

Pierre-Marie Lore

pierremarie.lore@gmail.com

Institut Léonard de Vinci

MBA Management de la Sécurité des Données Numériques

Le 31 décembre 2015.

---

Sujet no 2 - L'État peut labelliser une information sensible comme étant par exemple «confidentiel défense » ou « secret défense ». Dès lors, toute divulgation non autorisée de cette information expose à des sanctions encadrées par le code pénal et pouvant aller jusqu'à de lourdes peines de prison et des amendes conséquentes. Il n'existe rien de tel pour les entreprises dont le secret des affaires n'est encadré aujourd'hui en France par aucune loi définie dans le code pénal. Faut-il faire voter de nouvelles lois pour protéger pénalement le secret des affaires ?

---

## INTRODUCTION

Le secret des affaires vise à protéger toute information licite qui, en cas de soustraction frauduleuse par un tiers, conférerait un avantage concurrentiel à ce dernier et un préjudice à son détenteur légitime. Après l'électrochoc Snowden et la multiplication des cas de corruption couplés au volume croissant des transactions dans un espace mondialisé de plus en plus compétitif, un tel dispositif semblerait consolider le niveau de confiance et favoriser les échanges français et européens avec le reste du monde. Or comme l'a souligné Bernard Besson le 19 novembre 2015 dans son introduction au colloque de la Commission intelligence économique du MEDEF Île-de-France et de Forum Atena, « le stratégique se trouve de plus en plus dans les idées, les savoir-faire, les projets, les alliances confidentielles, les situations de fait qui sont autant d'avantages concurrentiels ». Le droit positif recèle pourtant d'outils relatifs à la protection intellectuelle et industrielle ainsi qu'à la sécurité financière. De plus, certains relais d'opinion opposent un risque pour la liberté d'expression, notamment pour les activités journalistiques et syndicales, en cas d'acception trop large d'un tel concept de protection. Dès lors, en quoi une réglementation supplémentaire répondrait-elle aux impératifs économiques sans porter atteinte aux libertés fondamentales ? Cette problématique mérite tout d'abord de revenir sur les outils dont disposent les juges et les entreprises. Puis nous tenterons de mieux cerner l'état de la menace qui pèse sur la conformité des échanges dans le contexte économique actuel. Nous étudierons enfin dans quelle mesure et sous quelle forme il conviendrait de légiférer.

### I. DES RÉPONSES EXISTENT POUR CONTRER LES RISQUES ÉCONOMIQUES

Face aux risques de fuite de données (Data Leak Prevention, DLP) ou de fraude, les entreprises françaises ne semblent pas totalement démunies.

#### 1. Des leviers réglementaires

Dans certains cas, le secret des affaires émane d'une obligation administrative. Certaines entreprises relèvent en effet de la réglementation relative à la protection du potentiel scientifique et technique de la nation (PPST). A ce titre, elles peuvent être amenées à respecter les règles relatives à la protection du secret telles que définies dans l'Instruction Générale Interministérielle n°1300 pour les données classifiées<sup>1</sup>. Ce texte fut récemment complété par l'instruction n°901<sup>2</sup> relative à la protection des systèmes d'information sensibles, dont aucun document ne couvrait jusque-là le périmètre.

Sur le plan pénal, le vol de données est désormais reconnu. L'article 311-1 du Code pénal définissant le vol comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » était difficilement

1 IGI n°1300/SGDSN/PSE/PSD du 30 novembre 2011 sur la protection du secret de la Défense Nationale

2 II n°901 SGDSN/ANSSI du 28 janvier 2015 relative à la protection des systèmes d'information sensibles

applicable aux données informatiques car la dépossession ne survient pas dans tous les cas. Mais à l'occasion du renforcement législatif concernant la lutte contre le terrorisme, c'est désormais l'article 323-3 du Code pénal modifié par la récente loi n°2015-912 du 24 juillet 2015, article 4, qui prévoit des peines de cinq à sept ans d'emprisonnement et de 150 000 à 300 000 euros d'amende pour le fait « d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données ». Ce texte constitue donc un véritable levier d'action adressant un large spectre de vecteurs puisque les « systèmes de traitement automatisé de données » visés concernent bien plus que de simples ordinateurs en réseaux.

Au niveau européen, une directive sur le secret des affaires est en cours de discussion au Parlement. On peut aussi mentionner la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 qui rappelle en son article 8, « le droit au respect de la correspondance ». Une thématique également prévue dans le Code pénal et le Code des postes et des communications électroniques français.

Enfin, au niveau international, au texte fondateur de l'Organisation Mondiale du Commerce est annexé celui relatif à l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle (ADPIC, ou TRIPS pour Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). Traduits dans le Code Monétaire et Financier, les accords de finances internationaux tels que ceux de Bâle prévoient aussi des règles de concurrence et de confidentialité.

## **2. Des leviers techniques**

Sur le plan technique, une impulsion étatique forte provient de l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI). Décrites par la Loi de Programmation Militaire 2015-2019 promulguée le 19 décembre 2013, ses missions lui permettent d'apporter voire d'imposer des mesures de sécurité techniques pour les entreprises des secteurs d'importance vitale qui regroupent les activités relatives à l'État, à la protection des citoyens ainsi qu'à la vie économique et sociale. En plus de l'expertise technique qu'elle recèle, l'article 22 prévoit aussi la possibilité de contrôles et l'obligation de déclaration d'incidents. En outre, le service de certification de produits délivrée par l'ANSSI apporte une réelle visibilité dans la panoplie des solutions commerciales disponibles. La France dispose en effet d'industriels de premier plan qui concourent à consolider les solutions de prévention de fuite de données comme Thalès, Airbus, Bull ou Safran.

## **3. Des leviers managériaux**

En plus des facteurs de prévention réglementaires et techniques, l'ANSSI contribue à la structuration des savoir-faire dans le domaine du contrôle et de l'audit. Avec les mêmes effets positifs du volet technique décrit précédemment, l'agence permet aussi de qualifier les prestataires d'audit de la sécurité des systèmes d'information (PASSI). On peut citer les

entreprises comme Advens, Intrinsec, Lexsi, Sogeti, Solucom, etc qui viennent d'obtenir leur qualification.

L'État vient également apporter une aide managériale grâce à la Délégation Interministérielle à l'Intelligence Économique (D2IE). Découlant de sa mission de coordination dans le domaine de l'Intelligence économique, elle diffuse un panel de bonnes pratiques très opérantes pour les entreprises. On trouvera auprès de cet organisme des méthodes d'analyse et de mitigation des risques liés à l'information stratégique, au patrimoine immatériel, aux flux logistiques et informationnels, ou encore à l'externalisation. En parallèle, l'Agence Française de Normalisation, qui dépend du Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, vient également d'éditer un guide sur la prévention des fuites de données en entreprise.<sup>3</sup> Enfin, l'Autorité de la Concurrence, autorité administrative indépendante, met aussi en œuvre des instruments de contrôle et d'incitation, à l'image du programme de clémence qui favorise la dénonciation d'activités frauduleuse et anti-concurrentielles.

Aux efforts institutionnels s'ajoutent également ceux des acteurs économiques tels que le Mouvement des Entreprises Françaises et notamment le Cercle d'Intelligence économique des Hauts-de-Seine qui poursuit un travail de sensibilisation auprès des entreprises et des pouvoirs publics.

## **II. POURTANT DES MENACES SUR LA CONFIDENTIALITÉ ÉCONOMIQUE PERSISTENT**

À la croisée des échanges internationaux, des choix politiques et des aléas managériaux, les entreprises connaissent une exposition au risque sans précédent.

### **1. Des menaces d'origine interne liées à l'activité économique**

En plus des risques cybernétiques d'origine idéologique, structurelle, ou égotiste, les entreprises font également face à des attaques de motivation purement économique. Même si l'explosion du Big Data et de l'algorithmie est un fait avéré, les technologies de l'information ne constituent pas le seul facteur de vulnérabilité. De plus, des réponses existent comme nous l'avons vu plus haut.

Le facteur humain occupe par ailleurs une place importante voire prépondérante dans les risques de fuite de données. Une étude menée par *Forrester*, *PwC* et *Iron Mountain* évaluerait ce risque à hauteur de 78 % de failles d'origine humaine et interne, pour cause intentionnelle ou de négligence. Ces failles seront immédiatement captées par les outils d'ingénierie sociale dont se dotent les grands groupes internationaux ou dont l'externalisation est désormais monnaie courante. Une tendance qui devrait peu se redresser étant donné les usages en développement sur les réseaux sociaux ou le télétravail. L'exemple de l'affaire Michelin-Bridgestone en 2007 illustre particulièrement bien les conséquences économiques possibles du fait de la faiblesse d'un seul homme.

---

3 Guide BP Z90-001 « Prévention et gestion des fuites d'informations » – Janvier 2015.

## **2. La compétition des États exacerbe certains risques**

S'ajoutant à la compétition des acteurs économiques, les États ne sont bien-sûr pas en reste lorsqu'il s'agit de soutenir leur souveraineté concurrentielle. Lors de son arrivée au pouvoir, le Président Clinton déclare que sa priorité « sera la défense des intérêts économiques des États-Unis ». Les révélations d'Edward Snowden sur les fins détournées du système de surveillance de la National Security Agency l'ont prouvées avec un écho sans précédent. L'été 2015 a également mis en lumière l'un des plus grands désaccords entre les présidents Obama et Xi Jinping en raison d'une augmentation de plus de 53 % des cas d'attaques liées à l'espionnage industriel. Ce désordre a permis de rappeler le rôle extrêmement actif de l'Unité 61398 de l'Armée Populaire de Chine, tout particulièrement pour ce qui concerne l'espionnage industriel et l'intelligence économique.

## **3. Des menaces structurelles liées à l'hétérogénéité des législations**

Une entreprise française effectuant des transactions à l'international n'est pas, à ce jour, protégée par un outil juridique dédié au secret des affaires. Pourtant, d'autres pays l'y soumettront car la réglementation est explicite en la matière. L'exemple le plus éloquent concerne le premier partenaire de l'Europe, à savoir les États-Unis, dotés depuis 1996 du Economic Espionage Act aussi connu sous le nom de Cohen Act. Cette réglementation fortement inspirée du droit anglais, en plus d'apporter une définition du secret des affaires, permet une prise en charge des frais de la judiciarisation ainsi qu'une procédure facilitée, contrairement aux contorsions de loi française pour user d'un article pénal adapté. Le recours au Cohen act est toutefois à nuancer puisque seules quelques affaires furent jugées sur le fondement de ce texte à en croire les commentaires du Department of Justice<sup>4</sup>. Sa portée fut donc essentiellement symbolique. Les dispositions du Cohen Act sont toutefois reprises dans l'accord North American Free Trade Agreement (NAFTA, en français ALENA) conclu entre les États-Unis, le Canada et le Mexique. Parmi les principaux partenaires, on pourra encore citer les réglementations propres au secret des affaires en Inde (1991), au Japon (1991), en Chine (1997) ou encore en Indonésie (2000).

## **III. LE BESOIN D'UNE RÉPONSE ADAPTÉE AUX ENJEUX ÉCONOMIQUES ET SOCIÉTAUX**

L'état de la menace comme l'asymétrie de la réglementation montrent qu'une réponse harmonisée et adaptée aux enjeux économiques et sociétaux est indispensable.

---

4 <http://www.justice.gov/usam/usam-9-59000-economic-espionage> : « The EEA is not intended to criminalize every theft of trade secrets for which civil remedies may exist under state law. It was passed in recognition of the increasing importance of the value of intellectual property in general, and trade secrets in particular (...)»

## 1. Des tentatives avortées

Il apparaît nécessaire de comprendre les raisons qui ont fait échouer plus de dix ans de tentatives pour légiférer sur le secret des affaires. En mai 2004 et juin 2009, le député UMP Bernard Carayon, spécialiste de l'intelligence économique, dépose des propositions de loi relatives à la « protection des informations économiques ». Des textes qui, dans le meilleur des cas, furent adoptés en première lecture à l'Assemblée Nationale. Jean-Jacques Urvoas fut alors le premier à dénoncer des effets collatéraux négatifs pour la liberté de la presse. C'est ce dernier qui remet pourtant le secret des affaires sur le métier dans son rapport sur le renseignement de 2014<sup>5</sup>. Avec Bruno Le Roux, ils émettent une nouvelle proposition de loi en prenant soin de préserver les lanceurs d'alerte puisque le texte ne pourra être opposable « à toute personne dénonçant une infraction » tel que le définit l'article L. 151-9 du projet de loi<sup>6</sup>. Cette proposition ne verra pas non plus le jour mais servira de base pour un amendement à la loi « Pour la croissance et l'activité » proposée par le ministre Emmanuel Macron. Une insertion elle-même abandonnée pour les raisons identiques concernant le risque d'atteinte aux droits fondamentaux. Ces échecs sont essentiellement dus à la confrontation avec des enjeux sociétaux touchant les professions journalistiques (révélations d'affaires, protection des sources), le droit syndical ou les mécanismes d'alerte éthique citoyenne ou intéressée.

## 2. Des réponses possibles par le droit souple

Le droit positif peine à établir une définition consensuelle du secret des affaires. De plus, contrairement aux droits de propriété intellectuelle, le secret d'affaires n'ouvre pas de droits exclusifs à son détenteur. Par exemple, tel qu'il est défini dans le Cohen Act ou dans le projet de directive européenne, il ne peut empêcher le *parallel development*, par lequel deux ou plusieurs entreprises arrivent à une innovation identique sans qu'il soit possible de prouver une quelconque concertation.

Le droit « mou » peut quant à lui apporter des réponses en dépit d'une absence apparente de contrainte. Cette branche du droit a notamment été à l'origine de principes édictés pour la famille, l'éducation ou l'environnement. Le droit souple est même, dans certains cas, promu par des institutions régaliennes comme le Conseil d'État qui a publié une étude annuelle en 2013 consacrée à cette matière juridique<sup>7</sup>. Bien que ce droit ne pose pas d'obligation prescrite, il présente l'avantage de la concertation qui a pu faire défaut dans les propositions relatives au secret des affaires. En outre, la « soft law » présente des avantages majeurs dans notre domaine d'étude. Elle est notamment bien adaptée à des besoins de régulation internationale à l'instar de la limitation des armements ou du désarmement. De plus, il s'agit d'un support bien perçu

5 Rapport d'information relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2014 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale et à la Présidence du Sénat le 18 décembre 2014.

6 Proposition de loi n° 2139 relative à la protection du secret des affaires, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014.

7 Étude annuelle 2013 du Conseil d'État – N°64 - Le droit souple - ISBN : 978-2-11-009442-1

par les entreprises qui n'ont qu'une faible attirance pour les contraintes étatiques. Si le droit souple n'est pas contraignant en lui-même, il permet en outre à un juge d'apprécier les responsabilités de chaque partie prenante qui ne peut ignorer son existence. Le droit mou vient ainsi renforcer le droit positif. Un autre avantage de ce droit, tel qu'il existe sous forme de mémorandum ou de charte internationale, est lié à la publicité négative d'acteurs économiques qui s'en écarteraient. Un facteur non-négligeable en raison de la volatilité des titres boursiers liés à l'image.

## **CONCLUSION**

Le secret des affaires conditionne le soutien à l'innovation et à la compétitivité, au bénéfice des citoyens et des consommateurs. Certes, des dispositifs existent pour la prévention des risques liés aux données. Mais ils sont souvent techniques et préventifs plutôt que dissuasifs. Des dispositions légales permettent également une réponse répressive. Mais elles sont inégales selon les pays ou selon les secteurs d'activité. Pourtant, les affaires révélant des fraudes anti-concurrentielles - quand elles sont connues - nous montrent que la menace est bien réelle. Cette menace est en outre renforcée par la mondialisation des échanges et les nouveaux usages des réseaux. Dans une période où tous les acteurs économiques en appellent à un « choc de simplification » et où des libertés fondamentales semblent être écornées par d'autres dispositifs légaux, se pose la question d'une nouvelle réglementation contraignante. Sans même recourir à des préoccupations humanistes par ailleurs bien réelles, toute menace sur la préservation de ces droits engendrerait des niveaux de défiance et d'incertitude tels qu'ils nuiraient eux-mêmes à l'activité marchande que le secret des affaires est censé protéger. Le recours au droit souple pourrait apporter des réponses tangibles évitant la perception d'un nouvel oukase technocratique.