014.

*La grande séparation* est un beau livre... Comme toujours, Hervé Juvin part d'un sujet particulier pour embrasser les logiques d'évolution de la planète entière ! Entendez « expliquer lucidement » pour le verbe « embrasser »... Son point de départ dans ces pages ? La persécution que subit la diversité humaine... Le formatage généralisé qui s'exerce sur les nations, les territoires et les hommes nous menace d'une vaste indistinction où s'abîme le sens même de l'humanité, nous explique l'auteur voyageur. Car il appartient incontestablement à cette catégorie d'intellectuels qui veulent encore arpenter l'univers avant d'en parler. Et il est aussi de ceux, comme dit Alain Finkielkraut, qui refusent de renoncer à « voir ce qu'ils voient »... En effet, la lucidité tend de plus en plus de nos jours à devenir un combat.

Comme l'auteur de *L'ingratitude* et de *L'identité malheureuse*, Hervé Juvin décortique un certain « individualisme » contemporain qui n'est pas vraiment une libération des âmes, des esprits et des corps, une apologie de l'indépendance et de l'autonomie, mais plutôt une entreprise de déracinement méthodique des esprits et des vies qui vise l'uniformité et aboutit paradoxalement à l'intolérance. Pourquoi ? Parce que les identités résistent, bien évidemment. Ces pages denses en fournissent de nombreux exemples à travers le monde et l'auteur souligne le rôle déterminant d'une pente spécifique du capitalisme contemporain qui s'avère le premier gagnant de cette dynamique d'arasement des différences.

Cette logique atteint également les territoires, et Juvin nous expose les ravages de l'extension du « même » à travers la planète. Rien ne ressemble davantage à une capitale qu'une autre capitale, ces espaces étant d'ailleurs parfaitement reliés par la gamme des moyens de transport modernes.

Il en va autrement des territoires faiblement balisés par la dynamique marchande. Ils constituent d'ailleurs de moins en moins des territoires, c'est-à-dire des espaces politiquement organisés.

L'ensemble du raisonnement qui court dans cet ouvrage important finit par dresser un portrait de l'époque et mettre en lumière son « imposture » essentielle : faire l'éloge de la diversité en la traquant méthodiquement, sans que l'on puisse vraiment conclure à la responsabilité exclusive de tel ou tel type d'acteurs ; car il y a là, peut-être, une illustration du « processus sans sujet », de la « volonté de volonté », c'est-à-dire de la machine devenue folle, abandonnée par son pilote... C'est précisément par la réaffirmation du politique que passe la redécouverte de la maîtrise de nos identités (qui sont de véritables outils de liberté et de tolérance) et la construction d'un futur qui ne soit pas un *fatum*...

Les conséquences de l'analyse portée par ce livre se révèlent, bien sûr, capitales pour réfléchir aux questions de sécurité, nationale et internationale. Derrière l'agression des appartenances se profile la riposte brutale d'identités radicalisées et donc dangereuses. Derrière la réapparition des frontières intérieures aux Etats et aux sociétés civiles, se dissimulent et se préparent la « guerre de tous contre tous » et la mise en danger du vivre-ensemble, constitutives de la « société de défiance » que nous sentons tous confusément se rapprocher et dont l'insécurité constitue l'une des facettes.

Un livre à méditer absolument pour tenter de « voir clair » tout en pensant qu'aller « à l'autre » est toujours possible... ■



## Le terrorisme pour les nuls

Par Eric DELBECQUE



**Alain BAUER et Christophe SOULLEZ**

First éditions, 2014.

### Le terrorisme : histoire d'un caméléon criminel...

Alain Bauer et Christophe Soullez se sont construit une solide réputation de criminologues chassant légitimement les chimères et les typologies sans objet... Fidèle à Sherlock Holmes et Conan Doyle, Alain Bauer s'attache avec détermination à éliminer l'impossible pour laisser s'imposer la vérité même lorsqu'elle semble improbable. Cela l'a notamment conduit à dénoncer la croyance en une organisation bureaucratique conventionnelle appelée Al-Qaida, certes pratique mais inexistante, pour appeler l'attention sur des modes de réflexion alternatifs, c'est-à-dire moins illusoire.

Quant à Christophe Soullez, il s'acharne depuis des années à broser un tableau plus juste des phénomènes criminels en utilisant toutes les ressources de l'analyse statistique qu'il combine de manière heureuse avec une culture extrêmement solide des phénomènes criminels.

De cette collaboration féconde entre ces deux hommes naissent régulièrement des textes éclairants sur l'insécurité et l'histoire du crime.

Le présent livre ne déroge pas à cette règle et fait le point, de manière tout aussi précise que synthétique, sur le terrorisme à l'ère de la radicalisation 2.0.

Le ton est donné dans ces quelques phrases : « La situation présente semble paradoxalement plus marquée par les soubresauts de l'agonie du courant al-Qaida, qui peut certes durer longtemps, que par une nouvelle vague ou une nouvelle génération qui semble bien plus portée à l'engagement sur le terrain (après la Tchétchénie, le Kosovo, la Lybie, en Syrie où semble se reproduire une version moderne de la guerre d'Espagne). En tout état de cause, le temps est venu pour les autorités publiques de sortir du confort des classifications bureaucratiques et des petits casiers dans lesquels on

adorait classer les criminels en fonction de prédéterminations purement administratives. Il est désormais indispensable de se concentrer sur les phénomènes hybrides qui sont au coeur de ce qui survient et pas de ce qui disparaît ».

Cet ouvrage regorge également de précisions capitales sur l'univers sémantique de l'analyse du phénomène terroriste. Il s'agit en fait pour les auteurs de ne pas laisser prospérer des abus de langage qui finissent par nuire à une perception exacte des faits observés et à une interprétation crédible, réaliste des thématiques en jeu. Un exemple intéressant en est fourni par la question du « loup solitaire ». Si la menace existe réellement, elle a trop tendance aujourd'hui à être utilisée de manière excessivement large par les médias.

Une autre phrase mérite d'être citée car elle traduit très fidèlement l'une des thèses majeures des deux auteurs : « Les Etats ne sont plus confrontés à des organisations clairement identifiées, connues des services de police et structurées, mais à des individus isolés qui agissent au nom d'une idéologie mais sans nécessairement recevoir d'ordre précis ou appartenir à une organisation ».

Par ailleurs, des concepts hybrides comme le « gangs-terrorisme » sont explorés et permettent d'apporter à la réflexion l'agilité nécessaire à une étude « sur mesure » du terrorisme contemporain : métissage entre la criminalité et la revendication politico/idéologique ou religieuse, celui-ci exige de dépasser les cloisonnements hâtifs et usuels qui ne correspondent plus à notre siècle globalisé, fragmenté, complexe et incertain.

Au final, un petit livre très stimulant et absolument indispensable pour y voir clair à propos d'une problématique stratégique où la confusion peut rapidement l'emporter sur l'intelligence des situations... ■



## L'Affaire Snowden. Comment les Etats-Unis espionnent le monde.

Par Lucille COURTOIS



**Antoine LEFEBURE**

La découverte, Paris, 2014.

Les 16 agences de renseignement américaines se partagent un budget de 53 milliards de dollars et comptent plus de 100 000 employés. C'est cet appareil sans commune mesure avec les dispositifs des autres Etats, tant en termes de capacités que d'objectifs, qu'Antoine Lefebure met en lumière dans L'Affaire Snowden. Comment les Etats-Unis espionnent le monde. A elle seule, la NSA jouit d'un budget de 11 milliards de dollars – équivalant au double du budget ordinaire biennal de l'ONU pour la période 2014-2015 – et de 33 000 employés, ressources humaines et financières étayées par la conjonction de multiples forces émanant des prestataires et sous-traitants, ou encore de discrets « partenaires »...

Créée en 1952, la NSA se voit soumise, à partir de 1978, à une autorité régulatrice par la promulgation du Foreign Intelligence Surveillance Act et la création d'une nouvelle instance, la Foreign Intelligence Surveillance Court dont la mission consiste à fixer l'étendue et, de fait, les limites de l'agence en matière d'écoutes. Directement corrélé au développement des technologies dans le domaine de la communication et de l'interception, l'élargissement du champ d'investigation potentiel de la NSA a été rendu possible grâce à l'aimable connivence des acteurs du privé (opérateurs de télécommunications, fournisseurs d'accès à internet, prestataires de services en ligne...). Fondée sur une distinction entre le domestique et l'étranger qui s'est, contrairement au discours officiel sur le sujet, progressivement et incontestablement estompée, cette puissante structure tient soumis à ses velléités le Juridique, le Législatif et sans doute une part de l'Exécutif américains depuis les attentats du 11 septembre 2001.

L'extension des prérogatives de la NSA que constituent le Patriot Act puis l'article 702 de la loi dite FISA Amendment Act de 2008, reconduite en 2012 jusqu'à 2017, est symptomatique de l'emballage du dispositif. L'auteur rappelle à la mémoire faillible du public que

la NSA n'ignorait pas la menace terroriste djihadiste qui pesait sur le territoire américain et disposait déjà de capacités avancées en matière de surveillance, procédant à l'espionnage de camps d'entraînement d'Al-Qaida en Afghanistan et à l'interception de communications au Pakistan. Elle était par ailleurs dotée de la capacité, grâce à des techniques avancées, de déterminer le nombre de personnes présentes dans une pièce cible, sans en avoir aucune visibilité. Illustration de la vanité d'un fétichisme technologique aveugle et frénétique corroborée par les échecs militaires et, plus globalement, stratégiques des Etats-Unis, notamment en Irak et en Afghanistan, les attentats qui ont frappés le sol américain et d'autres pays « occidentaux » depuis ceux du World Trade Center constituent un premier argument, fondé sur l'attente de résultat, à l'encontre du système de surveillance systématique et industriel de la NSA.

Les révélations sur l'étendue réelle des activités de cette agence parues dans de grands journaux nationaux, sur la base des documents remis par Edward Snowden, ne trouvent pas de justification qui ne puisse être révoquée en doute. De l'espionnage des Etats (le Brésil pour les problématiques relatives à l'armement, le Mexique pour le trafic de stupéfiants, l'Allemagne pour son potentiel technologique et commercial et ses décisions politiques...) à l'analyse des métadonnées et du contenu des échanges d'individu à individu, qu'ils soient téléphoniques ou électroniques, l'auteur offre un panorama précis des différents programmes de la NSA, dont PRISM n'est qu'un exemple – le plus populaire mais peut-être pas le plus inquiétant – et des droits qu'elle s'est octroyée, rappelant que l'usage des métadonnées, le contact chaining, n'est pas une mesure inoffensive garantissant la protection de la vie privée de l'écouté : les métadonnées des communications entrantes et sortantes (destinataire, localisation, horaire, récurrence) ou encore des opérations financières permettent de reconstituer l'activité d'un individu et d'en dresser

un premier profil – certes potentiellement parcellaire voire erroné, mais c'est là une question secondaire pour l'agence. PRISM, seconde révélation après Verizon, repose sur des requêtes à partir de sélecteurs forts. Autrement dit, les bases de données des géants de l'informatique et de l'internet sont interrogées de façon ciblée (notamment à partir d'adresses électroniques) alors que StellarWind, programme à la renommée plus faible développé dans le secret absolu sans aucune forme de contrôle public, constitue « la première tentative de surveillance généralisée de la population, associant l'Etat et les grandes entreprises privées pour mettre au point les technologies de susceptibles de rendre ce grand projet possible ». Sans se fourvoyer dans une théorie du complot stérile, l'enjeu est de questionner le fond de cette pratique non plus d'espionnage, de veille sécuritaire, mais bien de surveillance, tout en s'efforçant de repenser le secret en démocratie et le rôle de cette nouvelle figure du lanceur d'alerte – statut juridiquement défini au Etats-Unis mais que Snowden s'est vu refusé.

Enfin, car cette « affaire » n'en serait pas une sans les médias, Antoine Lefebvre formule très habilement une réflexion sur l'éthique journalistique aujourd'hui, qui s'inscrit dans le choix entre la description superficielle, marketing, des faits et de l'authentique investigation, entre l'exploitation persistante du registre de l'émotion, de la peur et le recours à l'analyse, la rationalisation et la mise

en perspective, option créatrice de valeur pour l'ensemble du corps social. Il souligne les épreuves auxquelles ont été confrontés les journalistes engagés dans la publication de ses documents, les pressions étatiques américaines et britanniques exercées sur eux, le sévère jugement de l'ensemble de leurs pairs. Il rappelle la responsabilité des médias, nourrissant l'illusion qu'une menace terroriste imminente s'insinue au plus près de nous, dans la « propagation d'une peur diffuse et permanente ». Le vain espoir d'une totale protection contre la violence terroriste au moyen d'une surveillance généralisée sans même chercher à analyser ce phénomène, ses ressorts et ses évolutions, contribue à laisser « la raison inopérante face au désir de (sur)vie ». La presse du scandale, des affaires, du spectaculaire, titrant au nombre de morts, usant sans relâche d'une brutalité aisément condamnable comme levier émotionnel facile à actionner, rend tout aussi difficile qu'indispensable la constitution d'une véritable pensée de la société de surveillance. Quoi de plus accommodant que d'adosser une activité éminemment contestable, comme celle de la NSA, à une pratique radicalement condamnable, que représente le terrorisme : le débat est corrompu dans son essence. L'ensemble de l'ouvrage pose également des questions évidentes en matière d'espionnage économique et offre une résonance particulière à la thématique du secret des affaires. ■



## La sélection d'ouvrages d'Eric DELBECQUE et Isabel LEAL REY



### LE CHOC DES EMPIRES

Gallimard | **Jean-Michel QUATREPOINT**

Un texte qui repose fortement sur l'analyse des réalités industrielles et géoéconomiques. Loin des idéologies « hors sol » sur la mondialisation comme facteur de négation de la compétitivité des nations, Jean-Michel Quatrepoint remet rationnellement en perspective les jeux d'acteurs nationaux et souligne que l'économie n'est pas une simple démonstration de microéconomie théorique...



### LE RETOUR DES ETATS

Grasset | **Michel GUÉNAIRE**

Les Etats s'avèrent des acteurs structurants dans la dynamique de la globalisation. Cette vérité largement passée sous silence est ici rappelée avec conviction par Michel Guénaire. Un livre essentiel.



### LE MARCHÉ. HISTOIRE ET USAGES D'UNE CONQUÊTE SOCIALE

Gallimard | **Laurence FONTAINE**

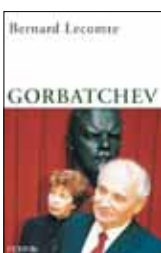
Contrairement à ce que l'on pourrait parfois penser, le marché ne va pas de soi... Entendons par là qu'il est toujours utile de creuser la définition que l'on en donne pour mieux explorer toutes ses conséquences et en appréhender avec justesse les évolutions. Cet ouvrage permet notamment d'en souligner la dimension d'émancipation. A lire.



### LE NOUVEAU CAPITALISME CRIMINEL

Odile Jacob | **Jean-François GAYRAUD**

Spécialiste du sujet, Jean-François Gayraud continue ici son analyse du crime organisé logé au coeur de l'économie capitaliste. Un voyage toujours instructif qui jette une lumière essentielle sur les phénomènes d'hybridation entre les univers industriel, financier et criminel.



### GORBATCHEV

Perrin | **Bernard LECOMTE**

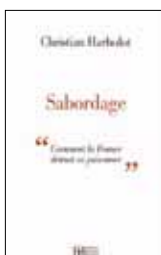
La chute du monde communiste – étape capitale dans le déploiement de la globalisation – a conduit le dernier dirigeant du Parti communiste soviétique dans l'ombre de l'Histoire. Bernard Lecomte nous permet dans « ses » pages de mesurer l'influence réelle de Mikhaïl Gorbatchev dans la chute de la plus puissante idéologie du siècle. Ouvrage à ne pas rater.



## ELOGE DE L'ANORMALITÉ

Plon | **Matthieu PIGASSE**

Un texte vigoureux qui rappelle avec passion que l'espace politique doit être le lieu de l'énergie et de la décision. Contre le fatalisme, Matthieu Pigasse fait l'éloge de l'action et de l'optimisme de la volonté sans renoncer aux armes de la raison. Un livre qui concerne aussi les dirigeants du privé et l'intelligence stratégique.



## SABORDAGE

Editions François Bourin | **Christian HARBULOT**

Une synthèse des principales thèses de Christian Harbulot qui constitue également un témoignage sur l'histoire et l'intelligence économique en France. Intéressant à lire pour tous ceux qui sont attachés à comprendre les racines de l'intelligence économique.



## LA GUERRE. DES ORIGINES À NOS JOURS

Editions Sciences Humaines | **Jean-Vincent HOLEINDRE et Laurent TESTOT**

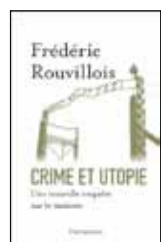
Un voyage dans l'histoire de la guerre qui permet de mieux cerner les métamorphoses actuelles de la conflictualité en faisant le point sur ses formes passées. Des réflexions variées et foisonnantes contribuant à l'approfondissement des questions stratégiques.



## HISTOIRE DE LA GUERRE

Ellipses | **David CUMIN**

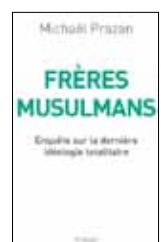
Une synthèse documentée de grand intérêt pour alimenter une mise en perspective équilibrée du phénomène de la guerre. Ce livre creuse avec une grande précision documentaire un sujet encore à explorer pour les sciences humaines.



## CRIME ET UTOPIE. UNE NOUVELLE ENQUÊTE SUR LE NAZISME

Flammarion | **Frédéric ROUVILLOIS**

Dans une époque où l'on évoque beaucoup des idéologies sécuritaires et la surveillance généralisée, il est indispensable de revenir à des analyses historiques approfondies du phénomène totalitaire et de ses crimes pour donner aux mots leur véritable poids. Ce livre favorise l'analyse extrêmement fine des matrices idéologiques.



## FRÈRES MUSULMANS. ENQUÊTE SUR LA DERNIÈRE IDÉOLOGIE TOTALITAIRE

Grasset | **Michaël PRAZIN**

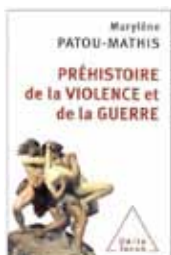
La galaxie de l'islamisme politique et culturel reste souvent obscure aux yeux de nos spécialistes. Cet ouvrage rend accessible l'histoire de l'organisation des Frères musulmans et permet d'y voir un peu plus clair...



## HISTOIRE DU TERRORISME

Perrin | **Gilles FERRAGU**

Le terrorisme est le plus souvent traité dans sa portée immédiate et dans le cadre d'une approche médiatique rétrécissant la mise en perspective analytique. Cet ouvrage offre une très appréciable inscription historique qui permet d'aller en profondeur dans la compréhension du phénomène. Loin d'être un ouvrage «de plus» sur le sujet, ce texte offre un regard érudit toujours nécessaire.



## PRÉHISTOIRE DE LA VIOLENCE ET DE LA GUERRE

Odile Jacob | **Marylène PATOU-MATHIS**

L'histoire de la violence commence à trouver ses marques depuis quelques années. Sa préhistoire reste plus obscure. Ce livre offre un guide pour s'orienter parmi les travaux spécialisés. L'étude des questions de sécurité exige une prise de distance intellectuelle et une réflexion conduisant un questionnement simultané sur la guerre et la violence en général: cet ouvrage stimulant relève ce défi, même si certaines de ses conclusions trouveraient profit à être plus longuement et profondément discutées et démontrées. A lire absolument.



## LA FRANCE ORANGE MÉCANIQUE

Ring | **Laurent OBERTONE**

Lors de sa parution, cet ouvrage a provoqué la polémique. A chacun d'en juger en prenant le temps de le lire. En tout état de cause, il déploie des interrogations essentielles pour construire un débat authentique sur l'insécurité. Articulé sur la « compétition morale », que l'auteur définit comment un « déni massif de réalité », ce texte interpelle et pousse indiscutablement à la réflexion.



## CE PAYS QU'ON ABAT. CHRONIQUES 2009-2014

Plon | **Natacha POLONY**

Au travers de ces chroniques, dans un style clair et alerte, l'essayiste et journaliste analyse avec hauteur et précision les enjeux contemporains sociaux, politiques, culturels et éducatifs. Un livre particulièrement utile qui permet de redonner du sens à l'information (une exigence cardinale de l'intelligence économique !).



## L'EMPRISE

Gallimard | **Marc DUGAIN**

Ce roman baigne dans un décor de thèmes qui rappelle l'univers de l'intelligence économique : secteurs stratégiques, contraintes de la mondialisation, importance des questions de renseignement, etc. Il développe aussi une réflexion sur la politique contemporaine pour dénoncer «l'impuissance publique». En somme, un ouvrage divertissant qui permet de favoriser des méditations profondes...

Quelques analyses sur des fondamentaux qui éclairent les grands enjeux de l'intelligence économique. Elles ont été rédigées par des auditeurs de la 17ème Session Nationale Spécialisée (SNS) du département Sécurité économique de l'INHESJ.

→ Par **Francis BORENSZTEIN**

Auditeur de la 17ème SNS



## L'âge de l'accès : la nouvelle culture du capitalisme

**Jeremy RIFKIN**

Editions La Découverte – Paris 2005 (première publication en 2000)

A l'âge de l'accès, chacun de nous est obligé de se poser des questions élémentaires sur la façon dont nous souhaitons réorganiser nos relations les plus fondamentales avec nos semblables. Ce que la logique de l'accès détermine en fin de compte c'est la nature et le degré de notre participation au monde (...). La réponse à cette question *déterminera la nature de la société que nous construirons pour nous-mêmes et nos enfants au XXIème siècle.* »

### L'âge de l'accès - Jeremy Rifkin

Dans L'âge de l'accès, Jeremy Rifkin présente une étude de l'évolution du capitalisme jusqu'alors basé sur des droits de propriété et l'échange de biens sur des marchés, ce qu'il appelle « modernité », vers une forme de capitalisme basé sur l'accès à ces biens sur des réseaux, c'est à dire la « postmodernité ». La propriété s'échange de moins en moins sur les marchés classiques, mais les fournisseurs de l'offre continuent de posséder ces biens matériels et immatériels et en contrôlent désormais l'accès. Le contrôle de cet accès aux réseaux représente un enjeu majeur dont les conséquences, collectives et individuelles, pourraient conduire à la marchandisation de la culture et de l'accès à la culture.

Malgré une présentation peu rassurante des conséquences induites par ce nouveau capitalisme, Jeremy Rifkin suscite notre réflexion quant au modèle de culture et de société que nous souhaitons construire. L'ouvrage, structuré en deux grandes perspectives se déclinant en douze chapitres, se propose d'explorer les réponses potentielles à ces nouvelles questions relatives aux principes les plus fondamentaux du capitalisme tel qu'il existe depuis les révolutions industrielles.

### L'âge de l'accès - La nouvelle culture du capitalisme.

Cette transition du capitalisme est marquée par le déclin de la propriété comme principe fondamental. Dans la première partie, Jeremy Rifkin présente des exemples factuels sur le déclin du marché immobilier, la dématérialisation de l'argent, mais aussi la réduction des espaces privés de travail, la disparition des stocks, la fin de l'épargne et l'accroissement de l'endettement qui sont représentatifs de cette tendance marquée par le développement des activités de location et de sous-traitance. Pour l'auteur, tout devient service à travers l'émergence d'une nouvelle économie, d'un nouveau paradigme capitaliste qui transforme le temps humain en marchandise. L'entreprise, dont le patrimoine devient immatériel et se mesure de plus en plus en termes de matière grise et d'innovation, transforme sa valorisation sur les marchés. D'autre part, l'émergence de cette économie de services reposant sur l'accès engendre de nouvelles pratiques entre fournisseurs et consommateurs. Alors que durant l'ère industrielle, l'important était de vendre un produit accompagné d'un service gratuit (comme la garantie) qui n'était qu'un argument de vente, la nouvelle tendance inverse ces pratiques en offrant le produit pratiquement gratuitement en contrepartie de services payants sur le long terme afin de fidéliser les consommateurs. Le temps est désormais un facteur essentiel, non seulement en terme de vitesse d'accès mais également en terme de durée du service, voire de durée de vie du consommateur. Le développement des franchises montre également que les entreprises, pour ne pas dire les marques, ne se positionnent plus comme des propriétaires d'actifs, mais comme des réseaux fournissant un accès à un concept et à une logistique. De plus en plus fréquemment, la propriété est remplacée par l'usage dans ce que Jeremy Rifkin appelle « l'économie de la fonctionnalité ». Le marché automobile, symbole de



la propriété par excellence, notamment aux Etats-Unis, suit la même tendance : aujourd'hui, un constructeur automobile obtient de meilleurs bénéfices en offrant des services payants tout au long de la vie de ses clients plutôt qu'en leur vendant une voiture. Autre illustration proposée par Jeremy Rifkin : dans les nouveaux types de communautés résidentielles, les « common-interest developments » qui se développent aux Etats-Unis, qui sont privées et, la plupart du temps, gardées par des agents de sécurité, les résidents possèdent leur propre maison et sont copropriétaires d'espaces communs (espaces verts, piscines, terrains de tennis,...) pour lesquels ils adhèrent à une association de copropriétaires et payent des frais de gestion et d'entretien de la résidence. C'est une expérience de vie marchandisée qui est proposée sous forme d'« accès payant à une expérience collective ». La place centrale occupée par le marketing est désormais incontournable. La notion de « lifetime value » illustre cette tendance : le marketing est désormais privilégié par rapport à la production afin de trouver les mécanismes qui permettent de fidéliser le client durant toute son existence.

Objet central de la seconde partie de *L'âge de l'accès*, la culture, présentée par Jeremy Rifkin comme l'expérience collective qui « donne sens à la vie humaine », est soumise au même processus de marchandisation. « Le capitalisme culturel s'approprie non seulement les signifiants de la vie culturelle et les formes de communication artistiques qui les interprètent, mais l'expérience vécue elle-même » écrit l'auteur. Les deux exemples marquants convoqués par Jeremy Rifkin sont celui de Thomas Cook avec le tourisme mondial marchandisé et les centres commerciaux américains, devenus aujourd'hui lieux de distractions et espaces culturels autant que lieux de consommation. C'est à ce titre qu'il parle de « *privatisation de la sphère culturelle* » dans laquelle le marketing révèle une nouvelle fois son poids dans l'exploitation du patrimoine culturel au travers des « nouveaux passeurs ». Dans un capitalisme fondé sur l'accès à des expériences humaines, le rôle stratégique des gatekeepers, contrôlant les accès à la culture ainsi qu'aux réseaux virtuels, et les tendances du marché, est incontournable. Ces « *nouveaux magnats* » ont ainsi un quasi monopole sur le profil des internautes. De plus, la déréglementation du marché des acteurs de la communication favorise la transition des biens publics vers le patrimoine privé, provoquant des inégalités d'accès entre connectés et non connectés. Jeremy Rifkin préconise l'établissement d'un « troisième secteur », entre l'Etat et le marché, afin d'encadrer la marchandisation de la culture notamment en évitant sa monopolisation par le marché. Ce « troisième secteur » doit « *revitaliser la culture* » et la protéger : par ce moyen Jeremy Rifkin cherche à réaffirmer les prérogatives de puissance publique, afin de ne pas abandonner la sphère culturelle au seul marché.

## Jeremy Rifkin : un auteur parfois subversif, souvent alternatif.

Pour mieux appréhender la pensée de Jeremy Rifkin et le constat alarmiste qu'il fait des bouleversements des modèles capitalistes occidentaux, il faut se tourner vers son profil, définitivement original et peu courant parmi les penseurs et les économistes contemporains.

Né le 26 janvier 1945 à Denver au Colorado, l'auteur de *L'âge de l'accès* se présente comme un essayiste économique s'inscrivant dans une démarche prospective. Jeremy Rifkin, diplômé de la Wharton School of the University of Pennsylvania et de la Fletcher School of Law and Diplomacy, est l'auteur de 19 livres (à l'instar de *Entropie* en 1980, *La Fin du Travail* en 1995, *Le Rêve européen* en 2004 ou encore de *La Troisième révolution industrielle* en 2012) portant sur de multiples sujets tels que l'impact des changements scientifiques et technologiques sur l'économie, la société et l'environnement. Jeremy Rifkin prend souvent le contrepied des opinions dominantes et des idées reçues : on le retrouve à la pointe de mouvements contestataires dans sa jeunesse résolument militante. En 1966, au moment de la guerre du Vietnam, il s'engage pour la liberté d'expression et s'implique dans le mouvement pour la paix. En 1973, il organise à Boston une manifestation contre les compagnies pétrolières et la flambée des prix due au premier choc pétrolier. En 1977, il crée la Foundation on Economic Trends qu'il préside encore aujourd'hui, dont l'objet est d'appréhender et proposer des solutions aux grands changements économiques et sociaux mais aussi environnementaux qui interviennent dans le monde. Par ailleurs, il préside également la Third Industrial Revolution, conseil de nombreux gouvernements, régions et municipalités en matière de développement économique durable. Dénonçant les dangers de la biotechnologie et opposant des OGM, il est devenu le conseiller de nombreux chefs d'états européens, ce qui ne manque pas d'agiter ses détracteurs. En effet, Jeremy Rifkin intervient auprès de nombreux leaders politiques en fonction, alors même que ces derniers sont souvent ceux qu'il accable de certaines situations et échecs dans ses écrits. Ainsi, durant la dernière décennie, Jeremy Rifkin a été conseiller politique auprès de l'Union européenne. Il a conseillé le Président français Nicolas Sarkozy, la Chancelière allemande Angela Merkel, le Premier ministre portugais José Socrates, le Premier ministre espagnol Jose Luis Rodriguez Zapatero ainsi que le Premier ministre slovène Janez Jansa, lors de leurs respectives présidences du Conseil européen. Par ailleurs, le Conseil régional Nord-Pas de Calais et la Chambre de commerce et d'industrie de région Nord de France ont chargé Jeremy Rifkin de l'élaboration d'un plan d'action, qu'il a présenté en octobre 2013, en vue d'opérer la transition de la région Nord-Pas de Calais vers la Troisième révolution industrielle, un de ses thèmes de prédilection développé dans son dernier ouvrage éponyme. Il pose les bases d'une croissance durable pour le siècle prochain,

reposant sur les énergies renouvelables et la communication en réseaux dématérialisés. Ses services en la matière ont déjà été sollicités par les villes de San Antonio, Rome, Monaco ou encore par la Province d'Utrecht aux Pays Bas.

Enfin, la position de Jeremy Rifkin sur les sujets évoqués dans L'âge de l'accès ne semble pas avoir évoluée : sur le site de sa Fondation, l'économiste maintient ses convictions de 2000 : « *the critical question posed by The Age of Access is whether civilization can survive when only the commercial sphere remains as the primary arbiter of human life.* ».

## Les thèses de L'âge de l'accès à l'épreuve du temps

En préambule de l'analyse des propos présentés dans L'âge de l'accès, il est essentiel de garder présent à l'esprit que Jeremy Rifkin est un prospectiviste américain qui conseille aujourd'hui de nombreux acteurs publics français et européens. Ce constat doit conduire à s'interroger, d'une part, sur ses motivations, et d'autre part, sur la probabilité, proche de zéro, qu'un européen puisse prétendre conseiller les institutions américaines. Si ce livre s'adresse à un large public, les exemples chiffrés fournis proviennent essentiellement de l'économie américaine. De plus, cet ouvrage ayant été réalisé en 2000, il convient de le replacer dans l'actualité qui traite des mêmes sujets.

Le fondement de l'argumentaire, l'idée de fin de la propriété, a, depuis plus de dix ans, été éprouvé et varie d'un pays à l'autre, d'une culture à l'autre. Aux Etats-Unis, il est exact que la propriété a décliné, mais elle se développe en Chine où l'on observe un accroissement de l'épargne, l'Europe restant également un continent d'épargnants. Il faut rappeler que la fin de l'épargne et la montée de l'endettement aux Etats-Unis ont eu pour conséquence la crise des « subprimes » point de départ de la crise économique mondiale. Par ailleurs, la fin de la propriété ne concerne pas tout le monde. Dans cette nouvelle économie, il convient de distinguer les propriétaires des contenants, c'est-à-dire des « tuyaux » qui acheminent de l'information ou de la culture, et les propriétaires des contenus, c'est à dire de l'information ou des services. Depuis l'éclatement de la « bulle internet », les marchés boursiers pénalisent les groupes qui ont des activités concomitantes dans les contenants et les contenus.

Comme Jeremy Rifkin l'avait anticipé, la relation prestataires-usagers se substitue à la traditionnelle relation vendeurs-acheteurs. Néanmoins, la notion de l'offre et de la demande reste inchangée. Il s'agit de la transformation d'un profit quasi-immédiat en rente à moyen et long terme. Ces pratiques ne constituent pas une nouveauté. En effet, les systèmes de péages autoroutiers, le système de comptage pour l'eau, l'électricité ou le gaz, représentent depuis bien longtemps des modèles d'accès et de facturation d'un service. Aujourd'hui, c'est le contenu qui change : le groupe Vivendi qui fournit des accès à la télé-

vision payante via des décodeurs avec Canal+, ou encore des accès à Internet via une « box » avec SFR, est issu de la Compagnie Générale des Eaux qui fournit de l'eau via un réseau de canalisation à péage depuis Napoléon III.

D'autre part, l'accroissement de la part immatérielle de l'économie, représentée, en 2013, une réalité indéniable avec le développement des nouvelles technologies et des réseaux sociaux. En 2000, on ne parlait pas encore de ce que certains désignent sous l'acronyme « GAFAM » (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft). Google et Facebook sont les péages incontournables pour les individus devenus internautes sur les « autoroutes » qui mènent aux contenus. De ce fait, ils se trouvent au cœur de gigantesques réseaux qui contiennent toutes les informations concernant les goûts et les usages des internautes, et se positionnent comme les nouveaux « intermédiaires culturels ». Cela provoque des inégalités d'accès entre connectés et non-connectés. Ce phénomène est une réalité, en particulier à l'échelle planétaire avec 20% d'individus connectés pour 80 % de non-connectés. Dans les pays occidentaux, les GAFAM et les opérateurs de télécommunications ont un intérêt économique à ce qu'un maximum de citoyens soient connectés. Tout ceci peut représenter une menace pour la diversité culturelle, incarnée par la concentration de ces gatekeepers aux Etats-Unis et au Japon, possédant des réseaux de communication et de distribution qui s'étendent sur l'ensemble du globe. Certains pays autoritaires, comme la Chine, privent leurs citoyens de liberté (notamment de se connecter), protégeant par la même occasion leurs intérêts économiques vis-à-vis de leurs concurrents, notamment américains.

Enfin, la notion de culture doit nécessairement être déconnectée de la notion de l'économie de la culture. La phrase de Jean-Marie Messier prononcée aux Etats-Unis, fin 2001 : « *l'exception culturelle française est morte* », à l'occasion de la création d'un géant mondial du cinéma (Vivendi Universal Entertainment) a provoqué en France une levée de boucliers tandis que le cinéma français se portait bien. Il convient de signaler ici que, très récemment en 2013, l'industrie culturelle française s'est rassemblée sous un seul et nouvel étendard « France Créative », afin de concurrencer les géants mondiaux du « soft power » américain, principalement relayé par les jeunes internautes qui détournent l'accès à leur propre profit, comme l'illustrent les pratiques de piratage, et qui, malgré eux, sont devenus les meilleurs agents des intérêts américains.

La question posée par L'âge de l'accès, trouve une résonance particulière aujourd'hui : que va-t-il advenir des libertés, si les individus sont en permanence épiés, espionnés, analysés, s'ils sont réduits à des cibles marketing, si l'existence ne devient qu'un enjeu économique ? Les puissances économiques et financières ne s'embarrassent pas de savoir si ces pratiques respectent ou non les libertés individuelles ou collectives, comme le montre le récent scandale « Prism » amené par les pratiques de la NSA. ■

## PIRATERIE MARITIME DROIT, PRATIQUES ET ENJEUX



224 pages • 28 € • 978-2-311-01056-5

**Philippe  
CHAPLEAU,  
Jean-Paul  
PANCRACCIO**

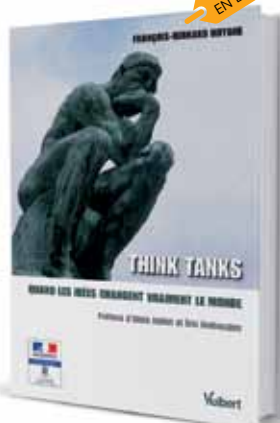
Éditions Vuibert

Après avoir sévi dans l'océan Indien, les pirates font désormais des ravages dans les mers et détroits d'Asie et dans le golfe de Guinée. Décider de combattre le phénomène, c'est accepter de mettre en œuvre un arsenal juridique, technologique et humain cohérent. Lutter efficacement contre le phénomène, c'est accepter de déployer, dans la durée, des moyens financiers et matériels au profit des États côtiers et des navigateurs. C'est aussi reconnaître les limites des actions multilatérales de prévention, qu'elles soient politiques ou tactiques.

Les actions multilatérales n'ayant que modérément réussi à enrayer le développement du phénomène, le recours à des solutions privées s'est développé : fortification des navires, installation d'équipements de dissuasion non létale et, surtout, embarquement d'équipes armées fournies par des sociétés spécialisées. Cette dernière mesure, efficace comme en témoignent les chiffres et désormais acceptée par de nombreux États, est-elle juridiquement viable et en harmonie avec le droit de la mer ? Doit-elle s'effectuer en dehors du cadre d'intervention de l'État ou bien, à l'inverse, s'inscrire dans une délégation multilatérale de services de protection armée, la sécurité des mers restant une fonction en partage et du ressort exclusif des États ? Des États qui, comme d'autres acteurs (compagnies d'assurances, sociétés de sécurité), semblent trouver un intérêt individuel à lutter contre la piraterie.

Les actions multilatérales n'ayant que modérément réussi à enrayer le développement du phénomène, le recours à des solutions privées s'est développé : fortification des navires, installation d'équipements de dissuasion non létale et, surtout, embarquement d'équipes armées fournies par des sociétés spécialisées. Cette dernière mesure, efficace comme en témoignent les chiffres et désormais acceptée par de nombreux États, est-elle juridiquement viable et en harmonie avec le droit de la mer ? Doit-elle s'effectuer en dehors du cadre d'intervention de l'État ou bien, à l'inverse, s'inscrire dans une délégation multilatérale de services de protection armée, la sécurité des mers restant une fonction en partage et du ressort exclusif des États ? Des États qui, comme d'autres acteurs (compagnies d'assurances, sociétés de sécurité), semblent trouver un intérêt individuel à lutter contre la piraterie.

## THINK TANKS QUAND LES IDÉES CHANGENT VRAIMENT LE MONDE



160 pages • 19 € • 978-2-311-40060-1

**François-Bernard  
Huyghe**

Éditions Vuibert

Think tanks ? Tout commence par une difficulté de traduction : sont-ils des « boîtes où penser » ou des réservoirs où puiser des idées ? Le terme a été popularisé dans les années 1960. Depuis, sont apparus des milliers de think tanks, y

compris en Europe et en Asie. Penser pour peser, découvrir des solutions pour inspirer des politiques : le think tank se situe toujours quelque part entre le modèle de la recherche pure – en principe indépendante (mais centrée sur des questions actuelles intéressant le bien commun) –, et la volonté d'influencer les décideurs. Cela implique de savoir convaincre, d'entretenir des réseaux, de soutenir des amis politiques, de trouver et de conserver des vitrines médiatiques, de se faire financer...

Évoluant entre l'école de pensée et le groupe de pression, naviguant de la recherche d'une pensée originale à la production d'un discours efficace, ces organisations se définissent surtout négativement (elles sont en principe non lucratives, non partisans et non dépendantes des autorités publiques) et se forment ainsi une identité. Dans la pratique, les objectifs, l'inspiration idéologique, la taille, le financement, le budget, le prestige et le champ de compétence des think tanks diffèrent énormément. Cependant tous apparaissent orientés vers l'action. Conseillers du Prince, experts autonomes, inspireurs, médiateurs et médias, réseaux d'influence : un peu tout cela à la fois, les think tanks ont, au moins à moyen terme, toutes les raisons de se développer !

► Lire l'analyse du livre selon  
Bruno RACOUCHOT sur  
[Communicationetinfluence.fr](http://Communicationetinfluence.fr)

## DÉFIS N°2



**Conséquence de la mondialisation et de la redéfinition des intérêts stratégiques, la croissance se fait aujourd'hui dans les « zones à risques »** : l'Afrique, l'Amérique du Sud, l'Asie centrale, le Moyen Orient... sont les zones de demain où l'on trouve des taux de croissance supérieurs à 5 %. Les grands groupes industriels occidentaux, mais aussi les PME et ETI vont rechercher des « relais de croissance » dans des pays à risques, soumis à de fortes instabilités politiques et sociales.

Or, ces régions nécessitent de forts investissements dans la protection des entreprises (personnels déplacés, infrastructures et capitaux implantés...). C'est une préoccupation majeure pour les entreprises, mais aussi pour l'Etat qui conçoit sa politique étrangère comme indissociable de sa capacité à affirmer une puissance économique.

Ce dossier s'articule autour de cinq volets.

- Le premier dresse un panorama des évolutions récentes qui ont modifié le paysage international (révolutions arabes, concurrence des émergents et néo-émergents...) et identifie les nouvelles formes de menaces (actions terroristes, enlèvements, criminalité transnationale...). Il s'agit d'en mesurer les conséquences pour les entreprises mais aussi pour l'Etat.
- Les trois volets suivants sont constitués d'une série d'entretiens menés auprès des grands donneurs d'ordres privés en matière de sûreté, mais aussi auprès des principaux acteurs humanitaires, qui sont tout à la fois producteurs de sécurité sur le long terme et consommateurs de sûreté à court terme, au même titre que les entreprises. La diplomatie française, quant à elle, intègre l'exigence de protection des intérêts français dans une nouvelle démarche, celle de la « diplomatie économique ».
- Le dernier volet s'intéresse particulièrement au rôle décisif des Entreprises de services de sécurité et de défense (ESSD) dans ce dispositif global de protection des entreprises.

L'ensemble des propos recueillis témoignent de la nécessité de considérer la protection comme un préalable au développement économique.



➔ « GALA DE L'ACSE : DEMAIN L'ESPOIR »  
**le 6 juin 2014**  
au Palais Brongniart à Paris



En partenariat avec



**La chaîne  
de l'espoir**

Ensemble, sauvons des enfants

## → « Gala de l'ACSE : demain l'Espoir »

**le 6 juin 2014**

au Palais Brongniart à Paris

L'ACSE est une association loi 1901 créée pour diffuser le plus largement possible une culture de sûreté-sécurité... et d'intelligence économique au sein des organisations, en particulier dans les entreprises.

Le 6 juin dernier, au Palais Brongniart, l'ACSE a rassemblé l'ensemble de ses membres, ainsi que des partenaires de référence du CAC 40, du monde des PME, de l'univers de l'intelligence économique ainsi que de la sécurité publique et privée, à l'occasion de son dîner de gala.

Un des objectifs de ce gala était de fédérer ces acteurs autour d'une démarche caritative. Ainsi, le gala a été l'occasion de réunir deux univers, celui de la sécurité et celui de l'humanitaire autour d'une idée phare « la solidarité et le soutien aux générations futures sont les meilleurs socles de la sécurité ».

En présence du Professeur Alain Deloche, fondateur de La Chaîne de l'Espoir, et de Michel Cymes, parrain de l'association, le Préfet de région honoraire Rémy Pautrat, invité d'honneur, Claude Mathon et Eric Delbecque, respectivement Président du Conseil d'administration et Président d'honneur de l'ACSE, ont concrétisé cette démarche par la remise d'un don au profit de La Chaîne de l'Espoir. Le Préfet de région Cyrille Schott, Directeur de l'INHESJ et Alain Juillet, Président du CDSE, ont également participé à cette soirée de gala.

Ce projet initié par l'ACSE s'inscrit dans la volonté de créer un rendez-vous annuel des acteurs de la sécurité nationale et du monde caritatif.

### A PROPOS DE

L'ACSE, Association des Conférenciers en Sécurité Economique, est une association loi 1901 créée pour assurer la promotion et la diffusion de l'intelligence stratégique et d'une culture de protection des salariés ainsi que du patrimoine matériel et immatériel au sein des organisations.

Elle rassemble des conférenciers labellisés Euclés, des auditeurs issus de la Session nationale spécialisée « Protection des entreprises et intelligence économique » de l'INHESJ, des experts du monde de la sécurité nationale venus de différents horizons et des entreprises soutenant la démarche d'intelligence stratégique de manière générale.

La Chaîne de l'Espoir : La Chaîne de l'Espoir, créée en 1994 par le Professeur Alain Deloche, intervient dans plus de 30 pays pour offrir un accès aux soins et à l'éducation aux enfants les plus démunis. Chaque année, plus de 100 000 enfants bénéficient de ses programmes de soins dont 5 000 sont opérés et 11 000 enfants bénéficient de ses programmes éducation.

➤ [www.chainedelespoir.org](http://www.chainedelespoir.org)

Le Gala de l'ACSE à été réalisé avec le soutien de :

AESATIS, AMARANTE, AUTOMATIC ALARM , BRÛLERIE COREZIENNE, DETECNET, DIDAXIS, AIRBUS-EADS, GARENTEL SGS, JURISVIN, KILOUTOU, LA CONSEILLANTE – POMEROL, MAORI, QUALEIA, SAFRAN, SANOFI PASTEUR MSD, SECURITAS, SENTINEL / AICS PROTECTION SNCF ,TELSUD, TORANN-France, VERNATURE



**Claude MATHON, Président de l'ACSE**



**Monsieur le Préfet de Région honoraire et Madame Rémy PAUTRAT - Éric DELBECQUE, Président d'honneur de l'ACSE**



Rémy PAUTRAT, Eric CHEYSSON, Président de la Chaîne de l'espoir, Paul NAHON, Ambassadeur de l'opération 24 jours pour 24 enfants et journaliste



Rémy PAUTRAT  
et Éric DELBECQUE



Cyrille SCHOTT  
Préfet de région,  
Directeur de l'INHESJ



Eric CHEYSSON, Paul NAHON, Michel CYMES, Ambassadeur de l'opération 24 jours pour 24 enfants, animateur de l'émission « Le Magazine de la Santé » et Diane DE LAUBADÈRE, Vice-présidente de l'ACSE



Éric DELBECQUE, Rémy PAUTRAT, Eric CHEYSSON,  
Paul NAHON, Michel CYMES



Cyrille SCHOTT, Rémy PAUTRAT et Frédéric GIQUEAUX, PDG  
de MAORI

#### CONTACTS PRESSE

ACSE : > Diane de Laubadère : [acse.eucles@gmail.com](mailto:acse.eucles@gmail.com)  
 La Chaîne de l'Espoir : > Christine Couton : 01 44 12 66 73 ;  
[ccouton@chainedelespoir.org](mailto:ccouton@chainedelespoir.org).  
 Image 7 : > Laurence Heilbronn : 01 53 70 74 64 ;  
[lheilbronn@image7.fr](mailto:lheilbronn@image7.fr)

**La Chaîne de l'Espoir**  
 8, rue Maria Helena Vieira da Silva  
 CS 11417 - 75993 Paris Cedex 14  
 01 44 12 66 66  
[www.chainedelespoir.org](http://www.chainedelespoir.org)



## → La sûreté dans l'entreprise, un accélérateur de business?

21 mai 2014

Amphithéâtre des Vallières – École militaire



21 mai 2014  
9h – 13h

Amphithéâtre  
des VALLIÈRES

École militaire  
PARIS



INSCRIPTION en ligne:  
[www.inhesj.fr](http://www.inhesj.fr)

Une demi-journée organisée par l'ACSE  
en partenariat avec l'INHESJ.

# La sûreté dans l'entreprise, un accélérateur de business ?

La demi-journée co-organisée par l'ACSE (Association des Conférenciers en Sécurité Économique) avec l'INHESJ, intitulée «La Sûreté dans l'entreprise, un accélérateur de business ?», a rassemblé le mercredi 21 mai 2014 de 9h à 13h, à l'École militaire un panel d'interlocuteurs et de participants émanant de la sphère publique et du secteur privé.

L'idée centrale de ce colloque était de faire évoluer les approches sur la sûreté en favorisant le débat. La sûreté des entreprises est régulièrement perçue comme une contrainte pour le développement commercial et l'innovation. Bien loin de constituer une entrave, la protection des intérêts des organisations économiques devient aujourd'hui un levier de compétitivité. L'ensemble des acteurs de ce colloque, appartenant à la sphère publique et au secteur privé, ont témoigné d'une nécessaire prise de conscience : la préservation des hommes et des femmes de l'entreprise, celle du capital matériel et immatériel, sont des vecteurs stratégiques d'un développement pérenne du « business »...

### ÉCOUTEZ LES INTERVENTIONS :

► <http://www.inhesj.fr/fr/page/departements/securite-economique/nos-evenements>

### LE PROGRAMME EN LIGNE :

► [voir le programme](#)



Préfet Rémy PAUTRAT



Éric DELBECQUE



Claude Mathon

## LES INTERVENANTS DU COLLOQUE DU 21 MAI 2014 :



**Gérard PARDINI**  
Directeur adjoint de l'INHESJ



**Stéphane VOLANT**  
Secrétaire général de la SNCF



**Table ronde 1 :**  
La sûreté : acquis ou défi



**Préfet Michel GUILLOT**  
Directeur du pôle territorial - Commissariat  
Général à l'Investissement



**François MION**  
Directeur de la Protection du Patrimoine  
Matériel Groupe - Renault



**Jean-Marc BERLIOZ**  
Directeur de l'éthique - RENAULT



**Sophie LARIVET**  
Enseignant-chercheur et docteur en sciences  
de gestion



**Jean-Luc MOREAU**  
Directeur sûreté des produits - NOVARTIS



**Bruno COTTE**  
Directeur général international - SAFRAN

## INTERVENTIONS

## → Sensibilisation aux enjeux de l'intelligence économique

23/07/2014

Ecole du Barreau de Paris

Diane DE LAUBADÈRE

## → Participation aux exercices de gestion de crise au profit des élèves de l'ENA et de l'INET

16 au 18 du juillet 2014

Jean-Michel LE MENN

## → Sensibilisation à la sécurité économique

Mai 2014

Université de Nice

Delphine SÉGUIER

## → Sensibilisation à l'intelligence économique

Avril 2014

Université Paris Descartes

Diane DE LAUBADÈRE et Delphine SÉGUIER

## DANS LES MÉDIAS

## → A lire : Business en milieu hostile : la protection des entreprises à l'international (INHESJ)

09/07/2014

Think tank G-Nova

TOUNSI Stéphane

› <https://www.linkedin.com>

## → Des menaces tous azimuts

Constructif, Juillet 2014 n°38, Criminalité économique : quelles parades ?

Eric DELBECQUE

› <http://www.constructif.fr>

## → Les ESSD : un miroir de l'impensé stratégique hexagonal ?

Sécurité Globale 25 26 | Hiver 2013-Printemps 2014, La France face à ses ESSD

Eric DELBECQUE

## → Sécurité Privée, la lettre #36

07/07/2014

› <http://usp-securite.org/>

## → Business en milieu hostile : la protection des entreprises à l'international (INHESJ)

03/07/2014

Theatrum Belli.org

› <http://theatrum-belli.org>

## → La revue Défis (numéro 2) explore «le business en milieu hostile»

21/06/2014

Lignes de Défense , blog.de Ouest-France.fr, Philippe Chapleau

› <http://lignesdedefense.blogs.ouest-france.fr>

## → L'Afrique, nouveau terrain de la cyberguerre

08/06/2013

Afric Inside

Nicolas ARPAGIAN

Directeur scientifique du cycle « Sécurité Numérique » à l'Institut National des Hautes Etudes de la Sécurité et de la Justice (INHESJ)

› <http://afriqueinside.com/a-la-une/lafrique-nouveau-terrain-cyber-guerre/>

## → Intelligence économique : « Nous devons aider les entreprises à s'approprier cette question »

Mai – Juin 2014

Protection Sécurité Magazine (PSM)

Interview d'Eric DELBECQUE

## → « Patriotisme économique : et si l'Union européenne s'inspirait de la France ? »

20/05/2014

Jolpress.com

Entretien d'Eric DELBECQUE

› Lire l'article sur Jolpress.com

## → Décret de patriotisme économique: « La quasi-totalité des pays ont des outils similaires »

15/05/2014

20minutes.fr

Entretien d'Eric DELBECQUE

› Lire l'article sur 20minutes.fr

# Défis

Déjà parus

L'Intelligence stratégique au service de la compétitivité



- n°2 : **BUSINESS EN MILIEU HOSTILE**  
La protection des entreprises à l'international
- n°1 : **LA CYBERSÉCURITÉ**

Défis Abonnez-vous à cette adresse



[www.inhesj.fr](http://www.inhesj.fr)

JE M'ABONNE



INHESJ

Département Sécurité économique