

Le droit au secours de l'intelligence économique

Thibault du Manoir de Juaye, avocat à la Cour*.

L'avenir des entreprises françaises repose sur leur capacité à se défendre et à rechercher des informations. Les juristes se doivent de mieux exploiter les ressources du droit français afin de les aider dans la démarche de sauvegarde de leur patrimoine incorporel.



Thibault du Manoir de Juaye

D'aucuns prétendent que l'intelligence économique est un vide juridique, un monde sans foi, ni loi, une sorte de Far West où les acteurs du monde de l'information économique sont des desperados amoraux qui ne reculent devant aucune duperie ou rouerie pour se renseigner. L'amalgame est fait entre le chasseur de primes qui déroule son affiche avec le fameux "WANTED" et le veilleur qui collecte des renseignements de manière légale sur une entreprise.

Rien n'est plus faux que cette vision romantique et romancée.

Mais si elle n'est pas un vide juridique, l'intelligence économique est un vide de juristes, tout au moins français.

En effet, si l'on regarde les avocats américains beaucoup sont des anciens des services spéciaux (OSS, CIA...), voire les ont dirigés. On peut imaginer que la fréquentation de tels services ait influencé leurs pratiques professionnelles.

En France, rien de comparable.

Et ce, alors que vaste est le domaine qui se trouve à la portée des juristes.

Ces lignes n'ont nullement la prétention d'être exhaustives puisqu'il aurait été possible de s'interroger par exemple sur l'impact des accords ADPIC en terme d'intelligence économique. Pour mémoire, les accords ADPIC sont le volet de propriété industrielle des accords sur l'orga-

nisation du commerce mondial.

De même, il eut été possible de se demander pourquoi les États-Unis ont poussé à l'adoption d'une réglementation sur la corruption alors que les entreprises américaines ont d'ores et déjà mis en place des systèmes permettant de contourner cette législation compte tenu du fait que les lois de leur pays leur interdisaient

S'interroger sur le moyen de protéger l'entreprise conduit naturellement à s'interroger sur ce qui fait sa richesse

depuis longtemps ces pratiques. Ils ont ainsi obtenu un avantage compétitif.

Plusieurs angles d'approches sont possibles et deux seront retenus.

- Le droit comme outil de protection du patrimoine incorporel de l'entreprise,
- Le droit comme outil de recherches d'informations.

LE DROIT COMME OUTIL DE PROTECTION DU PATRIMOINE INCORPOREL DE L'ENTREPRISE

Il n'y a pas d'ouvrages sérieux sur l'intelligence économique qui ne dévelop-

pent une partie importante consacrée à la défense de l'entreprise.

S'interroger sur le moyen de protéger l'entreprise conduit naturellement à s'interroger sur ce qui fait sa richesse.

Or, de plus en plus la valeur d'une entreprise ne dépend pas de ses actifs traditionnels, comme ses machines ou son immobilier, mais de son savoir-faire, de sa notoriété.

La société LOTUS a été ainsi rachetée récemment par IBM près de quinze fois sa valeur comptable, ce qui démontre qu'il existe bien des valeurs immatérielles. Un ouvrage récent "Le capital immatériel de l'entreprise" esquisse d'ailleurs des propositions pour évaluer ce capital.

Cela s'explique en partie par le fait que désormais, le commerce porte plus sur des services que sur des biens.

Dès lors, la valeur de l'entreprise résiderait dans la capacité des hommes qui travaillent pour elle, dans son organisation et dans son patrimoine incorporel.

La première démarche d'intelligence économique de défense - la contre intelligence d'après le néologisme formé sur l'expression américaine "counter intelligence" va donc être de sécuriser juridiquement le patrimoine de l'entreprise comme le soulignent justement Messieurs Besson et Possin, qui font autorité en la matière :

"Avant de bâtir une défense, l'entreprise doit utiliser toutes les possibilités offertes par le droit, pour mettre à l'abri son patrimoine intellectuel et industriel... une bonne maîtrise des possibilités offertes par la loi est un préalable indispensable à toute politique de défense. Contrairement à leurs concurrentes japonaises ou anglo-saxonnes, les entreprises françaises hésitent à recourir au brevet. Créatrices et innovantes, les entreprises françaises se protègent moins bien que leurs concurrentes. Les possibilités offertes par l'Institut national de la propriété industrielle ne sont pas utilisées à plein. Le dépôt de marque, le pli cacheté, l'enveloppe Soleau d'une efficacité plus réduite, sont toujours pratiqués".²

Or cette protection doit être doublée d'une sécurisation juridique au niveau des personnes qui composent l'entreprise, qui sont bien sûr les salariés, mais aussi les actionnaires dont les pouvoirs que leur confère la loi peut être une source, un vecteur de fuite de l'information. Nombres d'entreprises oublient de se prémunir. Il leur faudrait pourtant remodeler leurs statuts, les documents sociaux tels que le contrat de travail ou les conditions de vente et d'approvisionnement.

LE DROIT COMME OUTIL DE RECHERCHES D'INFORMATIONS

Le droit est un outil ignoré de quête de l'information, que ce soit sur le plan judiciaire ou même en utilisant des subterfuges contractuels.

Ainsi, le procès en France est régi par une règle fondamentale : le principe du contradictoire. Ce dernier repose sur l'article 16 du NCPC (Nouveau Code de Procédure Civile) avant que ses modalités ne se déclinent ensuite dans d'autres articles³. En application de cette disposition, un magistrat ne peut examiner une affaire, sauf à de rares exceptions, sans que chacune des parties n'ait communiqué à l'autre partie au procès les documents et les informations dont toutes deux entendent faire état, l'une pour assurer sa défense et l'autre pour appuyer ses demandes.

Partant de là, des acteurs du monde économique ont tenté d'utiliser ces dispositions légales dans l'optique de décrocher des informations sur leurs concurrents. La bénédiction de la justice n'endort-elle

pas la méfiance ?

Tout "l'art" consiste donc à amener l'adversaire à produire des informations qu'il a réussi, jusqu'à présent, à tenir confidentielles. L'exemple qui suit regroupe plusieurs décisions de jurisprudence. Plus que de longues explications, il va permettre de mieux comprendre une démarche d'intelligence économique par l'intermédiaire d'un procès.

La société A recherche des informations sur la société B, contenu de son fichier clientèle, savoir technique... Elle ne parvient pas à les obtenir mais veut néanmoins rester dans la légalité. Elle apprend alors que l'un de ses commerciaux vient d'être embauché par sa rivale. Compte tenu du fait qu'il n'existe pas de clause de non concurrence le liant à son ancienne société, le salarié commence à démarcher ses anciens clients.

Notre législation ne protège pas assez le secret des affaires : une réforme s'impose

La société A décide de profiter de cette opportunité et prend contact avec son conseil qui lui indique qu'un salarié demeure astreint à une obligation de loyauté et donc ne peut démarcher systématiquement ses anciens clients. Elle assigne alors la société B et son ancien salarié en concurrence déloyale et demande que les fichiers clientèle respectifs des deux sociétés, ou le procédé utilisé par son concurrent, soient examinés.

A ce moment-là, le tribunal désigne un expert qui examine les fichiers cités. Conformément au principe contradictoire, ce dernier transmet à chaque partie les documents en sa possession.

En définitive, la société A est condamnée au versement de dommages et intérêts pour procédure abusive. Il n'empêche que le montant qu'elle verse est inférieur au coût d'acquisition du fichier clientèle de son concurrent.

L'application de ce principe du contradictoire va se retrouver au niveau des expertises préventives dites 145, du numéro de l'article du Nouveau Code de

Procédure Civile des expertises de minorités, des saisies-contrefaçon.

Dans le domaine contractuel, les OPA amicales ou les tentatives de rachat sont souvent des prétextes pour obtenir, avec l'assentiment de la victime, des informations.

Un autre domaine contractuel, celui des recherches d'information dans les relations clients fournisseurs est en plein essor. En effet, nous allons quitter l'ère du zéro défaut pour aller vers le risque zéro.

C'est un avatar des crises (sang contaminé, vache folle...) et une conséquence de la récente loi sur la sécurité des produits. Les clients vont donc être conduits à analyser les méthodes de production de leurs fournisseurs pour éviter de voir leur responsabilité mise en jeu. Cette analyse pourra être une source de fuite d'information et une tentation pour les donneurs d'ordre de piller le savoir-faire de leurs fournisseurs.

L'examen du cadre légal de l'intelligence conduit à poser un constat et un souhait. Le constat : notre législation ne protège pas assez le secret des affaires et une réforme s'impose, soit en créant un droit à l'intimité de la vie privée des personnes morales qui seraient protégées pénalement et civilement, soit en élargissant la notion de secret de fabrication, - qui ne permet pas de protéger notamment les secrets commerciaux - aux différents secrets de l'entreprise.

Le souhait : les juristes n'ont pas assez pris conscience de l'importance de la recherche de l'information et il leur faut donc changer leurs pratiques quotidiennes. Mais, comme le soulignait Saint-Exupéry, nous ne travaillons pas pour nos enfants mais nos petits-enfants dès qu'il s'agit de changer les mentalités. On ne peut que donc souhaiter une accélération de la prise de conscience. ●

*auteur de "Intelligence économique : Utilisez toutes les ressources du droit" aux Editions d'Organisation, lauréat du prix ACRIE. www.France-lex.com

¹ Le capital immatériel de l'entreprise par Edvinsson et Malone, Editions MAXIMA Laurent Du mesnil.

² Du renseignement à l'intelligence économique. Dunod

³ Articles 11, 138 et suivants du NCPC.