

*Espionnage économique et droit : l'inutile  
création d'un bien informationnel*

Jérôme Dupré\*

Juin 2001

---

\* Juriste en contrats et nouvelles technologies ; Docteur en Droit

**Table des matières**

Introduction.....	1
I – L'information n'est pas un bien .....	1
A – L'information, une chose .....	1
B – L'information, un bien qui s'ignore .....	4
1) Le vol de l'information .....	4
2) Concurrence déloyale et appréhension illégitime de l'information .....	8
II – Vers la création d'un bien informationnel ? .....	11
A – La possibilité de créer un bien informationnel .....	11
B – L'inopportunité de créer un bien informationnel .....	16
Conclusion .....	18

## Introduction

« L'information seule, c'est-à-dire l'information envisagée indépendamment de son support matériel, est-elle un bien ? La question mériterait une thèse (...) » (1).

1. L'espionnage économique privé est le fait, pour une personne physique ou morale, de rechercher dans un but économique, pour soi ou pour autrui, de manière illégitime - c'est-à-dire le plus souvent à l'insu et contre le gré de son détenteur - des informations techniques ou de toute nature lorsque ces informations présentent une valeur, même potentielle, dont la divulgation serait de nature à nuire aux intérêts essentiels de ce dernier (2). Proche de l'espionnage, la pratique dite d'intelligence économique ou « renseignement économique ouvert », s'inscrit dans le contexte plus général de privatisation des activités de renseignement, mais alors que l'intelligence économique est supposée se distinguer de l'espionnage selon un critère de légalité, il apparaît à l'analyse que cette frontière n'est pas nettement tracée. Si l'espionnage économique est une forme d'atteinte à l'information que constitue le secret d'affaires, cette dernière notion - à la différence notable du droit américain - n'est pas définie uniformément en droit français (3). Surtout, le droit protège généralement contre la divulgation de l'information et non contre son appréhension, telle que celle qui serait le fait d'un espion économique sans lien juridique avec l'entreprise espionnée. Avant que ne germe une loi nouvelle relative à ces pratiques, il paraît utile de puiser aux sources du droit, et plus particulièrement à la catégorie du droit de propriété, droit objectivement opposable à tous, et notamment à l'espion. Mais il faut comprendre que le but de ce dernier n'est pas tant de commercialiser un savoir que d'y avoir accès. Alors que la captation illégitime d'informations est indépendante de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle qui ne sanctionne que son exploitation non strictement privée, la question de la reconnaissance d'une propriété *per se* de l'information détenue par une entreprise pourrait être envisagée au titre des solutions possibles. On rappellera alors que l'information n'est pas un « bien » au sens juridique du terme. Certes, la protection juridique de cette information peut être assurée par certains mécanismes tels que le vol d'information ou la concurrence déloyale (pour l'essentiel), mais cette protection ne consacre pas l'existence d'un droit de propriété *stricto sensu* (I). Envisagée par quelques auteurs, la solution consistant à reconnaître une véritable propriété de l'information paraît inopportune car elle n'offre qu'un intérêt pratique limité dans la perspective de la lutte contre l'espionnage économique (II).

### I – L'information n'est pas un bien

2. L'information n'est pas un bien au sens juridique du terme. Elle est au mieux une « chose » (A). Cependant, la protection de cette chose par le droit pénal du vol, ou encore par le droit de la concurrence déloyale, aboutit en pratique à reconnaître au détenteur légitime de l'information confidentielle économique certaines prérogatives qui aboutissent à « réserver » cette information (B).

#### A – L'information, une chose

3. L'information est « une notion aux contours imprécis dont la nature est incertaine » (4). En droit, elle est souvent envisagée à la fois comme objet d'un contrat (le contrat de conseil) et comme bien. C'est ce second aspect qui fait l'objet des présents développements. Selon la théorie mathématique de l'information, celle-ci a pour objet de réduire l'incertitude (5). Mais cette approche s'attache à la

(1) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *Dalloz*, chronique, 1985, p. 45.

(2) J. Dupré, *Pour un droit de la sécurité économique de l'entreprise, de l'espionnage industriel à l'intelligence économique*, thèse, Nice, 2000, introduction, p. VI.

(3) J. Dupré, « De l'espionnage industriel à l'intelligence économique : La recherche d'un critère juridique (comparatif franco-américain) », *De l'intelligence économique à la décision stratégique* (titre provisoire), à paraître aux éditions Ellipses.

(4) P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *Dalloz*, chronique, 1984, p. 97 ss. – Voir aussi l'article de J.-C. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *Dalloz*, chronique, 1994, pp. 229-234.

(5) G. Danjaume, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP*, doctrine, n° 3895, 1996, p. 6. - L'information se distinguerait de la donnée (qui a un caractère conventionnel et objectif) ou encore de

fonction de l'information plus qu'à sa définition propre. Pour M. Catala, «*tout message communicable à autrui par un moyen quelconque constitue une information*» (6). Une décision judiciaire définit opportunément l'information comme un «*élément de connaissance susceptible d'être présenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué*» (7). Il y aurait donc deux éléments caractérisant l'information : sa nature en tant qu'élément de connaissance et, d'autre part, sa forme permettant son transfert.

4. «*Qu'est ce donc que l'information ? Les dictionnaires disent que le verbe informer possède deux significations : donner forme, structure, signification d'une part; mettre au courant, faire part, instruire d'autre part. Sans doute n'y a-t-il là que les deux étapes d'une unique fonction, le transfert de connaissances*» (8). Une information est une connaissance communicable (9). Réfléchir à l'opportunité de la création d'un tel bien informationnel introduit la question suivante : comment l'information est actuellement appréhendée par le droit : l'information est-elle une chose, est-elle un bien ? Quelle est la distinction entre ces deux notions ? La propriété désigne le bien, le bien étant une chose appropriable (10). Elle est plus précisément «*la qualité personnelle permettant la jouissance des choses privative*» (11). De l'avis de beaucoup d'auteurs, les notions de choses et de biens diffèrent : «*le bien se différencierait de la chose dans la mesure où son appropriation rend possible sa circulation dans le commerce juridique*» (12). C'est une notion de droit. La chose est quant à elle une notion de fait. «*Pris dans son sens général, le mot chose permet de désigner toute entité, avant que, déclarée appropriable, elle ne soit, le cas échéant, qualifiable de bien*» (13). Le bien, pourrait-on formuler, est la chose saisie par le droit. Il faudrait donc relever l'erreur parfois commise par certains auteurs et consistant à assimiler la notion de chose et d'objet matériel (14). La chose, de même que le bien peut en effet avoir un caractère immatériel.

5. L'information est-elle un bien ? Selon M. Catala l'information est «*d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable, elle est ensuite communiquée à l'aide de signes choisis pour porter le message à autrui (...); elle est, indépendamment de son support matériel, un bien susceptible d'appropriation (...); elle est un produit et possède, quand le commerce n'en est pas*

---

la connaissance (création de sens). – Voir A. Mayere, *Pour une économie de l'information*, CNRS, 1990, pp. 19-57. – Voir aussi T. Ribault, *Formes et limites de la marchandisation de l'information. Pour une approche patrimoniale de l'économie de l'information*, thèse, Lille 1, 1991.

(6) P. Catala, «*Ébauche d'une théorie juridique de l'information*», art. préc., p. 98.

(7) CA Paris, 18 mai 1988, *Dalloz*, jurisprudence, 1990, p. 35, note G. Drouot.

(8) P. Catala, «*Ébauche d'une théorie juridique de l'information*», art. préc.

(9) «*Une information n'existe que si elle est exprimée dans une forme qui la rende communicable : la formulation est une condition nécessaire de sa réalité comme objet de droit*», P. Catala, «*La propriété de l'information*», *Mélanges Raynaud*, p. 101.

(10) Une chose est «*appropriable*» lorsqu'elle est susceptible de faire l'objet d'un droit de propriété (la captation matérielle d'une chose est son «*appréhension*»).

(11) F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, p. 403.

(12) F. Sirainen, «*L'appropriation de l'information, grandeur ou décadence de la propriété ?*», in *Immatériel, nouveaux concepts*, Economica, 2001, p. 127 ss. – F. Zenati et T. Revet n'écrivent pas autre chose : «*Au vrai, lorsque l'on décide de faire entrer une chose dans la catégorie juridique des biens, c'est parce que sa nature (au sens large, incluant l'activité sociale), y invite. Reste dès lors posée la seule question de savoir quelle forme emprunte la "convention" intronisant une nouvelle catégorie de bien. La loi n'apparaît une nécessité que sous l'influence d'une conception légaliste – encore dominante – des sources du droit. Dès lors qu'un objet apparaît utile et appropriable, qu'il entre peu ou prou dans le commerce, il devient objectivement un bien et devrait être considéré comme tel quoi qu'en dise – surtout, que n'en dise pas – la loi.*» (*Les biens*, PUF, Droit fondamental, 2<sup>ème</sup> édition, 1997, p. 22). – Au droit reconnaissant la valeur, il faut ajouter le droit «*faiseur de monopoles*», et par là même créateur de valeur...

(13) M. Bourgeois, «*La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude des droits québécois et français*», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1988/1, p. 129.

(14) B. Bouloc, *Revue juridique d'Île de France, revue trimestrielle des Barreaux*, n° 33/45, février-juin 1997, p. 209 : «*si on ne peut, d'après la Cour de Cassation, détenir que des choses, il me semble aussi qu'il faut les détenir pour pouvoir les remettre.*»

*interdit, une valeur marchande* » (15). L'information est de plus un bien pouvant être créé. Mais, en l'état, cette propriété proclamée n'est pas énoncée par le droit. L'économie détermine la valeur, que les juristes reconnaissent à condition que cette dernière soit légitime. « *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* » (16). Les hauts magistrats de la Cour de Cassation auraient réfléchi à la question du statut de l'information en tant que bien, avant de décider finalement qu'il était urgent d'attendre, préférant régler les situations au cas par cas. Tel est également l'avis de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, note M. Weniger, celle-ci réfutant - avec la notion de réservation - l'existence d'un droit privatif sur l'information à défaut de l'intervention d'une loi spéciale (17). Traditionnellement, en effet, on exige, pour consacrer l'existence d'un bien incorporel, une loi particulière qui le nomme et fixe son régime (18). Sans doute existe-t-il un phénomène de dématérialisation qui concerne les brevets, marques, dessins et modèles, droits d'obtentions végétales, droits d'auteur, titres de sociétés, créances, clientèles. Ce qui fait dire à un auteur familier du sujet que le « *bien informationnel n'est pas une chose nouvelle* » (19). Mais dans ces situations, le bien créé n'est pas tant l'information elle-même qu'un monopole lié à ces propriétés intellectuelles. Et le bien informationnel, c'est-à-dire la reconnaissance générale par le droit d'un statut protecteur à l'information en elle-même et pour elle-même, ne paraît pas exister (20).

6. Cependant, un auteur considère que « *la reconnaissance législative d'un droit exclusif, ou d'un droit sui generis, bref d'un droit de propriété intellectuelle n'apparaît plus comme le seul mode d'appropriation de l'information(...). C'est ce que l'on peut qualifier de pluralisme des manifestations de la propriété de l'information* » (21). Selon un brillant auteur, « *contrairement à la vision classique qui veut que seul le législateur puisse créer des droits de propriété sur les choses incorporelles, il semble que l'ordre juridique fournisse également les moyens d'organiser une appropriation d'une information non protégée par un droit exclusif, lorsque la valeur et l'utilité de cette information le justifient* » (22). Il ne faudrait cependant pas assimiler complètement propriété économique et propriété juridique. Certes, on peut poser que la loi doit évoluer. L'absence de reconnaissance du bien informationnel semble en effet en décalage avec l'économie. Notre économie devient de plus en plus une économie de l'immatériel alors que notre droit est encore largement un droit du matériel (23). Selon Marie Bourgeois, une conception plus économique de la propriété semble nécessaire. « *Sous la*

---

(15) P. Catala, « Les transformations du droit par l'informatique », *Émergence du droit de l'informatique*, Éditions des Parques, 1983, pp. 264 ss. – Voir aussi J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, pp. 277 ss. : la création et l'appropriation sont les deux principales sources de la propriété sur les biens.

(16) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule... », art. préc., p. 46. - Voir dans le même sens M. Vivant, « A propos des biens informationnels », JCP, I, 1984, 3132.

(17) O. Weniger, *La protection des secrets économiques et du savoir faire (know-how), étude comparative des droits allemands, français et suisse*, Thèse, Lausanne, 1020 Renens, Imprimerie des arts et métiers SA, 1994, p. 105.

(18) J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens*, PUF Thémis, 1998, pp. 77 ss.

(19) M. Vivant, « À propos des biens informationnels », art. préc.

(20) « *L'idée d'un droit sur les choses est celle d'une distinction d'une couche matérielle-objective fixe (le monde des choses) à laquelle se rapportent toute sorte de prétentions idéelles variables* » in J. CLAM, « Chose, échange, média, enquête sur les étapes d'une dématérialisation de la communication », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, « Le droit et l'immatériel », Sirey, 1999, p. 98.

(21) F. Siirainen, art. préc. – Voir aussi *L'appropriation de l'information, étude présentée par J.-P. Chamoux*, Litec, 1986. – F. Zenati n'avait-il pas écrit que « *ce qui rend techniquement propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses... Et de protéger cette relation* », in « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 316. - L'auteur dans sa thèse avait également souligné le polymorphisme de la propriété, notant que le contenu de la propriété varie en fonction du bien sur lequel il porte. La cause: la confusion du droit et de l'objet qui tend à occulter l'existence de cette relation fondamentale entre le sujet et l'objet. F. Zenati, thèse préc., p. 17.

(22) F. Siirainen, art. préc.

(23) B. Bressand, *La protection du secret de fabrique et l'espionnage industriel*, Paris-II, mémoire de DESS, 1996, p. 6.

pression des mutations socio-économiques, le droit de propriété est contraint de se transformer ou de dépérir » (24). La dématérialisation du droit trouve sa source dans la dématérialisation de l'objet même de l'activité humaine (25). En conséquence, le droit s'est « déréifié » (26), et le « critère des choses appropriables, c'est-à-dire les biens au sens juridique du terme, n'est plus leur nature mais leur valeur économique » (27).

## B – L'information, un bien qui s'ignore

7. La reconnaissance jurisprudentielle du vol de « choses » indique que leur détenteur a quelques droits privatifs sur ces choses, droits qui ne sont pas loin de ressembler à de la propriété... De même, le droit de la concurrence déloyale reconnaît à l'information une protection en l'absence de tout droit de propriété intellectuelle dès lors que l'appropriation de cette information est déloyale. On parle alors d'information « réservée »...

### 1) Le vol de l'information

8. Le vol, « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » (art 311-1 du Nouveau Code Pénal), implique que l'on reconnaisse à l'information ce caractère de chose appropriable. La réflexion des tribunaux relative au vol d'information semble avoir été initiée par un arrêt du 26 mai 1978 rendu par le tribunal correctionnel de Montbéliard qui avait condamné pour vol un ancien salarié de *Peugeot* qui s'était introduit dans les lieux de la société pour copier des logiciels appartenant à cette dernière. « Les juges écartent explicitement la contrefaçon et envisagent la reproduction comme une soustraction. L'intention coupable réside dans la volonté de l'employé de s'approprier des logiciels puisque ce dernier avait apporté sa propre disquette » (28).

9. L'arrêt « *Logabax* » du 8 janvier 1979 est plus connu. Dans cette espèce, un salarié, qui, au moyen de ses fonctions, avait la possibilité de manier et de photocopier les documents de l'entreprise au sein de cette dernière, avait été déclaré voleur suite à la reproduction d'un plan de restructuration (29). Le vol était fondé, non pas sur les photocopies prises mais sur le fait d'avoir photocopié l'original du document que le salarié s'était approprié le temps de l'opération. La Cour retenait en effet dans cet arrêt de cassation « qu'en prenant des photocopies des documents en cause, à des fins personnelles à l'insu et contre le gré du propriétaire de ces documents, le prévenu, qui n'en avait que la simple détention matérielle, les avait appréhendés frauduleusement pendant le temps nécessaire à leur reproduction » (30).

10. Le principe de la matérialité sortait indemne de cette jurisprudence, mais l'artifice était flagrant, l'original ayant été déclaré volé alors que celui-ci n'avait pas été sorti de l'entreprise où le salarié avait d'ailleurs d'une façon générale toute latitude pour procéder à des photocopies. Selon Mme Lucas de Leyssac (31), il s'agissait là de l'addition de deux constructions jurisprudentielles : le vol d'usage et la

(24) M. Bourgeois, art. préc., p. 130.

(25) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule... », art. préc., p. 4.

(26) M. Bourgeois, art. préc., pp. 130-131.

(27) *Ibid.* – À la vérité, on peut se demander si, dès l'origine, le critère de la chose appropriable a un quelconque lien avec sa nature. La propriété est une fiction du droit. La nature de la chose ne caractérise que sa détention matérielle.

(28) E. Daragon, « Étude sur le statut juridique de l'information », *Dalloz*, chronique, 1998, p. 67. – Voir aussi *Informatique et droit pénal, Travaux de l'institut des sciences criminelles de Poitiers*, Cujas, 1983, pp. 27-28.

(29) Il avait été en effet précisé que le document ne devait pas sortir de l'entreprise.

(30) *Cass. Crim.* 8 janvier 1979, *Dalloz*, informations rapides, 1979, 182, observations G. Roujou de Boubée (l'auteur se demande si, en présence d'un contrat de travail, on doit ou non retenir l'abus de confiance) et jurisprudence p. 509 observations P. Corlay - V. aussi *Revue des sciences criminelles*, 1979, p. 571, observations P. BOUZAT qui (p. 507) reprend à son compte l'idée de P. Chavanne, d'introduire en droit français le délit de détournement à l'instar des CP suisse (art. 141), allemand (art. 242), belge (art. 508), italien (art. 646), danois (art. 277).

(31) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule... », art. préc., p. 47.

soustraction juridique (32), lesquels permettent de caractériser l'élément matériel de l'infraction. Avec le vol d'usage «*la soustraction peut se réaliser, d'une part, par simple usurpation d'une prérogative du droit de propriété (la possession, fut-elle temporaire) et d'autre part, sans déplacement matériel de la chose d'un patrimoine dans un autre*» (33). La soustraction juridique vient quant à elle sanctionner des comportements de détournement (34). «*Il n'y a pas abus de confiance notamment parce que dans le cas de soustractions dites juridiques, le vol se commet par interversion de possession*» (35). Qu'est ce que l'interversion de possession sinon un détournement ? Ce détournement est caractérisé par le fait, pour celui qui détenait un bien, d'en avoir usé d'une manière qui n'était pas conforme à une relation de confiance ou aux usages, avec la volonté de se comporter à l'égard de ce bien en propriétaire. Selon l'auteur, l'utilisation de ces deux créations prétoriennes a permis la concomitance entre élément matériel et élément intentionnel. Cette concomitance était nécessaire car en matière de vol, traditionnellement, on exigeait le déplacement de la chose (emmener chez soi le document par exemple) caractérisant le passage illégitime de la simple détention à la possession (36). Or, la difficulté dans la présente espèce résultait de la possibilité de photocopier le document alors que l'original n'avait pas quitté l'enceinte de l'entreprise. On aurait ici résolu le problème en considérant que la reproduction d'un document consistait en un déplacement de l'information contenue dans ce document. Dans cette espèce, c'est donc le seul fait de photocopier qui aurait constitué la soustraction. «*Si donc le fait de photocopier a pu être assimilé à une soustraction, c'est à raison de l'absorption d'information qu'emporte la photocopie et c'est bien par suite la soustraction d'information qui a fait la soustraction du document*» (37). Cette jurisprudence fut confirmée en 1986 (38) : la Chambre Criminelle retint le vol dans une espèce où un employé d'une société avait fait une reproduction de plans de matériaux fabriqués par l'entreprise. Ici aussi, le dol était constitué par la volonté de s'approprier les documents soustraits pendant le temps de leur reproduction (39).

11. La jurisprudence «Bourquin», quelques années plus tard, vient relancer le débat dans un arrêt de confirmation en date du 12 janvier 1989 (40). Le vol consistait ici dans le fait pour deux salariés d'avoir emmené chez eux soixante-dix disquettes aux fins de reproduction et, les ayant rapportées dans l'entreprise, de copier quarante-sept d'entre elles sur le lieu de travail. Les deux prévenus furent déclarés coupables d'une part, du vol de soixante-dix disquettes, et d'autre part, de celui du contenu informationnel de quarante-sept de ces disquettes durant le temps nécessaire à la reproduction, le tout au préjudice de la société qui en était propriétaire (41). Par rapport à la situation antérieure, l'arrêt Bourquin apporte deux éléments nouveaux. Selon Madame Lucas de Leyssac l'innovation qu'opère

---

(32) *Crim.* 19 février 1959, *Bulletin criminel*, 1959, n° 123. Cette jurisprudence avait consacré le vol d'usage d'un véhicule en sanctionnant l'appréhension de la chose d'autrui dans des circonstances telles qu'elles révèlent l'intention de se comporter même momentanément, en propriétaire. Cette solution a mis fin à la «trouville» hasardeuse précédemment utilisée et qui consistait à se fonder sur le vol d'essence et de gomme pneumatique. Voir également *Revue des sciences criminelles*, 1964, p. 142 observations P. Bouzat. L'innovation, même ici, n'était pas totale : un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 16 novembre 1912 (*Dalloz*, jurisprudence, 1913, 240) avait déjà condamné pour vol une personne qui s'était temporairement emparée d'ornements dans un musée afin d'effectuer des moulages.

(33) M.-P. Lucas de Leyssac, «L'arrêt Bourquin, Une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons», *Revue des sciences criminelles*, juillet-septembre 1990, p. 513.

(34) M.-P. Lucas de Leyssac, «L'arrêt Bourquin, une double révolution...», art. préc., p. 512. - Ainsi, a-t-on considéré comme vol le fait pour une concubine de refuser de restituer et de continuer d'user de meubles apportés par son concubin.

(35) *Ibid.*

(36) R. Vouin, «Le recel et la détention de la chose», *Dalloz*, chronique, 1972, p. 281.

(37) M.-P. Lucas de Leyssac, «Une information seule...», art. préc., p. 48.

(38) *Cass. Crim.* 29 avril 1986 «Herbreteau», *Bulletin criminel*, 1986, n° 148 ; *JCP*, II, 1987, 20788, note H. Croze ; *Dalloz*, jurisprudence, 1987, p. 131 ss., note M.-P. Lucas de Leyssac.

(39) E. Daragon, art. préc., p. 68.

(40) *Cass. Crim.* 12 janvier 1989, *Bulletin criminel*, 1989, n° 14. Voir aussi M.-P. Lucas de Leyssac, «L'arrêt Bourquin, une double révolution...», art. préc., pp. 507-520.

(41) Comme le remarque F. Debove («Information mal acquise ne profite jamais», *Droit pénal*, chronique, octobre 1999, p. 5), il est incohérent d'admettre l'idée d'un vol de contenu informationnel pendant le temps de la reproduction, car soit les informations sont définitivement volées, soit il ne s'agit que d'un vol de support, qui est lui, temporaire.

l'arrêt Bourquin est évidente : le vol peut être celui d'une information seule. L'arrêt ne fait-il pas référence au vol de contenu informationnel ? En outre l'information seule deviendrait *de facto* un droit de propriété non reconnu le droit des propriétés incorporelles. Mais, selon l'auteur, la reconnaissance de cette propriété risquerait de mettre en péril l'ensemble des droits de propriété intellectuelle en incriminant des reproductions ne constituant pas des contrefaçons (42). Le risque est pourtant faible car l'intérêt majeur qu'il y a à reconnaître une propriété de l'information n'est pas d'empêcher son exploitation commerciale – qui demeure notamment soumise au droit de propriété intellectuelle ou au régime juridique du parasitisme (43) – mais d'interdire le seul accès illégitime à celle-ci.

12. La jurisprudence Bourquin sera confirmée par l'arrêt "Antoniolli" du 1<sup>er</sup> mars 1989 (44). Dans cette espèce voisine, l'auteur détenait « *du fait de ses activités professionnelles au sein de l'entreprise, des documents comptables qu'il (avait) utilisés pour établir des tableaux graphiques qu'il (avait) ensuite sciemment communiqués à un tiers, à l'insu de son employeur* » sachant que ce dernier envisageait de créer une société concurrente. Les hauts magistrats de la Chambre Criminelle ont considéré que la Cour d'Appel avait caractérisé les éléments constitutifs tant matériel qu'intentionnel de l'infraction. L'arrêt est cependant ambigu sur le point de savoir si c'est la soustraction de l'information seule ou celle de son support qui justifie le vol. « *La cour affirme néanmoins que les données comptables et commerciales figurant sur les documents constituent des biens incorporels qui se trouvent être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise* » (45).

13. Le 24 octobre 1990, il fut également jugé dans un arrêt de rejet, que se rendait coupable de vol un salarié qui, « *détenant matériellement des documents à son employeur, pren(ait) à des fins personnelles des photocopies de ces documents, sans l'autorisation de ce dernier* », documents de travail qui n'avaient, semble-t-il, rien de confidentiel et destinés à être produits dans une instance prud'homale ultérieure (46).

14. Le 3 mars 1992, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation retint encore le vol à l'encontre d'un aide comptable ayant les fonctions de délégué du personnel, qui ayant tiré une liste du personnel sur l'ordinateur d'une entreprise, avait utilisé le fichier informatique dont il n'avait que la simple détention à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré de son employeur. La Cour rappelle dans son premier attendu que la détention matérielle, non accompagnée de la remise de possession, n'est pas exclusive de l'appréhension qui caractérise l'un des éléments constitutifs du vol (47).

15. Il y eut aussi un arrêt (non publié) rendu par la Cour de Cassation en date du 14 janvier 1997 (48). La Cour d'Appel de Paris avait statué en date du 14 mars 1996 sur la soustraction frauduleuse d'un fichier client par un salarié ayant quitté la société. Une plainte pour vol et abus de confiance avait été déposée par la société. La chambre d'accusation confirma l'ordonnance de non-lieu et, selon les termes du pourvoi, estima qu'il n'y avait pas eu de soustraction frauduleuse au motif que le fichier client était implanté sur un serveur informatique qui en permettait l'accès aux salariés. Le 14 janvier 1997 le pourvoi fut déclaré irrecevable pour des motifs procéduraux. La société demanderesse *Cart'com* avait invoqué dans son pourvoi les termes mêmes même de la jurisprudence *Logabax* :

---

(42) M.-P. Lucas de Leyssac, « L'arrêt Bourquin, une double révolution... », art. préc., p. 507. – *Contra* : M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, 1996, p. 71 ss. Cette dernière estime qu'il ne s'agit là que d'un vol du support de l'information. Selon l'auteur, la Chambre Criminelle n'a jamais admis qu'on puisse voler un bien incorporel, « *sa position n'ayant été obscurcie que par ses interprètes* » (p. 72). - Dans le même sens voir J. Pradel et M. Danti Juan, *Droit pénal spécial*, éditions Cujas, 1995, p. 539 ss. Les auteurs jugent que seule une chose corporelle mobilière peut faire l'objet d'un vol. - M. Veron, *Droit pénal spécial*, Masson/Armand Colin, 6<sup>e</sup> édition, 1998, p. 184.

(43) Voir l'article de J. Passa, « La propriété de l'information », *Droit et patrimoine*, n° 91, mars 2001, pp. 64-72.

(44) Cass. Crim. 1 mars 1989, *Bulletin criminel*, 1989, n° 100. – Voir aussi Cass. Crim., 1er mars 1989, *Droit de l'informatique*, 1990, p. 38 ss., note J. Huet.

(45) O. Weniger, *op. cit.*, p. 104.

(46) Cass. Crim. 24 octobre 1990 « arrêt Rocher », *Bulletin criminel*, 1990, n° 355.

(47) Cass. Crim. 3 mars 1992, *Droit pénal*, novembre 1992, n° 254, p. 8. – *Revue des sciences criminelles*, 1993, 546, observations P. Bouzat.

(48) Arrêt SARL *Cart'com* contre François Brinon, 14 janvier 1997.



« La chambre d'accusation a statué par des motifs insuffisants en retenant, pour écarter la soustraction frauduleuse, que le fichier était implanté sur le serveur; qu'en effet dès lors que le salarié a détenu matériellement le fichier informatique appartenant à son employeur et a pris, contre le gré et à l'insu de celui-ci une copie du fichier clients, le salarié l'a appréhendé frauduleusement le temps nécessaire à sa reproduction ».

16. La question de la reconnaissance d'une propriété de l'information fut posée au propos du recel de cette dernière. Il fut ainsi jugé que se rendait coupable du délit de recel celui qui accueillait en connaissance de cause des renseignements communiqués sur un secret de fabrique et les avait mis en œuvre (49). Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 24 février 1988 (50) jugea également que les délits de vol et de recel de vol étaient réalisés par la copie de formules de fabrication de peintures confidentielles par un employé et par la détention de celles-ci par un tiers (51). Mme Lucas de Leyssac soutient pour sa part que le recel de l'information *elle-même* a été admis. Ainsi, selon l'auteur, dans l'arrêt *U.C.I.P* (52), « le recel a été retenu à l'encontre d'un salarié qui avait produit en justice la photocopie, qu'il n'avait pas lui-même prise d'un document dont l'original avait été préalablement été volé par un tiers demeuré inconnu. Le recel réside dans le fait de produire des photocopies d'un original volé. Seul l'original ayant une origine délictueuse, il y a donc un décalage entre l'objet volé et celui du recel. Cela s'explique par fait que c'est l'information seule qui est recelée... » (53). Comme le note M. Croze à propos d'un arrêt ayant reconnu le recel de vol d'informations confidentielles, on conçoit difficilement que le recel persiste après restitution du bien volé. Or, le receleur conserve l'information ou plus exactement sa copie. Par conséquent, « vol et recel n'ont plus le même objet », sauf à considérer que c'est l'information elle-même qui a été volée (54). Dans ce contexte jurisprudentiel, une nouvelle décision relança le débat sur le statut juridique de l'information. Il s'agissait en l'espèce de la reproduction partielle le 27 septembre 1989 de trois feuilles d'imposition de Jacques Calvet pour les années de 1986, 1987 et 1988 dans un hebdomadaire satirique paraissant le mercredi (55). Le président de PSA porta plainte contre le journaliste et le directeur de la publication. Le 3 avril 1995, la Cour de Cassation saisie par ce dernier rejeta le pourvoi, déclarant coupables le directeur et le journaliste, « non du recel de vol ou d'informations mais du seul recel de photocopies ». En effet, note la juridiction suprême, « les prévenus (...) n'ignoraient pas l'origine délictueuse des documents par eux publiés » (56). Faute d'avoir pu déterminer qui était l'auteur de l'infraction de violation de secret professionnel, on est fondé à penser qu'il s'agit bien d'un recel d'information... La Cour semble rompre avec la jurisprudence Bourquin (57) et déclare qu'une « information quelle qu'en soit la nature où l'origine échappe aux prévisions tant de l'article 460 que de l'article 321-1 du Code Pénal », incriminant le recel. C'est donc logiquement que l'information n'est pas une chose (58)... Aussi la Cour vise-t-elle bien l'article 321-1 du Nouveau Code Pénal, non en ce que cet article se rapporte à une « chose », mais au « produit » d'un crime ou d'un délit. Cette

(49) Cass. Crim. 7 novembre 1974, *Bulletin criminel*, 1974, n° 323.

(50) *Revue du Droit de la Propriété Industrielle*, 1988, p. 65.

(51) Voir également *Expertises des systèmes d'information*, mars 1997, n° 203.

(52) Cass. Crim. 12 janvier 1981, *Bulletin criminel*, 1981, n° 15.

(53) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule... », art. préc.

(54) Voir note H. Croze sous Cass. Crim. 29 avril 1986 « Herbreteau », préc.

(55) Calvet met un turbo dans son salaire, *le Canard enchaîné*, 27 septembre 1989.

(56) Cass. Crim. 3 avril 1995, *Bulletin criminel*, 1995, n° 142 ; *JCP*, II, 1995, 22429, note E. Derieux. L'auteur relève que la qualification de recel de vol était critiquable. L'article 460 du Code Pénal ne permettait pas de s'appliquer à l'information. L'article 321-1 du Nouveau Code Pénal, était quant à lui inapplicable en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi pénale. La qualification de violation de secret professionnel, délit principal, est plus grave, en raison du fait que cette violation est fonction de la qualité de la personne qui l'a commise, personne qui n'était pas identifiée en l'espèce. – Voir également *Revue des sciences criminelles*, 1995, p. 599, note J. Francillon, G. Cohen-Jonhatan et par ailleurs E. Dreyer, « Recel de violation de secret professionnel et garantie de la liberté d'expression », *Légipresse*, chronique, II, avril 1999, pp. 33-40.

(57) En ce sens A. Weber, « Vol et recel d'informations. Une décision : deux enterrements ? », *Expertises des systèmes d'information*, mai 1995, pp. 189-191.

(58) E. Daragon, art. préc., p. 68. – Art. 321-1 NCP : « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier par tout moyen, du produit du crime ou d'un délit. Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende. »

disposition prévoit en effet désormais que «constitue également un recel, le fait, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit», ce qui permet de faire jouer l'incrimination sans avoir à se poser la question de la qualification de l'information en tant que «chose». Le produit est ce que l'on tire d'une activité, soit une amélioration d'état, de situation qui résulte de cette dernière (59). Cela amoindrit la matérialité du recel, et permet facilement l'application de la notion à l'information (60).

17. De manière générale, la jurisprudence relative au vol d'information peut s'expliquer par le fait que «le chef d'entreprise exprime fréquemment une attitude de propriétaire à l'égard de ses secrets industriels et commerciaux, se sentant dépossédé en cas de violation. Il est alors tentant de faire jouer les incriminations de vol ou d'abus de confiance ; le langage commun ne parle-t-il pas de vol de secret» (61) ? Aussi a-t-on pu voir occasionnellement les tribunaux sanctionner le détournement de fichiers client, d'informations comptables, ou de plans tenus pour confidentiels sur le fondement des articles 379 et 408 du Code Pénal (62). «Mais la doctrine est venue replacer le débat non pas sur le terrain du vol d'information mais sur celui du vol d'usage du support d'information ce qui est moins novateur» (63). Ce qui constituerait réellement une innovation, serait la reconnaissance d'un vol de la seule substance de l'information, ce vol que l'on guette et qui ne vient pas... M. Deveze, raisonnait justement en écrivant que «sous réserve des difficultés de preuve, il n'est pas d'obstacle théorique majeur à l'admission du vol d'information à l'encontre de celui qui, au lieu de copier, lit le document et le grave dans sa mémoire» (64). Or, voilà qu'une telle option a été adoptée récemment la Cour d'appel de Limoges, qui a retenu le vol dans une espèce où une salariée avait recopié à la main des passages de documents auxquels elle avait eu accès dans le cadre de son activité professionnelle et qu'elle avait ensuite produit à une instance prud'homale (65). Cette décision est intéressante en ce qu'elle reconnaît la «substance» information en dehors de tout support. À ce titre, l'espionnage économique pratiqué par une entreprise à l'encontre d'une entreprise concurrente lorsque celles-ci n'entretiennent entre elles aucune relation juridique (notamment contractuelle) préalable, devrait être sanctionné. Mais, en ce domaine, la voie pénale paraît bien excessive...

## 2) Concurrence déloyale et appréhension illégitime de l'information

18. Le droit de la concurrence déloyale assure la «réservation» juridique d'informations secrètes en permettant de sanctionner leur appréhension délictueuse. Ainsi, la consécration d'une véritable propriété de l'information ne serait pas nécessaire pour assurer la protection des secrets d'affaires. Ce principe semble parfaitement affirmé par la jurisprudence. Néanmoins, certaines décisions – et certains auteurs – semblent aller, sans que l'on en comprenne bien les raisons, contre ce principe en exigeant comme condition de cette protection l'existence d'une originalité de l'information visée.

19. La jurisprudence relative à la concurrence déloyale admet le droit pour chaque entreprise de s'informer des initiatives et des innovations de ses concurrents, mais l'espionnage est prohibé (66).

---

(59) *Ibid.* – Voir *Cass. Crim.* 24 octobre 1979, *Dalloz*, jurisprudence, 1982, 430, note S. Durande, qui relève que la théorie du recel-profit résulte notamment de l'absence de définition légale de l'acte de recel. Le recel ne se confond en effet pas avec la détention de l'objet volé. En l'espèce, a été qualifié de recel le fait pour le prévenu d'avoir consommé des boissons alcoolisées qu'il savait provenir d'un vol.

(60) Ajoutons que le receleur doit avoir connaissance de l'origine délictueuse de la chose recelée. L'intention frauduleuse peut être concomitante à l'obtention matérielle de la chose mais aussi postérieure à cette dernière, dès lors que son détenteur en a appris l'origine frauduleuse.

(61) C. Van Den Busche, «La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires», *Petites affiches*, 10 et 13 novembre 1995 (ici, 1<sup>ère</sup> partie), p. 22.

(62) *Cass. Crim.* 4 janvier 1968, *Bulletin criminel*, 1968, n° 1 – *Cass. Crim.* 5 mars 1980, *Bulletin criminel*, 1980, n° 81.

(63) C. Van Den Bussche, art. préc. (1<sup>ère</sup> partie), p. 22. – Sur la question de l'application de l'abus de confiance à l'information, voir toutefois la jurisprudence récente *Cass. Crim.*, 14 novembre 2000, obs. Veron, *Droit pénal*, 2001, comm. n° 28. (réutilisation par une entreprise de vente par correspondance d'un numéro de carte bleue transmis précédemment par une cliente).

(64) J. Deveze, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, 1989, p. 34.

(65) Voir F. Debove, art. préc.

(66) Paris 28 mars 1978, *Annales de la propriété industrielle* 1979, p. 355.

L'existence d'un secret légal ou d'un contrat, assurant la protection du secret des affaires, peut empêcher la divulgation de l'information. De même, un droit de propriété intellectuelle peut en limiter l'usage non strictement privé. Quant à l'appréhension illégitime de l'information qui serait « protégée » par une propriété intellectuelle, sa sanction par le jeu de l'action en concurrence déloyale ne présente aucune difficulté, compte tenu de la facilité qu'il y aura, selon la jurisprudence, à caractériser la faute.

*« Mais une telle action pourra aussi apporter, de manière autonome, une protection palliative puisqu'elle permettra une sorte de réserve (67) de l'information confidentielle alors même que l'information ne fera l'objet d'aucune protection par un secret légal, par un droit de propriété intellectuelle ou par un contrat » (68).*

20. L'action en concurrence déloyale a en effet pour objet d'assurer notamment la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif. Tel est l'apport d'un arrêt très important de la Chambre Commerciale du 3 octobre 1978. Cette espèce concernait un entrepreneur de travaux publics qui avait mis en œuvre pour son propre compte des méthodes relatives à un procédé de construction portées à sa connaissance lors d'une négociation à laquelle il n'avait pas donné suite et pour lesquelles son inventeur n'avait pas encore obtenu la délivrance d'un brevet. Ledit brevet avait été finalement accordé postérieurement au détournement des informations. En appel (Paris, 19 novembre 1976), la société condamnée avait invoqué d'une part le fait que l'information n'était pas brevetée, et d'autre part que le procédé était dépourvu d'originalité. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi en motivant ainsi sa décision :

*« Mais attendu que l'action en concurrence déloyale ayant pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif, ce qui était la cas de Rousset dont le brevet n'a été délivré qu'ultérieurement, les juges du fond n'avaient pas à rechercher si le procédé dont il était l'auteur était ou non dépourvu d'originalité et tombé dans le domaine public ; qu'en énonçant qu'il résulte des documents versés aux débats, la preuve que Les Chantiers Modernes se sont, à l'occasion des pourparlers avec Rousset, emparés des indications techniques fournies par celui-ci, et ont sans autorisation abusivement mis en œuvre les méthodes ainsi venues à leur connaissance, la cour d'appel, (qui) a répondu aux conclusions alléguées (...) » (69).*

21. Cette solution, sans doute commandée par l'équité, a cependant posé de manière générale – la forme de l'attendu de principe ne permettant pas l'équivoque – un principe civil d'interdiction de l'appréhension illégitime de l'information. Une jurisprudence postérieure a d'ailleurs confirmé cette position. Ainsi, dans une espèce voisine, la Cour d'Appel de Rouen a jugé que :

*« En s'appropriant le fruit desdites recherches qui avaient nécessité la mise en œuvre de certaines techniques même si les éléments combinés n'étaient ni nouveaux ni originaux et en l'utilisant pour faire fabriquer par une autre société les réducteurs dont elle lui livrait les plans prêts à être exécutés, Jacotet a commis envers Minerva une faute délictuelle distincte des rapports contractuels existants entre eux et qui suffit à justifier le principe de la demande de*

---

(67) Sur l'ambiguïté de cette réserve, voir J.-M. Mousseron et M. Vivant, « Les mécanismes de réserve et leur dialectique: le "terrain" occupé par le droit », *JCP entreprises*, L'entreprise l'information et le droit, 1998, pp. 1-44 (spéc., pp. 2-4).

(68) J.-L. JUHAN, *Le cadre juridique de l'intelligence économique*, mémoire de DEA, Aix-Marseille, 1996, p. 68.

(69) *Cass. Com.* 3 octobre 1978, *Bulletin civil*, 1978, IV, n° 208. – *Dalloz*, jurisprudence, 1980, p. 55, note J. Schmidt-Szalewsky. – *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1979, p. 250, observations A. Chavanne et J. Azema. Ce « principe palliatif », réaffirmé en jurisprudence (voir notamment *Cass. Com.* 6 décembre 1984, *Bulletin civil*, 1984, IV, n° 335.), est la conséquence logique de la séparation entre responsabilité civile (ou concurrence déloyale) et contrefaçon. C'est la raison pour laquelle un cumul d'actions a souvent été envisagé par les plaideurs. Voir sur ce sujet : J.-M. Mousseron, « Responsabilité civile et droits intellectuels », in *Mélanges Albert Chavanne*, Litec, 1990, pp. 247-258. – « *L'utilisation d'une invention apprise indépendamment de son détenteur n'est pas critiquable. Ne l'est pas davantage celle d'une invention divulguée sans aucune mesure de sauvegarde du secret, le communicant abandonnant, alors, au communicataire l'accès industriel que seul interdisait le maintien du secret. Est en revanche fautive l'utilisation d'une invention apprise contre le gré de son détenteur par voie d'espionnage industriel par exemple* », J. Schmidt-Szalewsky, note précitée, p. 59.

*réparation du dommage causé » (70).*

22. Mais certaines décisions de jurisprudence et une partie de la doctrine semblent se refuser à tirer toutes conséquences de ce «principe palliatif », en rejetant l'idée d'une protection de l'information par la concurrence déloyale en l'absence de droit de propriété intellectuelle sur l'information appréhendée. Des décisions de jurisprudence et quelques auteurs en doctrine continuent en effet d'exiger de l'information protégée qu'elle remplisse des conditions posées par la seule propriété intellectuelle afin de caractériser la faute. Un arrêt de la chambre commerciale du 3 juin 1986 (71) a ainsi sanctionné « pour concurrence déloyale un fabricant qui, tout en ayant été choisi par une entreprise pour confectionner pour elle une gamme de robinetterie, selon un style dit 1900, avait réutilisé les plans lui ayant été transmis à cette fin par le donneur d'ordre et procédé à la fabrication de produits identiques destinés à être diffusés par une entreprise tierce ». Or les juges, pour caractériser la concurrence déloyale, se réfèrent à la «création propre et originale dont il avait été ainsi fait une copie servile» (72). Quelque temps auparavant, M. Lucas s'était demandé en quoi l'utilisation d'une information non protégée par la propriété intellectuelle pouvait constituer une faute.

Selon, l'auteur :

*« Tout effort intellectuel ne justifie pas une protection. La loi a organisé des droits privatifs et en a subordonné le bénéfice à certaines conditions : par exemple, la nouveauté, l'activité inventive et le caractère industriel en matière de brevet d'invention, l'originalité en matière de propriété littéraire et artistique. La création qui ne répond pas aux exigences légales est réputée appartenir au domaine public (sic), c'est-à-dire qu'elle est à la disposition de tous. Décider le contraire viendrait à retirer tout intérêt aux droits privatifs existants. À quoi bon solliciter le bénéfice d'un brevet d'invention ou du droit d'auteur, s'il est possible d'utiliser les ressources du droit commun pour interdire l'utilisation de sa création » (73).*

23. Cette exigence est incompréhensible. L'objet des droits de la propriété intellectuelle est de garantir contre l'utilisation d'une information divulguée et non contre la captation d'un secret opérant de ce seul fait un transfert de connaissances. Le droit de protéger ses secrets doit être indifférent à toute propriété intellectuelle.

24. Mme Lucas de Leyssac se réfère également au critère d'originalité, mais exige d'autres qualités de l'information à protéger. Ainsi, seule une information précise et originale et d'autre part, confidentielle ou exclusive pourra-t-elle, en cas d'appréhension frauduleuse, faire l'objet d'une atteinte aux biens (74). C'est méconnaître l'existence d'informations privées qui ne remplissent pas les critères de la propriété intellectuelle (à défaut de nouveauté ou d'originalité) et qui ne sont pas pour autant accessibles à tous. Ces informations-là peuvent être convoitées par les concurrents et obtenues par la voie de l'espionnage.

25. Si l'on recherche dans l'information une quelconque originalité, n'est-ce pas que l'on désire protéger autre chose que l'information elle-même, telle une œuvre de l'esprit, car sinon pourquoi

---

(70) CA Rouen, 13 janvier 1981, *Dalloz*, jurisprudence, 1983, 53, note A. Lucas, opposé à la reconnaissance de droits privatifs en dehors de la propriété intellectuelle. - Voir aussi J.-J. Burst, « La reconstitution des "monopoles" de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ? », *Mélanges Paul Mathély*, Litec, 1990, pp. 93-100. - Notons que d'une manière générale, la jurisprudence sanctionne de plus en plus systématiquement la rupture de pourparlers sur le fondement de la responsabilité délictuelle, cela au point que l'on est fondé à se demander s'il ne faut pas désormais rechercher l'existence d'un motif légitime à rompre les négociations... Voir sur ce point *Cass. Com.* 7 janvier 1997 (2 espèces), *Dalloz*, jurisprudence, 1998, p. 45 ss. note P. Chauvel.

(71) *Cass. Com.* 3 juin 1986, *Bulletin civil*, 1986, IV, n° 110.

(72) J.-L. Juhan, *op. cit.*, p. 70.

(73) CA Rouen 13 janvier 1981, *Dalloz*, jurisprudence, 1983, p. 53 note A. Lucas. - L'article suivant exprime sans ambages cette approche : X. Desjeux, « La réservation du *Know How* par le droit d'auteur », p. 97 ss., in *Le Know How, 5èmes rencontres de propriété industrielle*, Librairies techniques, Montpellier, 1975. - Voir aussi R. Fabre, *Le Know how, sa réservation en droit commun*, thèse, Litec, 1976, p. 112 s. - A. et H.-J. Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, n° 26, 33 et 114.

(74) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule... », art. préc., p. 44.

exiger de l'information une caractéristique qui n'entre en rien dans sa définition et qui est bien souvent indépendante de sa valeur. Raisonner ainsi, c'est confondre une condition d'originalité, qui est l'une des conditions de protection contre l'usurpation de l'information, et l'appréhension d'un secret. Le critère de la confidentialité posé par l'auteur est quant à lui digne d'intérêt (75).

26. Monsieur Fabre pose que la protection de l'information doit être légitime, critère plus cohérent : le titulaire de l'information devra prouver qu'il a élaboré cette dernière personnellement ou dans le cadre de son entreprise ou qu'il en a par contrat obtenu la communication ou l'autorisation d'en disposer (76). Comme le remarque avec beaucoup de pertinence Jean-Christophe Galloux, de façon courante, les parties aux contrats de recherche s'attribuent la propriété d'informations présentant « *une valeur économique ou un intérêt stratégique, indépendamment du caractère protégeable ou non de ces informations par un droit de propriété intellectuelle* » (77). Alors pourquoi refuser de protéger délictuellement l'information que l'on protège contractuellement ?

27. La reconnaissance d'un principe d'interdiction d'appréhension des informations secrètes d'un concurrent paraît d'autant plus utile que la capacité du droit de propriété intellectuelle à sanctionner les faits d'espionnage économique est doublement limitée. D'une part, ce droit ne s'attache pas à la notion de secret, mais protège seulement contre l'usage et non contre la captation de l'information. On ne peut que déplorer les confusions existantes entre concurrence déloyale et propriété intellectuelle. D'autre part et surtout, le droit de propriété intellectuelle ne permet pas de protéger tout type d'information présentant une valeur économique (78). Or, pour les secrets d'affaires, la condition d'originalité peut être difficile à caractériser. Là réside l'une des limites majeures de cette protection (79). Une méthode de gestion, par exemple, devrait pouvoir bénéficier d'une protection en cas d'appréhension illégitime si elle présente une valeur économique, de même qu'un fichier client. Quelle originalité y a-t-il dans ces deux exemples ?

28. Ce que révèle la jurisprudence, c'est que l'exigence parfois posée du caractère original de l'information à protéger est fonction de l'objectif de protection à atteindre qui est de caractériser une faute. Le refus de protéger l'information en dehors des cas où cette dernière bénéficie d'un régime de protection découlant du droit de la propriété intellectuelle méconnaît pourtant les principes de base de la responsabilité délictuelle. En effet, la faute ne suppose pas qu'il y ait nécessairement atteinte à un droit de propriété. Une information non divulguée qui ne répond pas aux critères du droit de la propriété intellectuelle n'est pas autant dans le domaine public. Elle est une information privée et en tant que telle, son appréhension par des méthodes déloyales est fautive.

## **II – Vers la création d'un bien informationnel ?**

Quelques auteurs se sont déclarés favorables à la reconnaissance d'un véritable « bien informationnel » (A). Si elle est théoriquement admissible, cette approche ne présente pas d'intérêt au regard du droit de l'espionnage économique (B).

### **A – La possibilité de créer un bien informationnel**

29. Beaucoup d'auteurs ayant réfléchi au statut de l'information se sont déclarés favorables à la création d'un bien informationnel. C'est le parti pris notamment par M. Crémieux qui formulait en 1977

---

(75) Selon Mme Lucas de Leyssac, la confidentialité peut résulter de la nature de l'information (on songe à une découverte dans un domaine déjà secret), de la volonté de l'homme (une nouvelle orientation de gestion présentée comme confidentielle par le président d'une société), ou encore des deux (numéro secret d'une carte de crédit). Pourtant, selon nous, il n'est pas d'informations secrètes par nature. Toutes le sont par la volonté de l'homme. Le secret est une rétention d'information dont l'essence même est la propagation.

(76) R. Fabre, thèse préc., p. 140.

(77) J.-C. Galloux, art. préc., p. 231.

(78) Décision Citröen contre l'Auto-journal. Voir sur ce point : A. Casalonga, « La protection du secret de fabrication dans le contexte de l'espionnage industriel », *Mélanges Bastian*, Paris, 1974, p. 209.

(79) Voir sur ce point F. Magnin, *Know how et propriété industrielle*, thèse, Dijon, Librairies techniques, 1974, pp. 166-174.

l'idée suivante : « On peut se demander s'il existe un véritable droit au secret d'entreprise. Il serait sans doute excessif de voir dans le secret un objet de propriété, car son détenteur n'a aucun monopole d'exploitation. Il n'est pas d'action en revendication du secret et, à la différence des inventions brevetées ou des marques déposées, les secrets d'affaires ne sont pas protégés par l'action en contrefaçon. Mais on peut parfaitement concevoir un droit intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel qui, tout en conférant à son titulaire les prérogatives essentielles de la propriété, ne pourrait être opposé qu'à certaines personnes (...) » (80).

30. Mme Lucas de Leyssac s'était engagée davantage (81). Selon l'auteur : « En matière de droit de propriété sur les informations seules, une intervention législative sera sans doute nécessaire, comme elle l'a été en matière de droit à la vie privée » (82). Mme Van Den Bussche souhaite également une telle évolution, considérant que cette reconnaissance existe déjà dans des domaines ponctuels. Ainsi l'interdiction de l'accès aux systèmes de traitements automatisés de données permet de sanctionner le vol d'information : « Jusqu'à l'adoption de la loi sur la fraude informatique deux types d'agissements restaient en dehors du champ de la répression : le vol de temps machine et le détournement d'informations sans support matériel. La difficulté résultait de l'immatérialité du temps et de l'information au regard de la notion de chose et de l'absence de dépossession du propriétaire » (83). On pourrait également évoquer le statut juridique des banques de données ou encore le régime applicable aux émissions sportives (84)...

31. Certains spécialistes de la propriété industrielle paraissent également favorables à une telle réglementation. M. Warusfel (85) souhaite ainsi instituer « 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. L'article 39 des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle dans l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce semble vouloir engager les Etats signataires dans un renforcement de la protection de ce type de secrets d'entreprise, à ceci près qu'il l'envisage dans le cadre général de la lutte contre la concurrence déloyale, sans préciser si cela doit se traduire uniquement au plan civil ou également par des dispositions pénales » (86). M. Gallochat évoque également les accords TRIPS et, notamment, l'article 39 de ces accords (87) placé sous le chapeau

---

(80) M. Crémieux, « Le secret des affaires », *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction de Y. Loussouarn, P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 481. L'auteur prolonge son raisonnement d'une manière qui semble trop timide : « (...) C'est ainsi qu'il existe un droit au secret à l'égard des membres de l'entreprise, tenus d'une obligation particulière de loyauté. Vis-à-vis des tiers, au contraire, la protection des secrets d'affaires n'est plus qu'indirecte. Elle est une conséquence de la répression pénale et des principes généraux de la responsabilité civile. »

(81) B. Bressand, *op. cit.*, p. 49.

(82) M.-P. Lucas de Leyssac, « L'arrêt Bourquin, Une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *Revue des sciences criminelles*, juillet-septembre 1990, p. 515.

(83) C. Van Den Bussche, art. préc. (2<sup>ème</sup> partie, p. 11). - Voir F. Chamoux in « La loi sur la fraude informatique : de nouvelles incriminations », *JCP*, I, 1988, 3321 et J. Deveze, in « Le vol de biens informatiques », *JCP*, I, 1985, 3210.

(84) Voir notamment J.-C. GALLOUX, « La loi du 6 mars 1998 relative à la sécurité et à la promotion d'activités sportives », *JCP*, doctrine, I, 142, p. 1085 ss. - N. MALLET-POUJOL, « La retransmission télévisuelle : entre monopole d'exploitation et pluralisme de l'information », *Dalloz*, chronique, 1996, pp. 103 ss.

(85) B. Warusfel, « Intelligence économique et sécurité de l'entreprise », *Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 24, 2<sup>ème</sup> trimestre 1996, p. 60.

(86) Accords de Marrakech, instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, signés à Marrakech le 15 avril 1994, annexe au n° 275, *Journal officiel*, 26 novembre 1995.

(87) a. L'article 39 de ces accords est ainsi rédigé :

« 1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10 bis de la Convention de Paris de 1967, les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.

2. 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 commerciaux honnêtes (cette expression

de la section 7 qui s'intitule «Protection des informations confidentielles » : « Il y a deux paragraphes qui nous intéressent particulièrement, c'est d'une part la possibilité pour le tiers, pour le titulaire, personne physique ou morale d'empêcher que ces informations ne soient divulguées, appropriées ou utilisées par tout tiers n'ayant pas obtenu son autorisation pour ce faire. Et nous voyons déjà apparaître l'une des sanctions possibles qu'il faut, je pense, défendre avec énormément de vigueur, c'est-à-dire la possibilité d'obtenir que le tiers qui s'est approprié d'une façon ou d'une autre, indûment en tout cas, les informations confidentielles, se voit signifier la cessation de toute utilisation future des informations qu'il s'est appropriées ; cet article prévoit par ailleurs que la notion d'information secrète couvre toute information d'intérêt d'ordre commercial et prévoit aussi que le titulaire se doit d'avoir pris un certain nombre de précautions raisonnables aux fins de maintenir le secret sur ces informations» (88). Il est à noter que ce texte réprime non seulement l'acquisition illégitime d'informations, mais encore leur utilisation future. La notion d'utilisation des données est difficile à cerner. La législation française ne semble pas connaître de restriction à l'usage strictement privé d'une information, sauf en ce qui concerne le secret de la défense nationale (89). Quant à l'usage qui n'est pas strictement privé, il sera autorisé pour autant qu'il ne porte pas atteinte à un droit de propriété intellectuelle et qu'il ne constitue pas un acte de concurrence déloyale. Si cet usage est abusif, il s'agira en effet d'une usurpation.

32. Les principaux obstacles à la reconnaissance d'un droit de propriété sur l'information sont souvent liés au caractère incorporel de la chose information. Il s'agit d'un faux débat. L'immatérialité n'est pas un obstacle à la propriété. « *Demolombe* (90), un des rares auteurs qui se soit intéressé aux rapports

---

*s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance, et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant), sous réserve que ces renseignements a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration exacte 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.*

3. *Lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger l'ordre public, ou à moins que ces mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce.»* Art 39 des accords TRIPS (terme anglais désignant les accords ADPIC de 1994 sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), négociés dans le cadre de l'OMC.

**b.** L'article 10 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1967) prévoit : «1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale. 2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale 3) Notamment devront être interdits : 1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent 2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent 3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises. » Source : publication OMPI n° 223(F), 1996, pp. 41 et 85. L'Expression «notamment » de l'alinéa 3 implique un caractère non limitatif de ces actes. On pense évidemment à l'espionnage économique.

(88) B. Warusfel, « Intelligence économique et sécurité de l'entreprise », art. préc., p. 61.

(89) Voir B. Warusfel, *Le secret de la défense nationale, protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société de l'information*, thèse, Paris, 1994.

(90) C. Demolombe, Code Napoléon, *Traité de la distinction des biens*, IX, n° 15-26, pp. 9-15. « D'une part, il peut arriver que la substance naturelle et physique d'une chose ait complètement péri, et que néanmoins la substance civile et juridique soit toujours demeurée la même. Et d'autre part, la

du bien avec son support physique, a montré (...) que l'essentiel est moins dans les données physiques que dans l'utilité économique et il est clair qu'un droit qui se refuserait à voir un bien dans une chose ayant une valeur économique incontestable serait en décalage total avec la réalité » (91). M. Alt-Maes envisage également la dissociation de l'information et de son support matériel (92) afin d'élargir le champ d'application des incriminations pénales comme le vol ou le recel. Comme la propriété se réduit à une abstraction, le clivage matériel et immatériel devient indifférent (93). Le seul droit devient l'équivalent du verbe créateur. Il change le plomb en or ou l'information en bien. Sans droit, point de propriété. Cette représentation permettra de générer «le bien » (94) qui entrera dans le patrimoine, autre fiction juridique (95). «*Ce qui rend techniquement propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses et de protéger cette relation* » (96). La propriété, c'est le droit ! Ce qui, rapporté à l'information, inspire à un auteur la réflexion suivante : «*La propriété, traduction juridique de l'avoir, conservera toujours son efficacité, la seule affirmation de ce droit engendrant le respect, comme si le mot était doté d'une sorte de pouvoir magique d'intimidation* » (97).

33. Les économistes reconnaissent à l'information une valeur indépendante de son support (98). Cette transformation - par l'économie - de la propriété gêne certains pénalistes (99). Mais ce n'est pas la première fois ! Ce débat a déjà eu lieu à propos du vol d'électricité : il a été soutenu que «*le caractère de chose appropriable ne dépend pas des qualités physiques de la chose et que l'électricité est richesse* » (100). Notons à ce propos que l'on a préféré constater l'appauvrissement de la

---

*substance juridique et civile pourrait avoir cessé d'être, tandis que la substance physique et naturelle de la chose continuerait toujours d'exister* » (n° 21).

(91) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule... », art. préc., p. 46.

(92) F. Alt-Maes, « Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1987, pp. 21-50, spéc. pp. 37-38. – E. Mackaay, « Les biens informationnels, le droit de suite dans les idées », in *L'appropriation de l'information, étude présentée par J.-P. Chamoux*, Litec, 1986, p. 39, pour qui «*l'information ne se confond pas avec son support. Pour contredire McLuhan, the medium is not the message* ».

(93) M. Bourgeois, art. préc., p. 131.

(94) Le terme même de bien suscite l'interrogation. La propriété est-elle une forme du bonheur ? Demolombe (précité) n'évade pas l'intéressante question. L'utilité est ce qui désigne le bien «*et c'est même de là que leur nom paraît être venu, du mot bonum, qui exprime l'idée de bonheur, de bien-être.* » L'auteur cite Ulpien : «*Bona ex eo dicuntur, quod beant, id est beatos faciunt; beare enim est prodesse.* » «*On les appelle biens en raison du fait qu'ils rendent heureux, c'est-à-dire qu'ils comblent de bonheur. C'est parce qu'ils sont utiles qu'ils rendent heureux.* »

(95) J.-J. Rousseau, dans le *Discours sur les fondements de l'inégalité* (1755) n'en montrait-il pas l'artifice en écrivant à propos de la propriété qui fonde la passage de l'état de nature à la société civile : «*Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire ceci est à moi et trouva des gens assez simples pour le croire fut le vrai fondateur de la société civile* », La Pléiade, p. 160. - Le droit consacre bien une situation de fait «*cette attraction du Droit par le Fait se manifeste nettement pour le droit de propriété. Le mode premier de réservation des biens n'est assurément pas juridique. - il est réel, matériel : c'est la maîtrise effective, plus ou moins violente. De ce modèle réel de réservation le droit de propriété s'inspire* » in J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, pp. 281-302. – Voir aussi J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 s. : l'enfouissement (du silex, du gibier...) précède la propriété c'est-à-dire la reconnaissance collective d'une attribution personnelle sur l'objet (hypothèse formulée par l'auteur).

(96) F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 305 ss.

(97) M. Bourgeois, art. préc., p. 138.

(98) Sur ce point, M. Plas, *Premiers éléments sur l'intelligence économique et l'économie de l'information*, Paris-I, mémoire de DEA, 1998, p. 65.

(99) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule... », art. préc., pp. 47 ss. – P. Sargos et M. Masse, « Le droit pénal spécial né de l'informatique », *Informatique et Droit Pénal*, travaux de l'Institut des Sciences Criminelles, Poitiers, Cujas, 1983, p. 26 ss.

(100) A. Vitu et R. Merle, *Traité de droit criminel*, t. 2, Paris, 1982, n° 2215-2217. Le raisonnement retenu par les tribunaux pour sanctionner ce vol est le suivant : «*L'électricité est richesse, elle est mesurable par des appareils adéquats. - Elle passe de la possession du fabricant en celle du client*



personne volée, plutôt que de se fonder sur l'appréhension matérielle de la chose. Cependant, la nécessité d'une sanction passe par une certaine matérialité. En matière de vol, il n'est pas d'agissement pénalement répréhensible sans atteinte matérielle. La justification du principe est généralement que si l'on admet des délits résultant d'une simple activité intellectuelle, on permet la répression des délits d'opinion ou de pensée.

34. Ce propos parfaitement raisonnable en précède un autre faussement présenté comme son corollaire : «*Dès lors que l'on exige de la soustraction qu'elle ait une certaine matérialité, on exige corrélativement, de l'information sur laquelle elle porte, qu'elle ait été enfermée dans un support quelconque, mais matériel*» (101). À la vérité, il apparaît que ce principe n'est pas appliqué de manière parfaitement rigoureuse car entre l'exigence du principe énoncé et la déduction qui en est faite, il existe un «saut» logique. Entre ces deux propositions, on passe en effet de l'exigence de la matérialité d'un fait à celle, plus stricte, de la matérialité du support de l'information. Ce n'est évidemment pas la même chose : l'on peut par exemple photographier secrètement des documents confidentiels. Le résultat de cette action équivaudra à une photocopie de documents (toujours sanctionnée artificiellement par le vol d'usage du support!). Or photographier un document sur un bureau – mais cela vaut aussi pour nombre de techniques modernes de captation de l'information – ne nécessite aucune appréhension physique dudit document et, pourtant, la captation aura bien été réalisée.

35. Un auteur a envisagé cette solution : «*Ne pourrait-on, abandonnant toute notion d'enlèvement matériel, aller jusqu'à considérer que la photographie sans autorisation d'un document contenant le know-how constitue également une soustraction?*» (102). La question de la captation de la parole a également été analysée, mais l'auteur continue d'exiger un support matériel de l'information. Selon Mme Lucas de Leyssac : «*Un détournement qui ne se commettrait que par le canal de la parole devrait nécessairement échapper à la loi pénale et (...) pareillement ne pourrait être inquiété celui qui par manœuvre obtiendrait livraison orale d'un bien information. En effet, dans les deux cas, l'agissement en cause se réduit au simple fait de parler. Or il n'est pas d'agissement pénalement répréhensible sans activité matérielle et l'activité est l'exécution physique d'un fait selon la formule de Garraud, ce qui n'est pas le cas si l'on se contente de parler*» (103). Parler n'est-il pas un fait ? C'est ignorer que le langage présente parfois un caractère performatif, crée des situations nouvelles, sauf à n'être que bavardage... L'écrit et l'oral n'ont pas, de longue tradition, la même valeur en droit français, mais un détournement objectif d'informations ayant une valeur économique et obtenues à l'aide d'artifices flagrants – qui eux sont des actes matériels – doit-il être impuni ? Cette perspective quoiqu'elle puisse apparaître originale aujourd'hui le sera-t-elle demain lorsque la frontière qui sépare l'oral de l'écrit sera presque totalement gommée par l'utilisation de nouvelles techniques (numériques par exemple) ? Doit-on admettre la possibilité d'enregistrer librement un individu à son insu, même si l'information dérobée ne concerne pas à proprement parler sa «vie privée» mais des secrets d'entreprise ? C'est bien plus le phénomène de communication, soit la transcription de l'information plutôt que son support, qui devrait être appréhendé par le droit. Mme Lucas de Leyssac se déclare favorable à la qualification de vol au cas où la captation aurait été réalisée par une transcription matérielle de l'information telle que note, enregistrement, ou photo (104). Régis Fabre traduit cette même idée lorsqu'il écrit, à propos de tentatives de débauchage de personnel non suivies d'effet mais ayant eu pour résultat la transmission d'un savoir-faire, que «*le mécanisme de responsabilité civile considère comme fautive toute appréhension illégitime du support ou de son contenu (...), ainsi la simple révélation faite de mémoire, sans que l'on ait à exiger la présence d'un élément matériel pour constater la transmission*» (105).

36. Mais un autre problème ne manquerait pas de surgir si l'on devait admettre plus largement le vol du bien informationnel. L'information, du fait de son ubiquité, peut en effet être seulement dupliquée

---

*par une transmission qu'on peut constater.* » Selon les auteurs, il s'agit là d'une simple interprétation téléologique du vol. Pourtant, le Code Pénal ne fait qu'*assimiler* l'appropriation d'électricité à un vol.

(101) M.-P. Lucas de Leyssac, « L'arrêt Bourquin, une double révolution... », art. préc., p. 510.

(102) F. Magnin, thèse précitée, p. 163.

(103) M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule... », art. préc., p. 51.

(104) *Ibid.*

(105) R. Fabre, thèse préc., p. 135. L'auteur, dans l'introduction de sa thèse (p. 13) exprime très nettement le caractère intellectuel et non matériel du savoir-faire (mais cela vaut aussi pour le secret d'affaires), lequel se distingue du procédé technique.

(copie frauduleuse du contenu informationnel d'une disquette), autrement dit, l'acte litigieux peut générer une perte d'exclusivité des données sans que le propriétaire en soit pour autant dépossédé, d'où la difficulté à retenir le vol. Pourtant, il résultera de la copie une perte de valeur économique, c'est-à-dire précisément ce que l'on souhaite préserver. En cette matière, l'idée de diminution patrimoniale est essentielle (106). Une dernière difficulté découle du caractère nécessairement secret de l'information, objet de propriété. À défaut de pouvoir établir l'existence de ce secret, la question de l'appréhension illégitime de l'information dévierait sur le terrain de la responsabilité. Il y a en effet, entre propriété et responsabilité un mouvement de balancier. Plus le caractère secret de l'information sera difficile à déterminer, plus il importera de mettre en évidence l'acte d'appréhension illégitime de cette information. Raisonner ainsi permettrait de sanctionner une captation d'informations dont la qualité de secret demeurerait discutable. Certaines méthodes d'acquisition d'informations doivent en effet être, par elles-mêmes, regardées comme illicites. Par ailleurs, la déloyauté des moyens mis en œuvre pour les obtenir n'induit-il pas l'existence d'un secret ?

## B – L'inopportunité de créer un bien informationnel

37. La propriété de l'information est certes concevable. Est-ce à dire qu'elle doit pour autant être défendue ? Considérer la valeur d'une chose ne signifie pas qu'une protection juridique lui soit attribuée en toute hypothèse. Si l'information privée d'une entreprise doit accéder au statut de bien, encore faut-il que l'Etat, grand régulateur, juge nécessaire sa protection. Et puis, on ne peut manquer de s'interroger sur l'intérêt de la reconnaissance de cette propriété informationnelle par rapport au mécanisme de la responsabilité. Selon un auteur, « *l'information protégée doit être légitime. Le secret des affaires est un intérêt légitime méritant d'être juridiquement protégé* » (107). D'où vient cette légitimité ? N'existe-t-il pas des secrets illégitimes ? M. Galloux pense « *qu'il ne saurait y avoir une corrélation parfaite entre les valeurs économiques et les biens qui en sont la traduction juridique* » (108). Cette corrélation implique l'existence d'un intérêt individuel mais aussi collectif, à réglementer.

38. D'un point de vue individuel, c'est là un fait couramment admis, cette légitimité – en matière d'information – n'est pas discutable lorsqu'elle résulte d'investissements coûteux mais l'on ne saurait dire si c'est parce que ce secret possède une valeur ou parce qu'il résulte d'un effort intellectuel. Cette légitimité est-elle présente lorsqu'il s'agit de protéger non plus des informations techniques ou scientifiques, mais des informations d'ordre financier ou commercial (109), ces informations privées qui expriment l'intimité de l'entreprise ? Dans cette seconde hypothèse, la réponse devrait être plus nuancée, compte tenu des principes de transparence qui peuvent, le cas échéant, justifier l'accès à certaines informations. C'est alors au cas par cas que la jurisprudence pourrait être amenée à se prononcer. En effet, la reconnaissance d'un droit privatif général sur les informations passe par la définition de l'objet d'un « *droit à savoir l'information* ». Une telle définition juridique fait actuellement défaut (110), particulièrement en ce qui concerne les informations à caractère commercial qui profitent également à la collectivité. D'un point de vue plus collectif, une reconnaissance de la propriété de l'information implique d'effectuer un savant dosage entre des intérêts qui peuvent être tout aussi légitimes. M. Galloux se déclare ainsi hostile à l'idée qu'une information utile ou présentant une

(106) M.-P. Lucas de Leysac, « L'arrêt Bourquin, une double révolution... », art. préc., p. 513.

(107) C. Van Den Bussche, art. préc. (2<sup>ème</sup> partie), p. 14.

(108) J.-C. Galloux, art. préc., p. 233.

(109) Qui peuvent tout aussi bien avoir un caractère technique et résulter d'un effort de recherche.

(110) J.-C. Galloux, art. préc., p. 229 et ss. – P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », art. préc., p. 103. - Voir cependant une décision CA Paris, 28 mars 1978 (*Annales de la propriété industrielle* 1979, p. 355) où les magistrats – après avoir refusé de considérer comme un acte de concurrence déloyale l'exploitation d'un objet non contrefaisant – notent que la condamnation serait envisageable « *si l'on pouvait relever en l'espèce des faits répréhensibles distincts de l'information elle-même. À ce sujet Johnson reproche précisément à Ciba-Geigy de s'être informée aux États-Unis fin décembre 1974 du nouveau conditionnement Glade dans le but de la devancer sur le marché français - mais un tel grief, bien que distinct de l'imitation elle-même, ne peut être retenu. Le fait d'avoir recherché et obtenu une telle information ne peut être imputé à Ciba-Geigy, alors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'elle ait obtenu cette information par des moyens détournés et qu'en outre la concurrence implique nécessairement le droit pour chaque concurrent de s'informer des initiatives et des innovations des autres concurrents.* »

certaine valeur soit un critère suffisant de son appropriation (111). Le droit d'exploitation d'un brevet, par exemple, n'est accordé que pour un temps limité, car la collectivité doit pouvoir bénéficier des inventions. Cette propriété, temporaire, ne saurait systématiquement constituer un frein au développement technologique. Ce compromis entre le droit d'exploitation des inventions qui permet de stimuler la créativité par le profit escompté et la diffusion du progrès au bénéfice de la collectivité constitue un sage équilibre qu'il ne faudrait pas rompre.

39. Mais à quoi bon reconnaître une propriété de l'information si ce n'est pour pouvoir en empêcher son appréhension? Et là, la querelle théorique retombe comme un soufflé... S'il est fait référence à la notion de bien par l'abus de confiance ou l'escroquerie, incriminations que l'on pourrait vouloir appliquer à l'appréhension induite de l'information, cette exigence est inexistante pour le vol, les dispositions pénales se contentant de l'exigence d'une « chose ». M. Vitu va plus loin et considère – contre la lettre des textes – que les infractions « relatives aux biens », telles l'abus de confiance et l'escroquerie, peuvent ainsi porter sur toute chose. Il en résulte que le texte peut viser toute chose pouvant donner lieu à soustraction (112).

40. Il semble que la distinction entre chose et bien, ne soit pas toujours réalisée par les pénalistes, qui envisagent l'appréhension de manière fonctionnelle, celle-ci étant sanctionnée en dehors de la reconnaissance d'une propriété au sens strict. Il n'y a pas d'obstacle majeur à la reconnaissance d'une propriété informationnelle. La raison du rejet d'une telle solution n'est pas une question de possibilité technique mais d'opportunité! Bien que séduisante intellectuellement, la propriété de l'information est tout simplement dangereuse, artificielle et inutile. Il paraît en effet dangereux, compte tenu de la rapidité de l'évolution des techniques liées à l'information et de leur application marchande, de créer des zones d'exclusivité dont les implications ne soient mûrement réfléchies. Selon Mme Bourgeois, il importe, avant de convenir de la nécessité d'une loi, « *dont on perçoit d'ailleurs bien le danger - celui de figer une matière en pleine évolution - d'explorer toutes les voies juridiques existantes* » (113). De plus très nombreuses sont les dispositions de droit pénal mettant en jeu le droit des biens, sans que ces mesures aient envisagé une telle assimilation ni les risques d'interprétation qu'elle comporterait inévitablement (114). Cette reconnaissance est artificielle si l'on songe qu'en matière d'information, la propriété n'a pas de sens. Si je communique l'information, comment puis-je la reprendre (115)? Cela met bien en évidence le fait que la seule protection possible de l'information est matérielle. C'est le secret! Et une partie de la doctrine juridique conçoit d'ailleurs le secret comme une exclusivité de fait (116). Mousseron et des auteurs de l'école de Montpellier ont ainsi rejeté l'idée d'un droit privatif sur l'information. C'est au contraire le comportement d'appréhension qui constituerait l'élément déterminant de la sanction. Cette théorie du comportement fautif se rattache à la violation du droit objectif. Il ne serait donc point nécessaire qu'il y ait atteinte à un droit subjectif protégé (117). En droit, la protection de l'information serait donc garantie à titre principal par le biais de l'action en concurrence déloyale (118)... La vérité est sans doute au milieu. Il est concevable d'articuler un droit subjectif à préserver les secrets que l'on possède, ou plutôt que l'on détient, avec la sanction du comportement objectif d'appréhension. L'espionnage économique est tout entier marqué par cette dualité, entre appréhension et secret, responsabilité et propriété, droit objectif et droit subjectif. La reconnaissance du bien informationnel est enfin inutile : quel peut être l'intérêt à consacrer un droit sur

(111) J.-C. Galloux, art. préc., p. 253.

(112) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, n° 2213.

(113) M. Bourgeois, art. préc., p. 128. – *adde* C. Atias, *Droit civil, les biens*, Litec 1999, n° 55 : « *L'attribution d'une chose, en propre à une personne, c'est la propriété. Elle seule supprime toute concurrence de principe sur la chose qui en est l'objet : c'est cette caractéristique qui la définit dans sa réalité profonde aussi bien qu'en technique juridique.* »

(114) Quant au seul droit civil, la création du statut de bien informationnel devrait-elle désormais envisager la simple "conversation" comme un contrat synallagmatique ayant pour objet le « bien » information ?

(115) « *Sans pouvoir reproduire exactement les attributs de la propriété corporelle, les propriétés incorporelles fondées sur un monopole d'exploitation lui empruntent son trait essentiel : l'opposabilité absolue.* » P. Catala, « La propriété de l'information », *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, PUF, Droit éthique société, 2000, p. 259.

(116) O. Weniger, *op. cit.*, pp. 35-38.

(117) *Ibid.*

(118) O. Weniger, *op. cit.*, p. 105.

l'information sinon celui de permettre une réparation en cas de vol ? (119). Ici encore, une difficulté vient de ce que la divulgation de l'information peut entraîner un préjudice nettement supérieur à la valeur de l'information elle-même. La propriété de l'information n'est-elle pas une nouvelle chimère, dans un pays où la propriété est conçue comme le paradigme de la réservation (120) ? Le défaut de reconnaissance d'un droit exclusif de propriété de l'information devrait avoir cette conséquence logique qu'un concurrent perdant par hasard ou par sa propre faute la maîtrise de son information doit en supporter les conséquences. *« Il ne mérite aucune protection s'il se laisse aller à faire des confidences à un ami ou s'il s'exprime à haute voix dans un restaurant et qu'une personne tire profit des renseignements entendus. De même, si une société met en vente un produit recelant le secret, les acheteurs sont libres de le mettre à jour. Ou si un directeur laisse un document confidentiel sur une table de conférence alors qu'il reçoit un concurrent, celui-ci pourra en prendre connaissance »* (121). Cela étant, rien n'empêcherait que soit seule sanctionnée une appréhension frauduleuse de l'information, car la faute n'est alors plus imputable au détenteur de l'information.

## Conclusion

41. Pour séduisante que soit la voie explorée – la propriété de l'information –, celle-ci s'avèrera cependant, en pratique, décevante. Et c'est vers d'autres pistes qu'il faudra se diriger pour trouver un fondement aux sanctions de ces formes d'atteinte au patrimoine informationnel de l'entreprise, en recrudescence. Diverses propositions, qui n'ont pas eu pour objet particulier de sanctionner l'espionnage économique, ont été avancées dans le sens d'une reconnaissance d'une protection de l'information non réservée par la propriété intellectuelle. Jacques Godfrain avait proposé l'établissement d'un système de « créations réservées », mais qui ne sanctionnait que l'usurpation et non l'appréhension déloyale des données (122). La proposition de Me Xavier Desjeux, mieux reçue par la doctrine, proposait également une limite à l'exploitation de l'information à d'autres fins que l'usage strictement privé. M. Lucas avait aussi suggéré d'appliquer à l'information la théorie de l'enrichissement sans cause (123), mais ce choix ne serait pas sans conséquences pratiques du point

(119) Il est vrai que l'atteinte au droit de propriété peut être interprétée largement. Le droit de jouissance est notamment réservé. Ainsi une décision de la première chambre civile du 10 mars 1999 réserve-t-elle l'image d'un bien immobilier au propriétaire en se fondant sur l'article 544 du Code Civil et affirme que *« le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien sous quelque forme que ce soit »*. Voir par exemple *Dalloz*, jurisprudence, p. 320 note E. Agostini ; *JCP*, II, 10078, note P.-Y. Gautier ; et la note de J. Ravanas, « L'image d'un bien saisie par le droit », *Dalloz*, chronique, 2000, pp. 19-22.

(120) *« Le droit de propriété, pour prendre celui qui à première vue semble résumer tous les autres »*. Cf. Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 375. – Voir aussi P. Roubier, « Les prérogatives juridiques », *Archives de philosophie du droit*, n° 5, 1960. Il est possible de rattacher le droit subjectif de l'entreprise à protéger ses secrets à ce que l'auteur nomme les droits d'entreprise et de clientèles. Ces droits, au nombre desquels on peut ranger bien des propriétés incorporelles *« ressemblent aux droits réels, en ce sens qu'ils sont opposables, non à une seule personne comme les droits de créance, mais à tout le monde. Ils en diffèrent en ce qu'ils ne s'établissent pas tant sur les biens, que sur des clientèles, c'est-à-dire sur un régime de valeurs ; ils se placent, non pas dans un cadre statique comme la propriété ou la créance, mais dans un cadre dynamique constitué par l'entreprise ou exploitation »*, p. 73. – *« L'avenir est au dépassement de la summa divisio entre droit des personnes et droit des biens. Il n'est pas besoin, par exemple, de forcer les catégories de personne ou de bien pour que deux personnes puissent valablement s'obliger à conserver le caractère secret d'un fait, pour qu'un traitement juridique approprié soit réservé à celui qui viole sa promesse ou recueille des informations sur autrui »*, D. Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, « Le droit et l'immatériel », Sirey, 1999, p. 77.

(121) O. Weniger, *op. cit.*, p. 112.

(122) P. Le Tourneau, « Concurrence parasitaire et agissements parasitaires », *Jurisclasseur*, concurrence consommation, fasc. 227, spéc. n° 141 s.

(123) A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, thèse, Librairies techniques, 1975, p. 266, § 411. Notons toutefois que l'auteur ne voyait dans cette théorie qu'un palliatif à l'insuffisante protection des créations industrielles pour lesquelles il envisageait un droit *sui generis* (p. 268 s.). - Voir aussi J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz*, chronique, n° 19, 2000, p. 305.

de vue de la réparation (124) si le dommage est considérablement plus important que le montant de la valeur de l'information dérobée et alors que la réparation consiste dans le versement de la moindre des deux sommes du montant de l'enrichissement du tiers et de son propre appauvrissement (125). L'espionnage économique peut se cantonner à la seule captation de l'information et à son usage strictement privé, dès lors qu'il éclaire un entrepreneur sur la stratégie d'un concurrent (126). L'idée d'une vie privée de l'entreprise germe parfois dans l'esprit des magistrats. Une jurisprudence ancienne de la Cour de Paris a ainsi jugé qu'il n'était pas nécessaire qu'un expert désigné par la justice détaille de façon précise les raisons donnant à des documents leur caractère secret «*alors qu'il apparaît constant qu'ils faisaient partie de l'âme de la maison et qu'ils constituaient des organes indispensables à sa vie et à sa sécurité*» (127), mais une telle solution dénature les catégories juridiques en offrant à l'entreprise un véritable droit de la personnalité. Il faudrait donc se diriger vers un fondement législatif spécifique adapté à la réalité de l'information confidentielle de l'entreprise, ce qui implique d'élargir l'assiette du secret des affaires à des éléments d'ordre plus subjectifs (le danger pour l'entreprise qui résulte de la perte de telle ou telle information), de sanctionner l'appréhension de l'information par toute personne, en particulier les espions, en situation de «tiers» par rapport à l'entreprise espionnée. Enfin, et c'est sans doute ce qui constitue le point le plus essentiel de l'inadaptation du droit actuellement applicable en matière d'espionnage économique, un mécanisme spécial de réparation et d'indemnisation devrait être envisagé (128).

---

(124) Cette action, en effet, conforte ou se substitue à une action en contrefaçon lorsqu'il s'agit de se défendre contre un agissement parasitaire résultant du détournement d'un élément non protégé par la propriété industrielle. – Voir aussi M.-P. Lucas de Leyssac, «Une information seule...», art. préc., p. 45. Selon l'auteur, l'enrichissement sans cause permet seulement d'accorder une indemnité à l'appauvri et ne permet pas l'interdiction des agissements incriminés, ce que permettent les articles 1382 et 1383 du Code Civil (à condition toutefois d'admettre clairement que n'importe quelle information est protégée au titre de la responsabilité civile délictuelle et non leurs seules œuvres protégeables au titre de la propriété intellectuelle).

(125) Voir F. Magnin, *op. cit.*, p. 200.

(126) En ce qui concerne l'usage public, le texte prévoit de plus que l'exploitation de l'idée ouvre droit à une rémunération équitable (licence obligatoire), qui prive peut-être la victime d'un légitime profit sur son invention (notion qui diffère de l'équité).

(127) Paris 6 juin 1908, *Annales de la propriété industrielle* 1908, p. 322.

(128) L'amende civile se heurte certes au principe de réparation intégrale en droit français, mais son application pourra être justifiée si le préjudice résultant de l'appréhension illégitime de l'information est difficilement quantifiable.