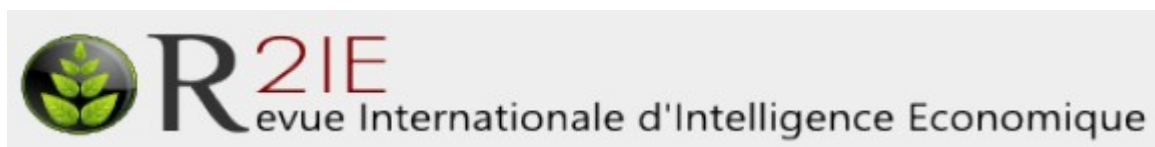


Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.



Série Publications Numériques

Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique

Par Olivier DE MAISON ROUGE
Avocat au Barreau de Clermont-Ferrand
Ancien auditeur IHEDN

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

Résumé

A l'heure où le gouvernement a réformé en profondeur la notion de patrimoine en créant un patrimoine d'affection, l'opinion qui va suivre, se voulant tout aussi audacieuse, s'exprime dans le dessein de nourrir une réflexion sur la consistance juridique des actifs immatériels de l'entreprise sous forme de tentative de définition et de plaidoyer.

Il est effectivement nécessaire de faire reconnaître cette notion hybride de patrimoine informationnel comme réalité juridique et ce d'autant que dans la pratique la valeur financière d'une entreprise peut aujourd'hui se baser non seulement sur ses stocks et son matériel d'exploitation selon la conception traditionnelle du fonds de commerce mais de plus en plus sur ses actifs immatériels que sont justement les informations essentielles – ou secrets d'affaires – liées à son secteur d'activité, au développement de sa R&D, à son fichier clientèle ou fournisseurs, à sa connaissance de données stratégiques, son taux de marge tenu secret ... Or, ces biens sont difficilement quantifiables dès lors qu'il sont souvent couverts par la confidentialité et ne reflètent parfois qu'un potentiel.

Néanmoins, un tel patrimoine incorporel est toujours déterminant dans la mesure où il confère à son titulaire un avantage substantiel et décisif sur ses concurrents.

Cela étant, parler de patrimoine immatériel ne signifie pas pour autant que celui-ci soit insaisissable ; c'est pourquoi vouloir le qualifier et lui donner corps, permettra de lui assurer une meilleure efficacité des voies de recours en cas d'atteinte.

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

Cet objet juridique non identifié qu'est le patrimoine informationnel est-t-il appelé à se substituer à la conception traditionnelle, et très franco-française, du fonds de commerce ?

Si la question peut paraître saugrenue, au moins a-t-elle pour objectif affirmé d'amener à réfléchir plus précisément sur la consistance juridique des actifs immatériels patrimoniaux, à l'heure où parallèlement le gouvernement a réformé en profondeur la conception même de patrimoine en intégrant en droit positif français la notion de patrimoine d'affectation^[1], d'inspiration germanique. Ce faisant, après son apparition au début du XIX^e siècle, issu de la pratique commerciale, et après avoir longtemps été présenté comme un quasi-patrimoine, le fonds de commerce exploité par une personne physique deviendrait une véritable entité à part entière, soit deux cents ans après sa naissance, c'est dire si la période de maturité aura duré...

Aussi, au-delà de cette innovation majeure désormais acquise, et à l'heure de la globalisation des échanges et de la dématérialisation des données économiques, nous entendons être plus audacieux encore dans cette révolution juridique qui s'annonce pour tenter de faire désormais reconnaître la notion de patrimoine informationnel qui sera peut-être appelé, au cours de ce siècle, à se substituer à l'ancienne conception du fonds de commerce. Dans l'immédiat, le sujet soulève plus d'interrogations juridiques que de réponses adéquates (I).

Pourtant, cette terminologie de « patrimoine informationnel » nous semble aujourd'hui avoir été globalement admise dans les esprits. Cependant, si la pratique lui donne une apparence

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

souvent très pragmatique, notamment par les acteurs de l'intelligence économique, il est nécessaire de lui offrir un contour et une tentative de définition en regard des textes et positions recensées à ce jour sur le sujet (II).

Enfin, il nous appartient d'avouer l'intérêt de la démarche : dans un contexte de concurrence acharnée, un tel patrimoine ainsi identifié n'est pas sans susciter des convoitises et il est dès lors plus que nécessaire de lui donner cadre juridique spécifique dédié, en vue de lui offrir une protection efficace de même nature (III).

I – La définition juridique du patrimoine informationnel : plus de questions que de réponses ?

Rappelons, en premier lieu, qu'en son temps le fonds de commerce, a connu une construction juridique en pointillé, largement espacée dans le temps.

Si le terme apparaît à la fin du XVIII^e siècle – accompagnant l'érection du principe général de la liberté du commerce – il faut attendre l'année 1872 pour voir l'Administration fiscale le constater pour la première fois[2], alors que la pratique des affaires l'avait déjà appréhendé sous sa forme actuelle. Egalement, bien avant sa reconnaissance légale, la jurisprudence avait déjà perçu le fonds de commerce comme étant une universalité de fait[3] avant qu'elle ne devienne enfin en 1909 une universalité de droit. Ne viendront qu'après plusieurs textes définissant peu à peu la consistance du fonds de commerce[4].

A l'instar, s'agissant du patrimoine informationnel, comme jadis pour le fonds de commerce, il n'existe à l'heure actuelle pas de texte légal en droit positif français définissant précisément le périmètre de cette conception pour le moins innovante qui est une autre universalité de fait, constituée de secrets d'affaires de toute nature[5].

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

Le patrimoine informationnel, une universalité de fait couramment admise, recouvre-t-il toutefois une universalité de droit ?

De manière fort classique, le patrimoine se définit comme l'ensemble « *des biens et obligations d'une personne, envisagé comme une universalité de droit, c'est-à-dire comme une masse mouvante dont l'actif et le passif ne peuvent être dissociés*[6] ». ».

A cet égard, il nous est permis d'affirmer qu'il peut être identifié comme un patrimoine *sui generis*, construit au fur et à mesure par la pratique des affaires, constituant ainsi une universalité de fait incontestable. Alors que le fonds de commerce comprend des biens meubles corporels, pour sa part, le patrimoine informationnel serait exclusivement constitué de biens meubles incorporels.

Comprenant tant des droits de propriété intellectuelle et/ou industrielle, tels que marques, dessins et modèle et brevets que de biens informationnels et techniques (compositions organiques, codes source, listing clients, taux de remise commerciale ...), une telle entité est très diffuse et n'a de valeur que pour celui qui a en l'usage pour ses besoins propres.

Cette nouvelle universalité, si tant est que le patrimoine informationnel soit reconnu comme telle, pourrait donc être assimilée à un bien meuble incorporel, à l'instar du fonds de commerce, mais serait essentiellement composée de secrets d'affaires, pris dans un sens large.

Si les auteurs se mettent d'accord pour lui reconnaître une valeur économique, il reste que le droit se refuse obstinément à qualifier les biens informationnels. Tout au plus, l'information serait-elle pour certains une simple chose, ou *res nullius*[7]. Autrement dit, l'information en tant que telle n'est pas juridiquement un bien, dans la mesure où elle ne serait qu'une « *notion aux contours imprécis dont la nature est incertaine.* »[8]

Or, appréciée en regard de la pratique des affaires, la valeur financière d'une entreprise, prise dans sa globalité et non seulement au niveau qu'un bien isolément, peut aujourd'hui se baser non seulement sur ses stocks et son matériel d'exploitation selon la conception classique mais

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

de plus en plus en considération de ses actifs immatériels que sont justement les informations essentielles protégées liées à son secteur d'activité, au développement de sa R&D non brevetable, à son fichier clientèle ou fournisseurs, à sa connaissance de données stratégiques ... Or, ces biens sont difficilement quantifiables dès lors qu'il sont souvent couverts par la confidentialité et ne reflètent parfois qu'un hypothétique potentiel. Cependant, un tel patrimoine informationnel est toujours déterminant dans la mesure où il est censé conférer à son titulaire un avantage substantiel et parfois décisif sur ses concurrents, dans un contexte de compétition économique acharnée. Notre volonté est donc de donner corps à cette masse de biens.

Quel droit de propriété pour le patrimoine informationnel ?

Poser la question, revient *in fine* à s'interroger quant à savoir qui est le légitime propriétaire du patrimoine informationnel en regard de l'appropriation par d'autres ? En d'autres termes, s'agissant de secrets d'affaires, doit-on parler de propriété, de possession, ou de titularité pour son créateur ?

En matière de brevets d'invention, la loi a clairement tranché en faveur de l'entreprise, dans la mesure où, aux termes de l'article L. 611-7 du Code de la Propriété Intellectuelle, il est stipulé que les inventions faites par le salarié dans l'exécution, soit d'un contrat de travail incluant une mission inventive, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur. Dans l'hypothèse où l'invention est réalisée par le salarié en dehors de toute mission contractuellement prévue, à condition que le résultat soit rattachable au domaine des activités de l'entreprise, ou qu'il ait été obtenu par l'acquisition de techniques ou de moyens de l'entreprise, l'employeur conserve le droit de se faire reconnaître la propriété de tout ou partie des droits attachés à l'innovation de son salarié, moyennant un « juste prix ».

En outre, ce même article prévoit que le salarié doit impérativement informer son employeur de cette création et s'abstenir de toute divulgation de nature à compromettre en tout ou partie l'exercice des droits qui en découlent.

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

En matière de droit d'auteur, la réponse est plus nuancée. En application de l'article L. 113-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». En conséquence, selon les principes généraux qui régissent le droit d'auteur, tous les droits qui découlent d'une œuvre de l'esprit appartiennent à son géniteur, en l'occurrence l'employé (repris par l'article L. 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle). Cela est valable et transposable à toute innovation, process ou information générée par un salarié au profit de l'entreprise, à l'opposé du *copyright* de droit anglo-saxon qui privilégie « l'investisseur ». Ainsi, pour pouvoir exploiter un tel droit, la société doit-elle procéder à son acquisition auprès de son employé, la rémunération prévue par le contrat de travail ne suffisant pas à éluder cette difficulté.

Cela étant, la loi prévoit une dérogation relative aux logiciels réalisés par les salariés, en considération de l'article L. 113-9 du Code de la Propriété Intellectuelle qui stipule que « sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ». L'auteur conserve néanmoins, dans tous les cas de figure, son droit moral sur l'œuvre. Signalons qu'en dépit de ce principe contraignant pour l'entreprise, les tribunaux ont adopté en l'espèce une appréciation économique pragmatique, attribuant généralement la paternité à l'employeur.

Enfin, s'agissant des bases de données, l'article L. 341-1 du Code de la Propriété Intellectuelle présume comme titulaire du droit celui qui « prend l'initiative et le risque des investissements correspondants », rejoignant en cela le principe du *copyright* ci-dessus.

A l'exclusion de ces droits privatifs, les secrets d'affaires peuvent également revêtir un aspect purement informationnel ou tout simplement un bien de toute nature non protégeable. Dès lors, en dehors de toute législation spécifique, peut-on parler de propriété sur ce bien informationnel ?

Si l'on se réfère au droit commun, en droit positif français, le droit de la propriété ne peut porter que sur des biens immobiliers. S'agissant d'un bien immatériel, doit-on le ranger dans la

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

catégorie des biens meubles ? Par conséquent, selon cette classification que nous retiendrons à défaut de toute autre, seul le principe de la possession trouverait à s'appliquer.

Assimilé à un bien meuble incorporel rappelons la règle de l'article 2279 alinéa 1^{er} du Code civil : « En fait de meubles, possession vaut titre ». Cela revient à consacrer comme légitime possesseur celui qui détient ce bien informationnel sauf que cette règle ne s'applique justement pas aux biens incorporels.

Il faut donc en conclure, qu'à défaut de protéger par tous moyens de fait, notamment par la confidentialité, ce patrimoine informationnel, le droit ne confère sur cet ensemble de biens immatériels aucun droit de propriété ou de possession. Cela revient à dire, qu'à l'instar de la clientèle, les biens informationnels n'appartiennent à personne, et donc à tout le monde.

C'est pourquoi, l'entreprise devra précisément veiller à assurer leur protection et empêcher leur divulgation. En effet, à défaut de droit de propriété, un salarié peut affirmer en être titulaire et en revendiquer la paternité. Le contrat de travail devra donc régir cette difficulté.

II - Le patrimoine informationnel, une notion encore informelle, néanmoins juridiquement identifiable

Pour l'heure, le patrimoine informationnel demeure donc une notion juridique essentiellement informelle, plutôt nébuleuse, à défaut de législation spécifique. Pour autant, cela ne signifie pas que le droit et la pratique juridique l'ignore et il serait faux de prétendre qu'aucun texte ne le prend en considération. En voici divers exemples transversaux.

En matière comptable et financière :

Outre le crédit d'impôt pour R&D qui permet de quantifier fiscalement l'ensemble des moyens incorporels nécessaires à la réalisation d'un objectif de création informationnelle, et donc de lui

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

donner corrélativement une valeur opposable fiscalement, les normes IFRS introduites en 2003 et étendues sur option aux PME depuis 2009, offrent la possibilité d'inscrire à l'actif du bilan les frais de développement de produits et services[9].

Un tel dispositif permet donc la reconnaissance *de facto*, par le droit comptable, de la valeur d'une partie de ce patrimoine informationnel.

En outre, toujours en application des normes comptables IFRS, le fonds de commerce peut désormais être réévalué annuellement, avec certaines précautions toutefois. Or, le fonds de commerce, pour revenir à cette notion, en comptabilité, connaît une distorsion par rapport à son périmètre juridique. La comptabilité ne retient en effet que la valeur immatérielle (nommée à tort « clientèle »). C'est donc la démonstration qu'il est désormais possible de valoriser financièrement ce seul patrimoine incorporel, d'ores et déjà pris en considération sous l'aspect purement comptable indépendamment des biens corporels.

Dans l'ordre juridique international, européen et national :

En matière de droit commercial, comme en matière de droit de la propriété intellectuelle, les instances internationales ont d'ores et déjà largement appréhendé une telle conception.

Ainsi, la propriété intellectuelle fut un des sujets abordés dans le cadre de l'Uruguay Round en 1986 au travers des échanges du GATT. A l'issue de ces négociations, il fut établi et ratifié un accord relatif aux Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce (ou « Traité ADPIC ») annexé à la Convention de Marrakech du 14 avril 1994 instituant l'OMC.

A cet égard, l'article 39.2 de l'accord ADPIC stipule que :

Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements :

(a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;

(b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et

(c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables compte tenu des circonstances destinées à les garder secrets.

Ainsi, l'OMC retient des renseignements secrets, commercialement valorisables, et protégés.

S'agissant d'une convention internationale, la question toutefois s'est posée de savoir si ces dispositions étaient transposables en droit français ; il semblerait que ce traité puisse effectivement être invoqué directement dans les états qui admettent la primauté des traités internationaux sur le droit interne, comme la France^[10]. Rares sont néanmoins les décisions de Justice visant le traité ADPIC^[11].

En matière commerciale, et plus particulièrement dans le cadre de la franchise dont le secret réside essentiellement dans la bible (ou autrement appelée « livre du savoir-faire » ou encore « charte-réseau ») remise au membre du réseau et consacrant l'ensemble des éléments de savoir-faire nécessaires à la mise en œuvre du commerce ou des services franchisés, le règlement d'exemption n°772/2004 du 27 avril 2004 est venu définir un tel patrimoine informationnel.

Reprenant les termes du règlement CEE n°4087/88 du 30 novembre 1988, ce savoir-faire, constitué par « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées* » pour être retenu en tant que secret d'affaires, doit répondre à trois critères cumulatifs :

- il doit être substantiel ;
- il doit être identifié ;

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

- il doit être secret.

Enfin, dans le droit positif français, la seule référence pouvant être mobilisée sur le sujet, relève du droit d'auteur appliqué à la base de données. Cette conception longtemps ignorée fut intégrée par la loi du 1^{er} juillet 1998.

L'article L. 112-3 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle la définit comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

Toutefois, la protection attachée à une telle construction est très délicate, s'agissant d'une matière très vivante. Cela étant, cette définition répond relativement bien à la construction du patrimoine informationnel, à défaut d'une autre.

Une Doctrine divisée sur le sujet

Dès 1996, un éminent chercheur qui fait autorité en la matière plaidait pour que soit institué « *un véritable secret d'entreprise pénalement sanctionné et s'appliquant à toute forme d'information confidentielle d'entreprise légitimement conservée secrète et quelle que soit la situation de la personne opérant sa divulgation frauduleuse.* »^[12]

Si son discours n'a malheureusement pas été entendu, notre propos ne diffère pas de cette prise de position derrière laquelle nous nous rangeons sans condition.

En 2000, un autre juriste soutenait une thèse pour le moins novatrice, abordant le concept de patrimoine informationnel dont l'expression n'était pourtant pas encore consacrée^[13]. Peu après, il réitérait et étudiait une telle construction juridique à la lueur du droit pénal^[14]. C'est ainsi qu'il retenait cette définition du patrimoine informationnel « *une valeur économique ou un intérêt stratégique, indépendamment du caractère protégeable ou non de ces informations*

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

par un droit de propriété intellectuelle. »[15].

Doutant néanmoins de la matérialité d'un tel bien, et de sa propriété à défaut de protection spécifique accordée par la loi, l'auteur conclue à l'inopportunité de créer juridiquement un patrimoine informationnel.

En 2007, le Club Informatique des Grandes Entreprises Française (CIGREF) publiait un livre blanc sur la protection du patrimoine informationnel des entreprises[16]. Il était notamment souligné, après avoir relevé que « *le droit n'avait pas encore appréhendé le concept dans toute sa nouveauté et sa plénitude* », que la confidentialité est une caractéristique très importante au niveau du patrimoine informationnel dans la mesure où elle revêt à la fois la notion de secret et de diffusion restreinte à un petit nombre de personnes.

Dans cette publication à destination des acteurs des TIC, le patrimoine informationnel est défini comme l'ensemble des données, protégées ou non, valorisables ou historiques, d'une personne physique ou morale.

Plus récemment, en 2009, un autre auteur revenait sur la notion en affirmant en premier lieu que « *le secret est d'abord et surtout un moyen de fait. Une entreprise se doit de protéger les informations en sa possession* »[17].

Conscient que le patrimoine informationnel ne saurait se limiter aux seuls droits de propriété intellectuelle Monsieur Francis HAGEL relève que si « *le brevet ne peut protéger que des inventions, le secret est applicable, si on se limite à la sphère de la technologie, à tout type d'information technique et commerciale ayant une valeur du fait qu'elle n'est pas accessible aux tiers – ce qui va bien au-delà des tours de main et secrets de fabrication correspondant à l'acceptation traditionnelle du terme « savoir-faire ». Il peut s'agir de concepts commerciaux ou techniques, d'informations « négatives » (...) de logiciels, en particulier de codes-source et de la documentation qui s'y rapporte, de dossiers de fabrication, de méthodes d'essais, de données d'essais de matériaux ou de produits (...) d'informations technico-commerciales concernant des fournisseurs ou des clients.* »

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

III – Pour une nécessaire reconnaissance pénale du patrimoine informationnel

Il demeure convenu que « *la notion de chose ou de bien est une représentation intellectuelle et (...) la qualité d'objet de droit peut être attribuée à un bien immatériel pourvu que ce bien soit considéré comme tel économiquement et qu'il soit digne de protection juridique* » [\[18\]](#).

Espérant avoir démontré ci-dessus que ce patrimoine informationnel avait une véritable valeur financière, comptable et/ou commerciale, nous devons donc lui offrir un cadre de protection juridique.

En effet, à ce stade, il convient en effet d'achever de se justifier et de tenter de répondre à cette dernière question : pourquoi vouloir faire reconnaître la qualification juridique du patrimoine informationnel ?

L'intérêt réside aujourd'hui essentiellement sur le fait, comme cela a été souligné plus haut, que la conception traditionnelle du patrimoine en droit français se heurte désormais à une notion de l'entreprise de nature anglo-saxonne libérale, née dans un cadre de globalisation des échanges et de dématérialisations des données. Cette guerre économique a fait naître des comportements sans vergogne, pouvant conduire jusqu'à l'espionnage industriel et/ou commercial. De nombreux cas ont d'ores et déjà été constatés sur le territoire français [\[19\]](#). Or, à l'exception des atteintes aux intérêts stratégiques de l'Etat, il n'existe pas ou peu de réglementation destinée à sécuriser un tel patrimoine incorporel dont les contours sont juridiquement mal définis.

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

La protection des secrets de fabrication :

A défaut de texte à portée générale visant la protection des secrets d'affaires, la victime commerciale devra recourir au droit commun et s'appuyer sur la qualification pénale classiquement retenue, telle que le vol (article 311-1 et suivants du Code pénal), l'abus de confiance[20] (article 314-1 et suivants du Code pénal – ce chef de poursuite est le plus courant dans le cadre d'une relation contractuelle), la violation des secrets de fabrication (article 131-26 du Code pénal et L 621-1 du Code de la propriété intellectuelle), la contrefaçon (article L 615-14, L716-9 du Code de la propriété intellectuelle), éventuellement l'escroquerie (article 313-1 du Code pénal) ... cette liste n'étant pas exhaustive.

S'agissant précisément des secrets de fabrication, l'article L. 621-1 du Code de la Propriété Industrielle, qui renvoie à l'article L. 1227-1 du Code du travail, stipule que :

« Le fait pour un directeur ou un salarié, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 €.

Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal. »

Cet article pose néanmoins trois conditions cumulatives :

- ce texte ne s'applique qu'à un secret de fabrication à l'exclusion de tout autre secret d'affaires ou information de toute espèce ;
- l'auteur de l'infraction doit impérativement être un salarié ou un ancien salarié[21] ;
- et que l'acte incriminé soit une divulgation ou une tentative de divulgation, ce qui exclut la simple possession.

Cet article ne donnant pas la définition du secret de fabrication, il convient de s'en remettre à la jurisprudence qui, dès 1935, a entendu ainsi qualifier « *tout procédé de fabrication, offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et gardé secret à l'égard de ses concurrents* »[22].

Compte tenu de ces conditions restrictives, un tel dispositif demeure délicat à mettre en

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

application.

La nécessaire reconnaissance du vol de données informationnelles

Dans le cas du vol, qui paraît être la qualification la plus appropriée, et qui se définit communément comme étant la *soustraction frauduleuse du bien d'autrui*^[23], il demeure néanmoins une ambiguïté d'application juridique. Qui dit patrimoine immatériel, ne signifie pas insaisissable. Or, le vol se traduit dans les faits par la disparition du bien dans le patrimoine de la victime, et son transfert avec apparition corrélative dans l'actif du voleur. D'aucuns estiment ainsi que le vol ne peut porter que sur des biens matériels à l'exclusion, par opposition, de tout bien immatériel.

Effectivement, s'agissant d'une copie numérique, réalisée sur une clef USB par exemple, le fichier d'origine demeure en possession de la victime. Il n'y a donc pas déplacement d'un patrimoine à l'autre.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris^[24] a, dans un premier temps, estimé de manière somme toute restrictive que : « *des transferts qui portent exclusivement sur des données immatérielles, quelle qu'en soit la valeur intellectuelle, ne sauraient entrer dans le champ d'application [du vol] qui exige que la soustraction frauduleuse porte sur une chose matérielle ou corporelle ; qu'il est, en outre, manifeste que ces opérations de copiage, n'ayant entraîné aucun transfert dans la possession des données informatiques, ne sauraient être à elles seules constitutives d'une soustraction* ». De même, la Cour d'appel de Grenoble a pour sa part jugé que « *le vol étant la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, celle-ci est nécessairement une chose matérielle susceptible d'appréhension par l'auteur du vol et le "vol d'information" ne peut être appréhendé par la loi pénale qu'à travers le vol de son support matériel* »^[25]

Il ressort donc de cette analyse que les tribunaux ont longtemps été hostiles à la reconnaissance judiciaire du vol de données informatique ou incorporelles à l'exception de curieuses conceptions et constructions juridiques autour du « vol d'usage »^[26] ou « vol de temps-machine »^[27].

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

Ainsi, pour la jurisprudence, la qualification de vol pouvait-elle être retenue s'agissant de biens immatériels et dont la victime en conserve la possession ?

En s'appuyant notamment sur la théorie désormais bien connue et développée à l'occasion du vol d'énergie[28], même si les juges du fond conservent toujours leur souveraineté dans l'appréciation des faits, il apparaît que la jurisprudence ait retenu ce chef de poursuite, ce qui n'était pas évident il y a encore quelques années comme vu ci-dessus. Ce revirement a été opéré en 2003, la Cour de cassation ayant reconnu la qualification de vol de données informatiques retenant que « *le fait d'avoir en sa possession, (...) après avoir démissionné de son emploi pour rejoindre une entreprise concurrente, le contenu informationnel d'une disquette support du logiciel [X], sans pouvoir justifier d'une autorisation de reproduction et d'usage du légitime propriétaire, qui au contraire soutient que ce programme source lui a été dérobé, caractérise suffisamment la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui et la volonté de s'approprier les informations gravées sur le support matériel* »[29]. Cette décision pour le moins novatrice, et qui était néanmoins souhaitable, demeure pour l'instant la position de la juridiction suprême, même si la doctrine ne semble pas s'être rangée uniformément derrière cette décision.

C'est pourquoi les juristes rejoignant l'affirmation de Monsieur Bertrand WARUSFEL, citée ci-avant, attendent désormais beaucoup de la proposition de loi de Bernard CARAYON, député, déposée le 17 juin 2009, relative à *la protection des informations économiques* visant à introduire dans le Code pénal « l'atteinte au secret d'une information à caractère économique protégée ».[30] En effet, une telle qualification pénale serait une évolution juridique notable.

Cosignée par plus de 120 députés, cette proposition, dans son exposé des motifs, part du constat lumineux que la « *globalisation de l'économie* » et sa dématérialisation, ont rendu « *plus diffus aujourd'hui ce qui constitue le patrimoine d'une entreprise. (...) Or, l'utilisation croissante et les rapides progrès de nouvelles technologies de l'information et de la communication fragilisent ce patrimoine (...) C'est pourquoi une protection juridique adaptée à ce patrimoine s'avère indispensable.* ».

Avec ce texte audacieux, le législateur se propose donc de punir d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende, au plus, le fait « *pour toute personne non autorisée par le détenteur*

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

ou par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, d'appréhender, de conserver, de reproduire ou de porter à la connaissance d'un tiers non autorisé une information à caractère économique protégée. »

Souhaitons toutefois que le législateur ne tarde pas à l'adopter, sans mettre autant de temps que pour la reconnaissance du fonds de commerce.

Bibliographie &

Références

- [1] Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 instaurant l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (EIRL).
- [2] Loi du 28 février 1872 sur les droits d'enregistrement fixant le tarif de « *la vente d'achalandage, la cession du droit au bail et des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds* ».
- [3] Req. 13 mars 1888, Cass. Civ. 31 octobre 1906.
- [4] Outre la loi du 17 mars 1909, depuis lors codifiée en 2000 mais toujours en vigueur, signalons la loi du 29 juin 1935, la loi du 17 juillet 1937, la loi du 20 mars 1956, la loi du 2 janvier 1970 et la loi du 9 juillet 1991.
- [5] Tels que par exemple : les process industriels, les essais, les sources commerciales, les recettes et compositions, les fichiers de fournisseurs, un mode opératoire fonctionnel ...
- [6] Lexique de termes juridiques, Dalloz
- [7] LUCAS de LEYSSAC M.-P., « Une information seul est-elle susceptible de vol ou d'une atteinte juridique aux biens ? », Dalloz, Chronique, 1985, p. 45
- [8] CATALA P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », Dalloz, Chronique, 1984, pp. 97 et suivantes.
- [9] Norme IAS 38
- [10] En application de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958
- [11] Par exemple TGI Paris, 29 avril 2009 (non publié)

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

- [12] WARUSFEL B. « Intelligence économique et sécurité de l'entreprise », Cahiers de la sécurité intérieure, n°24, 2^{ème} trimestre 1996, p. 60 – voir aussi : WARUSFEL B. « Intelligence économique et pratiques juridiques », Revue de l'Intelligence Economique, n°5, octobre 1999
- [13] DUPRE J. « Pour un droit de la sécurité économique de l'entreprise, de l'espionnage industriel à l'intelligence économique » Thèse, Nice, 2000
- [14] DUPRE J. « Espionnage économique et droit : l'inutile création d'un bien informationnel » juin 2001, lex-electronica.org
- [15] GALLOUX J.-C. « Ebauche d'une définition juridique de l'information », 1994, Dalloz chronique pp. 229-234
- [16] Protection du patrimoine informationnel, CIGREF, - FedISA, 2007
- [17] HAGEL F. « Secret et droits de propriété intellectuelle : un tour d'horizon », Revue Lamy de l'immatériel 10/2009, n°53
- [18] LUCAS de LEYSSAC M.-P., « Une information seul est-elle susceptible de vol ou d'une atteinte juridique aux biens ? », Dalloz, Chronique, 1985, p. 45
- [19] Affaire Valeo en 2005, Affaire Michelin en 2008, pour ne citer que les plus célèbres. Voir à cet égard : de MAISON ROUGE O. « L'affaire Michelin fera-t-elle jurisprudence en matière d'espionnage industriel ? », <http://www.ielovepme.com/strategie/428-laffaire-michelin-fera-t-elle-jurisprudence-en-matiere-despionnage-industriel-.html>, 5 mai 2010
- [20] Cass. Com. 14 juin 1983, Cass. Com. 30 janvier 2001
- [21] Ce qui exclut toute autre personne qui serait en possession d'un secret ou d'informations confidentielles divulguées par un ancien salarié.
- [22] Cass. Crim., 29 mars 1935
- [23] Tel que définit littéralement par l'article L 311-1 du Code pénal
- [24] CA Paris, 13e ch. A, 25 novembre 1992
- [25] CA Grenoble, 1e ch. corr., 4 mai 2000
- [26] Cass. Crim. 12 janvier 1989 : les prévenus ont été déclarés coupables du vol du support matériel (disquettes) pendant la durée de la reproduction de leur contenu informationnel
- [27] Dans lesquelles le vol était admis pour le laps de temps d'emprunt du support matériel du bien incorporel et nécessaire à sa reproduction : Cass. Crim. 8 janvier 1979 arrêt *Logabax*. Dans cette décision très commentée, il apparaît que le vol a été retenu dès lors que le prévenu n'avait

Pour citer cet article:

DE MAISON ROUGE O., *Le patrimoine informationnel: tentative de définition juridique*, Revue Internationale d'Intelligence Economique, Série Publications Numériques, revue-r2ie.com, décembre 2010.

« que la simple détention matérielle [des originaux], les avait appréhendés frauduleusement pendant le temps nécessaire à leur reproduction. »

[28] Cass. Crim., 12 décembre 1984

[29] Cass. Crim., 9 septembre 2003

[30] Proposition de loi n°1754