

ECOLE DE GUERRE ECONOMIQUE

MBA - STRATÉGIE ET INTELLIGENCE JURIDIQUE

**LA PROTECTION NATIONALE DU
SECRET ÉCONOMIQUE**

Mémoire rédigé par Marine ORTHWEIN--RADICCHI,
Etudiante en MBA Stratégie et Intelligence Juridique - Promotion SIJ01

Sous la direction de Monsieur Olivier DE MAISON ROUGE,
Avocat et Enseignant-chercheur à l'École de Guerre Économique

Membre du jury : Philippe DE ROBERT-HAUTEQUERE,
Juriste d'entreprise et Enseignant à l'École de Guerre Économique

Année : 2024 - 2025

“Le plus fort n’est jamais assez fort pour être toujours le maître s’il ne transforme sa force en droit.”

Jean-Jacques Rousseau, Le Contrat social.

REMERCIEMENTS

En premier lieu, je tiens à exprimer ma gratitude envers Monsieur le Professeur Olivier DE MAISON ROUGE. En sa qualité de directeur de mémoire et de notre promotion SIJ 01, je le remercie pour ses conseils avisés, sa bienveillance et sa grande disponibilité à mon égard.

Je tiens également à assurer ma reconnaissance envers le professeur Bertrand WARUSFEL, ses ouvrages m'ayant grandement aiguillée sur le sujet ; ainsi qu'à l'ensemble des professeurs et intervenants rencontrés, pour leurs enseignements précieux et pour m'avoir fourni les outils nécessaires à cette année d'étude.

Un grand merci à mes parents et mes proches, m'ayant épaulée durant cette année. Leur présence et leur soutien m'ont été précieux.

Qu'il me soit permis de remercier tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, m'ont aidée à la réalisation de ce mémoire.

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS.....	5
INTRODUCTION.....	7
PREMIÈRE PARTIE - L'INFORMATION ÉCONOMIQUE PROTÉGÉE PAR LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE.....	18
TITRE I - LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE : UNE PROTECTION JURIDIQUE ÉCLECTIQUE.....	21
CHAPITRE I - Le droit de la défense nationale.....	24
CHAPITRE II - Le droit de la propriété intellectuelle.....	28
CHAPITRE III - Le droit pénal.....	32
TITRE II - LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE À L'ÉPREUVE DE LA TRANSFORMATION DE L'INFORMATION	36
CHAPITRE I - La mutation de l'objet du secret : de la défense militaire à la sécurité économique.....	36
CHAPITRE II - La mutation des acteurs du secret : l'Entreprise au coeur de la sécurité nationale.....	41
CHAPITRE III - La mutation des supports du secret : la vulnérabilité des systèmes d'information.....	43
SECONDE PARTIE - L'INFORMATION ÉCONOMIQUE PROTÉGÉE PAR LE SECRET DES AFFAIRES.....	46
TITRE I - LE SECRET DES AFFAIRES, ENTRE ALTERNATIVE ET COMPLÉMENT AU SECRET DÉFENSE.....	48
CHAPITRE I - Une alternative d'inspiration américaine.....	48
CHAPITRE II - Une appropriation française complémentaire au secret de la Défense nationale.....	54
TITRE II - LE SECRET DES AFFAIRES, UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ?.....	58
CHAPITRE I - Le régime du secret d'affaires face au régime de propriété intellectuelle : de l'inspiration à la substitution.....	59
CHAPITRE II - Les acteurs du secret des affaires.....	70
CONCLUSION.....	83

AVANT-PROPOS

“Où manque la force, le droit disparaît ; où apparaît la force, le droit commence de rayonner. Un état d'esprit, non des lois, voilà ce que réclame le monde ; une réforme mentale plus qu'une réforme matérielle¹”. Maurice Barrès l'avait compris : bien que le Droit soit le phare de la Justice, il peut être utilisé à d'autres fins. Servant les intérêts économiques des grandes puissances, c'est *“une arme offensive, une ogive redoutable de la guerre économique²”*. Qui plus est, à l'ère du numérique, s'ajoute un nouveau champ d'affrontement stratégique : la guerre de l'information, où la maîtrise, la manipulation et la diffusion des données deviennent des leviers de puissance et d'influence. À cet égard, le Droit est envisagé comme La nouvelle arme de guerre économique³ pour les nations du monde, dont la France.

Depuis l'émergence d'Internet au niveau planétaire, la militarisation de l'information par les États bouleverse l'ordre économique et géopolitique⁴. Là où l'ancien ordre reposait son pouvoir et sa richesse sur la territorialité, fondée sur les frontières physiques et la maîtrise des ressources matérielles ; la puissance contemporaine s'appuie sur la délocalisation et l'immatérialité des ressources informationnelles. De cette façon, le développement de l'économie internationale et de l'information post industrielle, centrée sur les connaissances et les données immatérielles, a profondément transformé les enjeux liés à la protection nationale du secret. Avec la mutation des facteurs et acteurs de puissance⁵, l'information est devenue une richesse à part entière : désormais, chaque pays défend stratégiquement ses secrets économiques en fonction de ses spécialités économiques et de ses choix politiques. C'est ainsi qu'aujourd'hui, la France - comme d'autres pays industriels - ne cesse de se transformer.

¹ Maurice BARRÈS, La grande pitié des églises de France, Édition Émile-Paul Frères, 1914.

² Olivier DE MAISON ROUGE, La géopolitique du droit, l'autre champ de bataille de la guerre économique, ; Synfie, Lettre d'information, n°5-T1, 2016, p.10.

³ A. LAÏDI, Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes, Editions Actes Sud, 2019.

⁴ David COLON, La Guerre de l'information, Les États à la conquête de nos esprits, Editions Tallandier, 2024.

⁵ On parlera de mutation des facteurs et acteurs de puissance dans le temps afin d'expliquer que la puissance d'une nation ne se limite plus au contrôle d'un territoire ou de ressources physiques, mais s'appuie aujourd'hui principalement sur la maîtrise des ressources immatérielles (telles que l'information, la technologie et le savoir). Ainsi, les enjeux de pouvoir ne dépendent plus uniquement des frontières ou des richesses matérielles, mais aussi des flux dématérialisés et des réseaux numériques. Par ailleurs, les acteurs de la puissance se sont diversifiés : aux États traditionnels se sont ajoutés les entreprises privées, les institutions infra ou supranationales, l'information stratégique [interprétation personnelle].

Qu'il s'agisse de son économie, de ses modes de vie ou de ses valeurs, les progrès techniques apparus après 1945 ont profondément transformé les comportements de la société française, notamment par l'usage intensif des technologies et des ressources informationnelles. De cette façon, les rapports de force ont été redéfinis à l'échelle internationale ; nécessitant de repenser les mécanismes juridiques de protection du secret économique au niveau national⁶.

C'est en ce sens que le sujet du présent mémoire portera sur *“La protection nationale du secret économique”*.

⁶ Bertrand WARUSFEL, Contre-espionnage et protection du secret : histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France, CHAPITRE 8 - LA PROTECTION DU SECRET DANS UNE SOCIÉTÉ D'INFORMATION, Edition Lavauzel, 2000, p. 234-240.

INTRODUCTION

I. Définitions

Annnonce. Pour définir le sujet, il faudra analyser celui-ci en plusieurs temps : d’abord, il conviendra de comprendre la notion de “Protection nationale” (A) et celle de “Secret économique” (B). Suite à cela, il sera intéressant d’établir un essai de définition en regroupant tous les termes du sujet (C).

A) La protection nationale

La Protection. Emprunté du latin *protectio* et dérivé de *protectum* signifiant “toit”, la protection est un nom féminin désignant le fait de défendre quelqu’un ou quelque chose contre des menaces, des dangers, ainsi que de veiller sur lui.

La protection dans un contexte de guerre économique. En géopolitique, on rapportera davantage la protection à l’attitude d’une institution usant de son pouvoir pour préserver un objet, une idée ou une personne (physique ou morale)⁷. En économie, il s’agira de favoriser les intérêts, la fortune ou d’encourager le progrès ou la réussite de la chose ou personne protégée⁸. En politique économique⁹, on parlera de “*système visant à préserver l’industrie et les produits nationaux de la concurrence étrangère des mesures prohibitives ou restrictives prises à cet effet*”¹⁰.

La protection juridique. Bien que les termes “droit” et “juridique” ne figurent pas dans le titre de ce mémoire, il est nécessaire de préciser que nous parlons de la protection juridique¹¹,

⁷ *Ibidem*.

⁸ Définition de Protection, Dictionnaire de l’Académie française, 9e édition (actuelle).

⁹ La politique économique concerne un large éventail d’actions engagées par les gouvernements pour gérer leur économie. Ces actions comprennent la politique monétaire (l’offre et la demande de monnaie), la fiscalité, le budget, la création d’emplois. (Site : <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/glossary/economic-policy.html>)

¹⁰ <https://cnrtl.fr/definition/protection>

¹¹ NB : Bien qu’en pratique, l’usage du terme “protection juridique” fasse davantage référence au domaine du droit des assurances, nous userons de cette formulation réagencée au sens du sujet du mémoire afin de pouvoir discuter du secret économique en tant qu’outil juridique permettant de protéger l’information au niveau national.

autrement dit la protection par le Droit, désignant la protection assurée à travers un système (nation, continent, alliance de pays) ou une institution, publique ou privée, par le biais de lois, de décisions jurisprudentielles, d'accords contractuels ou de toute doctrine, étude, conseil, revue, pratique ou preuve juridique¹².

La protection nationale. Au sens littéral, la protection nationale désigne l'ensemble des moyens offensifs et défensifs mis en œuvre par un gouvernement pour assurer la sécurité de ses citoyens, qu'ils soient personnes physiques ou morales, le distinguant ainsi des autres nations¹³. En parallèle, au sens du droit français, le législateur assimile directement la protection nationale à la *Défense nationale*, laquelle a pour rôle "*d'assurer l'intégrité du territoire et la protection de la population contre les agressions armées. Elle contribue à la lutte contre les autres menaces susceptibles de mettre en cause la sécurité nationale.*"¹⁴". D'ailleurs, ses principes généraux visent des valeurs et objectifs allant au-delà du seul champ national puisque la direction de la Défense nationale "*pourvoit au respect des alliances, des traités et des accords internationaux et participe, dans le cadre des traités européens en vigueur, à la politique européenne de sécurité et de défense commune.*"¹⁵". En somme, la *protection nationale* telle que nous l'entendons au sein de ce mémoire désigne la stratégie assurée par un gouvernement à travers ses institutions en agencant ses outils juridiques¹⁶ au service des intérêts du territoire et au dépend de ses objectifs propres.

¹² Définition de Juridique de Serge Braudo, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles, Dictionnaire du droit privé. Site : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/juridique.php>.

¹³ Définition de National-ale, <https://www.cnrtl.fr/lexicographie/national>.

¹⁴ C. Défense, art. 1111-1.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Définition de Juridique de Serge Braudo, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles, Dictionnaire du droit privé. Site : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/juridique.php>. (lois, décision jurisprudentielle, accord contractuel ou de toute doctrine, étude, conseil, revue, pratique ou preuve juridique)

B) Le secret économique

Le Secret. Attention, il ne faut le répéter à personne ... Le Secret est le silence auquel une personne est tenue sur une chose reçue en confidence. En droit français, il est entendu comme *“la faculté ou la nécessité pour une personne de ne pas révéler des informations dont elle est dépositaire¹⁷”*. Si l’on se place du point de vue du régime des obligations, il sera question d’une obligation - contractuelle ou extracontractuelle - d’assurer l’inviolabilité de ce qui a été confié à une personne ou appris par cette dernière¹⁸.

Le secret économique. Secret d’entreprise, secret professionnel, ou encore secret de commerce : tant de noms pour qualifier le secret économique, mais de quoi parle-t-on ? En référence à l’activité économique d’une entreprise, nous parlerons du secret économique pour désigner la protection d’une information issue de *“toute activité pouvant offrir des biens ou des services sur un marché donné¹⁹”*.

Secret versus Information. Par nature, tout secret né d’une information. Or toute information n’est pas un secret et tout secret est une information protégée par la confidentialité. Face à cette subtilité, il existe une *“tension dialectique permanente²⁰”* au sein de laquelle le secret a parfois du mal à s’imposer. Expert en la matière, Bertrand Warusfel affirme à ce sujet que *“si la logique de la concurrence repose principalement sur la transparence du marché, elle admet parallèlement que chaque entreprise puisse préserver la confidentialité de ses secrets²¹”*. Et de la même façon, pour le Gouvernement, *“la démocratie postule la délibération et la publicité de l’action publique, nonobstant la tendance naturelle de toute institution administrative à s’entourer d’un voile de secret pour s’assurer un pouvoir implicite²²”*. Ainsi, il est primordial de considérer cette notion en deux temps : d’abord, il s’agira de déterminer quelle est l’information en cause ; puis, de comprendre comment l’information peut être

¹⁷ Bertrand WARUSFEL, Le droit peut-il encore protéger le secret ? Publication Titre VII, n°10, avril 2023. www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-droit-peut-il-encore-protoger-le-secret

¹⁸ Définition de Secret, Dictionnaire de l’Académie française, 9e édition (actuelle).

¹⁹ CJCE, 18 juin 1998, Commission c/Italie, aff. C-35/96, R, I-3851, concl. av. gén. C. O. Lenz ; 25 oct. 2001, Ambulanz Glöckner, aff. C-475/99, R, I-8089, concl. av. gén. F. G. Jacobs ; 24 oct. 2002, Aéroports de Paris (ADP), R, I-9297, concl. av. gén. J. Mischo.

²⁰ B. WARUSFEL, Le droit peut-il encore protéger le secret ? Publication Titre VII, n°10, avril 2023.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

protégée par le Droit au secret ; celui-ci existant sous plusieurs régimes distincts en droit français.

C) La protection nationale du secret économique

Essai de définition. En somme, la protection nationale du secret économique désignerait l'ensemble des moyens juridiques relevant du droit au secret déployés stratégiquement par l'État pour préserver, au nom de la souveraineté économique, les informations sensibles des entreprises (c'est-à-dire lorsque leur divulgation non autorisée est susceptible de nuire à l'intégrité du territoire, à la sécurité nationale ou à la compétitivité des acteurs économiques nationaux) ; que leur activité soit publique ou privée.

Délimitation territoriale, matérielle et personnelle du sujet. Territorialement, si plusieurs pays et continents seront mentionnés historiquement afin de comprendre le contexte géopolitique, le cœur du mémoire ne touchera qu'à la protection du secret économique en France. Matériellement, les secrets économiques visés par la protection nationale seront principalement les secrets relatifs aux informations confidentielles des entreprises issues de toutes activités économiques confondues (tels que les documents papiers et informatiques, les plans, les dessins, les logiciels, les recettes ou encore les instructions...). Enfin, les personnes visées par la protection du secret économique seront - principalement - les gouvernements (dont le Ministère de la Défense, les juges et les services de renseignement), les entreprises, les avocats et juristes ainsi que les politiciens ; français évidemment, mais aussi américains par inspiration²³.

II. Contexte

Une protection nationale motivée par l'Espionnage économique. La mondialisation ayant créé une forte concurrence entre les pays industrialisés, cette période a marqué une expansion sans précédent dans l'exercice de leurs activités économiques. Afin de préserver leur souveraineté, ces pays demeurent toujours plus compétitifs et souhaitent constamment innover pour créer de meilleurs marchés. Aujourd'hui, la France est considérée comme un pays industriel aguerri, et pour cause : troisième acteur industriel en Europe et cinquième au

²³ *Infra.* p. 49.

rang mondial, elle représente 16,8% du PIB de l'Union européenne²⁴. Ces chiffres s'expliquent principalement par la diversification des spécialités du pays. En effet, les nombreux géants français (telles que les entreprises du CAC40, entre autres) assurent à la France une économie polyvalente et résiliente. En tant que pays innovant, la France maîtrise certaines technologies de pointe telles que le spatial et le nucléaire. D'ailleurs, sa croissance est aidée par une main-d'œuvre qualifiée et des compétences techniques élevées²⁵. Un des seuls secteurs faisant exception est celui des nouvelles technologies (bien que la France développe activement cet écosystème, ce marché est largement dominé par ses fournisseurs étrangers, principalement américains²⁶, allemands²⁷ et asiatiques²⁸). En somme, il apparaît aisément que la France, par la qualité et la diversité de ses industries, attire les radars de nombreux acteurs étrangers. **C'est en ce sens qu'il faut protéger le patrimoine informationnel de l'Entreprise contre l'Espionnage économique** : aussi appelé espionnage industriel, celui-ci fait référence au *“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”*²⁹. **Il convient de comprendre, à travers l'histoire, que la France a été et reste encore aujourd'hui, la cible d'espionnage de nombreux pays.**

²⁴ Sofia BEN DHAYA, “L'industrie en France : état des lieux d'un secteur stratégique”, Big Média BPIFrance, publié le 12 juillet 2024.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ En *cloud computing*, le marché français est dominé par des géants américains : Amazon Web Services (46 %), Microsoft Azure (17 %) et Google Cloud (8 %), tandis que les acteurs français comme OVHcloud, Orange Business Services ou Scaleway ne réunissent que 29 % du marché. Pour les logiciels et services informatiques, des entreprises comme Microsoft, Google, Apple, Dell ou IBM détiennent des parts de marché majoritaires en France.

²⁷ En tant que principal partenaire commercial de la France, l'Allemagne fournit une proportion significative des importations dans les secteurs des machines, de l'électronique ou des équipements techniques.

²⁸ En matière de haute technologie et d'équipements électroniques et de télécommunications, la Chine est un fournisseur majeur : en 2023, plus de 32 % des importations à haute valeur technologique de l'UE provenaient de Chine, contre 23 % pour les États-Unis.

²⁹ Oumar FANE et Jimmy FEIGE, “Espionnage industriel : protections, outils de gestion et perspectives ?”, Question de Management, 2019/1 n°23, p. 89 à 102.

Les États-Unis, un exemple d'espionnage économique puissant. Depuis le début de l'Union soviétique, les *Fives Eyes*, par le biais de l'accord UKUSA³⁰, disposent du réseau mondial d'écoute "Echelon"³¹ utilisé à deux fins : espionner l'Union soviétique et le bloc de l'Est ; et surveiller les communications, quel que soit le support de l'époque (téléphone fixe, satellite, courrier³² ...). Il est ici question d'un outil de surveillance mondial³³. Dès les années 1970, les États-Unis initient un lien stratégique entre leurs agences de renseignement et le secteur privé, notamment via l'*Office of Executive Support*³⁴. Cette coopération s'intensifie sous la présidence Reagan dans les années 1980, avec la redynamisation de la CIA et la signature de directives (Executive Orders 12331³⁵, 12333³⁶ et 12334³⁷) autorisant les opérations clandestines économiques avec l'appui des entreprises américaines, marquant alors l'affirmation explicite de l'espionnage économique comme outil de puissance aux États-Unis³⁸. Suite à l'effondrement de l'Union soviétique en 1991, l'ennemi disparaît et pousse le pays à recentrer ses objectifs de renseignement sur les enjeux économiques : ainsi, la *National Security Directive* (NSD-67) de 1992 oriente la CIA vers la lutte contre l'espionnage industriel et technologique. Dès 1993, trois programmes sont lancés pour structurer ce dispositif : l'*Advocacy Center*, le *National Industrial Security Program*, et le *National Counter Intelligence and Security Center*, tous dédiés à la collecte et la protection des données économiques et industrielles au profit des États-Unis. Malheureusement, cette stratégie aura des conséquences directes sur la France qui en subira plusieurs sabotages économiques. En 1995, lors de l'appel d'offres du marché Sivam au Brésil, les Américains

³⁰ Le United Kingdom – United States Communications Intelligence Agreement, souvent appelé traité UKUSA, est un traité secrètement signé le 5 mars 1946 entre le Royaume-Uni et les États-Unis, rejoints par le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande et, dans une moindre mesure, d'autres pays .

³¹ Aux États-Unis, c'est la NASA qui gère l'entité Échelon, un système d'interception des télécommunications construit et géré par les services de renseignements des États-Unis d'Amérique en collaboration avec leurs homologues d'autres puissances occidentales (source : www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Study-538877-Echelon.pdf)

³² D'ailleurs, à cette époque, les seuls canaux existant entre les services dans le but de partager le renseignement concurrentiel étaient la CIA, la NSA et les industries américaines de défense et de sécurité, toutes réunies au sein du Special Security Officers.

³³ A. LAÏDI, *Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Editions Actes Sud, 2019, p. 252-258.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Executive Order 12331,

<https://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/1981-reagan.html>

³⁶ Executive Order United States Intelligence Activities 12333, <https://www.nsa.gov/Signals-Intelligence/EO-12333/>

³⁷ Executive Order 12334,

<https://www.intelligence.senate.gov/laws/presidents-intelligence-oversight-board>

³⁸ A. LAÏDI, *Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Editions Actes Sud, 2019, p. 252-258.

mettent les négociations françaises sur écoute et divulguent à la presse brésilienne des soupçons de corruption : grâce à cette manigance, l'entreprise française Thomson fut écartée au profit de Raytheon, l'américaine. Cette pratique se répéta dans divers pays (Arabie Saoudite, Indonésie, Émirats arabes unis...), toujours au bénéfice d'entreprises américaines. Selon les auteurs du rapport du Congrès de 1996, les agences américaines pouvaient collecter des données économiques, commerciales ou technologiques, tout en affichant officiellement - si ce n'est sournoisement - une opposition à l'espionnage industriel. Quelques années plus tard, les révélations de Snowden en 2013 confirmèrent l'ampleur de l'espionnage américain : la NSA interceptait massivement les communications, y compris celles d'entreprises européennes ; comme Airbus et Thalès. En tant que première puissance politique, militaire et économique, les États-Unis comptent garder leur pouvoir. Pour cette raison, les espions américains font de la France une de leur cible préférée : l'industrie, la défense, la santé, l'énergie, les télécommunications, les transports ... Tous les secteurs économiques sont pointés³⁹.

Des espions venant du monde entier. Si l'histoire de l'espionnage économique en France est particulièrement marquée par les États-Unis, ceux-ci sont loin d'en être les seuls acteurs. Chine, Russie, Turquie, Iran, Emirats arabes unis ... Chacun de ces pays manifeste un intérêt spécifique pour un ou plusieurs secteurs économiques stratégiques français. Du côté de la Chine, le Ministère de la Sécurité d'Etat⁴⁰ espionne les secteurs scientifiques et technologiques français en ciblant les laboratoires universitaires⁴¹ et les entreprises de haute technologie⁴². En Russie, l'objectif est d'affaiblir l'occident : le GRU⁴³ et le SVR⁴⁴ se focalisent davantage sur les cyberattaques contre les secteurs aéronautique et spatial, ainsi que l'infiltration et les ingérences politiques ; et émettent parfois des provocations à visée stratégique et industrielle⁴⁵. *“La stratégie du pouvoir russe vise (...) à attirer dans sa sphère d'influence d'anciens dirigeants européens à travers leur participation aux conseils*

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Le MSE mobilise également les ressortissants chinois ; diaspora considérée comme collaboratrice obligatoire du renseignement.

⁴¹ Louis QUINET, “Espionnage chinois : les universités françaises menacées”, Portail de l'IE, publié le 07/11/2024.

⁴² V.G., ENTRETIEN. Espionnage : pays les plus menaçants, sites les plus visés... Un ex-espion décrypte les menaces qui pèsent sur la France, La Dépêche, publié le 01/10/2023.

⁴³ Service de renseignement militaire de la Fédération de Russie.

⁴⁴ Service des renseignements extérieurs de la Fédération de Russie.

⁴⁵ Chloé HOORMAN et Elise VINCENT, “Le renseignement militaire s'inquiète de la hausse des ingérences étrangères”, Le Monde, publié le 13/07/2024.

*d'administration de grands groupes*⁴⁶”. Quant à l’Iran, ses menaces reposent davantage sur des cyberattaques ciblées ainsi qu’une diplomatie coercitive⁴⁷. Ainsi, contrainte de réagir, la France ne cesse de renforcer ses capacités de traitement et de protection de l’information sensible⁴⁸.

Les services de renseignement : une institution de contre-espionnage complémentaire à la protection du secret économique. *“L’ingérence des puissances étrangères en France atteint des sommets, et la réponse démocratique consiste dans le renseignement qui détecte, surveille et entrave. Les fonds normaux consacrés au renseignement ont d’ailleurs cru sans discontinuer depuis 2015. Ils atteignent 3,03 milliards d’euros en 2022 contre 2,77 milliards en 2021*⁴⁹”. Experts qualifiés en la matière⁵⁰, les services spécialisés de renseignement ont reçu du législateur les missions de rechercher, collecter, exploiter et mettre à disposition du Gouvernement *“des renseignements relatifs aux enjeux géopolitiques et stratégiques ainsi qu’aux menaces et aux risques susceptibles d’affecter la vie de la Nation*⁵¹”. La loi précise d’ailleurs qu’ *“ils contribuent à la connaissance et à l’anticipation de ces enjeux ainsi qu’à la prévention et à l’entrave de ces risques et de ces menaces*⁵²”. A l’échelle nationale, **la DGS** (Direction Générale de la Sécurité Intérieure) assure la protection face aux menaces d’espionnage, d’ingérence ou de sabotage économique sur le territoire français. A l’échelle internationale, c’est **la DGSE** (Direction Générale de la Sécurité Extérieure) qui conduit les opérations de contre-espionnage et de sécurisation des intérêts économiques français à l’étranger⁵³. Aussi, **la DRSD** (Direction du Renseignement et de la Sécurité de la Défense), placée sous le Ministère de la défense, assure la sécurité des personnels, des installations et des infrastructures sensibles pratiquant la contre-ingérence au sein de la défense et des entreprises industrielles stratégiques. Dans certains cas, **la DNRED** (Direction nationale du

⁴⁶ Rapport d’information n°810, “Rapport relatif à l’activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l’année 2022-2023”, déposé le 29 juin 2023. senat.fr/rap/r22-810/r22-8106.html

⁴⁷ Marie LOMBARD, “Espionnage : ces pays qui menacent gravement la France”, Planet.fr, publié le 3/11/2023.

⁴⁸ A. LAÏDI, Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes, Editions Actes Sud, 2019, p. 252-258.

⁴⁹ M. LOMBARD, “Espionnage : ces pays qui menacent gravement la France”, Planet.fr, publié le 3/11/2023.

⁵⁰ Bien qu’ils soient au nombre de six, nous n’en citerons que quatre afin de nous limiter à ceux qui concernent directement le sujet de ce mémoire.

⁵¹ C. sécurité intérieure, art. L811-2.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Rapport d’information n°810, “Rapport relatif à l’activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l’année 2022-2023”, déposé le 29 juin 2023. senat.fr/rap/r22-810/r22-8106.html

renseignement et des enquêtes douanières) peut être utile si des informations économiques passent les frontières en ce qu'elle est chargée de mettre en œuvre la politique du renseignement, des contrôles et de lutte contre la fraude au sein de la direction générale des douanes et droits indirects⁵⁴.

Le droit au secret : une protection juridique stratégique au service du patrimoine informationnel⁵⁵ de la nation. *“L’essor de la société de l’immatériel a fait de l’information un outil hautement stratégique dont l’usage peut aussi bien être défensif, offensif ou encore un vecteur d’amélioration⁵⁶”*. Le patrimoine informationnel, ayant tenté d’être défini comme *“l’ensemble des données, protégées ou non, valorisables ou historiques, d’une personne physique ou morale⁵⁷”* ; peine encore à avoir une définition et un régime juridiques propres. Dans ce contexte, qu’il s’agisse de l’État, des services de renseignement ou des entreprises, tous ont intérêt à conjuguer leurs efforts pour protéger les secrets économiques érigeant la souveraineté de leur nation commune. Pour ce faire, ces acteurs doivent user - et surtout manier - les différents outils juridiques nationaux relevant du Droit au secret.

III. Enjeux

Objectifs. L’objectif principal de ce mémoire est d’informer et sensibiliser quant au fait que, dans un monde marqué par une évolution numérique constante, l’accès et la diffusion de l’information sont devenus particulièrement aisés. En ce sens, les acteurs économiques ont tout intérêt à être au fait des moyens juridiques nationaux leur permettant d’assurer la protection confidentielle de leurs informations sensibles. Dans un contexte géopolitique et économique mondial tel que nous le vivons aujourd’hui, la Stratégie est le nerf de la Guerre.

⁵⁴ CNCTR, Les principaux services de renseignement.

⁵⁵ O. DE MAISON ROUGE, *Le patrimoine informationnel : fonds de commerce du XXe siècle ?*, Le village de la Justice, article publié en 2010 (consulté le 30 juillet 2025). Utilisé à partir du XXIe siècle, ce terme désigne une universalité de biens meubles incorporels, constituée principalement d’informations stratégiques et de secrets d’affaires, protégés ou non par un droit de propriété intellectuelle, qui présentent une valeur économique ou un intérêt concurrentiel pour une personne physique ou morale. Élaboré par la pratique des affaires et reconnu de facto en droit comptable et international, ce patrimoine immatériel, encore informel en droit positif français, confère à son titulaire un avantage substantiel et appelle une reconnaissance juridique renforcée face aux risques accrus liés à la dématérialisation et à l’espionnage économique

⁵⁶ A.-S TOUMI, F. LAMBAUDIE, X. PAQUE, A. SUAREZ, et E. JEULIN, *Guerre de l’information “Guide de survie pour entreprise”*, Comment se défendre et passer à l’attaque légalement dans la jungle informationnelle et concurrentielle à laquelle doit désormais faire face toute entreprise ?, Mémoire rédigé dans le cadre de l’Ecole de Guerre Économique, 2022, p. 5.

⁵⁷ *Protection du patrimoine informationnel*, CIGREF, - FedISA, 2007.

De quel(s) secret(s) parle-t-on ? Bien que ce sujet nomme le secret économique au singulier, il s'agira de le considérer au regard de deux objectifs distincts. D'un côté, l'Etat français souhaite protéger les secrets de fabrication de ses entreprises ayant un lien direct avec la Défense nationale : ainsi, son objectif principal est la protection et l'évolution de la souveraineté militaire et économique de la nation⁵⁸. De l'autre, l'Entreprise - qu'elle soit grande ou petite - souhaite protéger son patrimoine informationnel afin de prendre sa place sur le marché et de la conserver face à ses concurrents, aussi bien au niveau national qu'international. En d'autres termes, la protection du secret économique est le point commun des deux institutions. Cependant, l'une tend à vouloir le protéger dans un objectif de souveraineté économique et militaire, tandis que l'autre - bien qu'elle puisse contribuer à cet objectif gouvernemental - tend à y gagner dans une logique plus libérale. Au regard des objectifs cités ci-dessus, il s'agira de distinguer deux types de secrets économiques, chacun correspondant à un régime juridique différent :

- concernant le secret économique de l'Etat, on parlera du secret de la Défense nationale ;
- concernant le secret économique de l'Entreprise, il sera davantage question du secret d'affaires (et du secret professionnel, dans certains cas).

Intérêt. L'intérêt du mémoire est donc de retracer l'histoire passée et actuelle, ainsi que d'envisager les perspectives futures des droits au secret, afin d'anticiper plus efficacement les risques et d'identifier les solutions liées à la protection de l'information sensible. Qu'ils soient motivés par des intérêts politiques, économiques ou juridiques, les actes d'espionnage sur le marché international doivent être anticipés tant par le Gouvernement que par les entreprises nationales, tant mères que filiales. Et comme le souligne Ali Laïdi, *“étudier les phénomènes d'affrontement économique ne signifie pas prôner la guerre économique. Les conflits économiques doivent plutôt être perçus comme les symptômes d'une mondialisation déséquilibrée et confrontée à une hyper-concurrence mondiale dans laquelle les hommes se perdent, entre comportements malhonnêtes et illégaux (...) Révéler ce mal, c'est contribuer à le combattre avant qu'il ne soit trop tard”*⁵⁹.

⁵⁸ D'ailleurs, le Gouvernement a généralement, au sein de ces entreprises, une part d'actions lui conférant un pouvoir de décision avec les autres actionnaires privés.

⁵⁹A. LAÏDI, Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes, Editions Actes Sud, 2019, p. 28.

Publics concernés. Le sujet de ce mémoire touche aussi bien les avocats, les juges, les politiciens, les fonctionnaires ; mais aussi les cadres supérieurs, ou encore les membres des services de renseignement. Toutes ces personnes ont un degré d'implication certes différent, mais présent et tout aussi important les uns que les autres. Leurs rôles sont interdépendants.

Problématiques. A titre principal, il convient de se demander : Existe-t-il un ou plusieurs droits au secret économique ? Outre l'action gouvernementale, quelles stratégies juridiques les entreprises peuvent-elles mettre en place pour protéger leurs informations économiques sensibles ? La France peut-elle s'inspirer d'autres États en la matière ?

A titre complémentaire, quels sont les liens entre les droits au secret et le droit de la propriété intellectuelle ? Lequel de ces deux régimes est le plus utile à l'Entreprise pour protéger ses informations sensibles ?

Annonce du plan. Pour répondre à ces problématiques, il conviendra dans un premier temps d'examiner le champ d'action du gouvernement en matière de protection de l'information sensible, en dressant un état des lieux du régime juridique du secret de la Défense nationale (PREMIERE PARTIE). Puis, dans un second temps, il importera de se pencher sur le régime du secret des affaires afin d'en comprendre l'origine, la portée et les limites dans la protection de l'information stratégique des entreprises (SECONDE PARTIE).

PREMIÈRE PARTIE : L'INFORMATION ÉCONOMIQUE PROTÉGÉE

PAR LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

Le secret de la défense nationale : une tradition historique remontant à la Monarchie capétienne. *“Et deffendons à nostre chambellain qui nostre scel secret portera, qui il ne scelle, ne encloe austres letres, fors ou cas, et en la manière dessus diz⁶⁰”*. Suite à l'ordonnance de Bourges de 1318, le gardien du secret de la défense nationale - appelé *Chambellan* - se voit confier la garde du sceau secret du roi. Au sens de l'Étiquette du palais impérial⁶¹, le chambellan désigne le chef de tout le service de la chambre ainsi que l'ordonnateur général de toutes les dépenses de ce service⁶². C'est après la révolution que Napoléon réorganise cette fonction au cabinet de l'Empereur, puis dans les bureaux des ministères de la Guerre, de la Marine et des Affaires étrangères⁶³. En 1945, le Général de Gaulle redéfinit l'activité du chambellan : assimilée aux activités de contre-espionnage de l'époque⁶⁴, est alors créé le service de protection du secret à l'État-major général de la défense nationale, précurseur de l'actuel Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN)⁶⁵. En 1958, le Général renforce à nouveau la protection du secret grâce au décret du 11 mars 1963 créant le Service de Sécurité de Défense (SSD) au sein du Secrétariat général de la défense nationale (SGDN). Enfin, en 2009, le SGDN devient SGDSN et l'ancien SSD devient une sous-direction chargée de la protection du secret⁶⁶.

L'émergence parallèle de la notion de Défense nationale. *“Jamais auparavant dans notre histoire, l'armée française (...) ne s'est autant confondue avec la nation. Cette armée de 14, c'est celle du berger, du boucher, du cordonnier, de l'employé, du marin, de l'étudiant (...). À ces grandes légions fraternelles (...) qui sortirent de terre (...) ; ces héros de la patience,*

⁶⁰ Ordonnance de Bourges, 16 novembre 1318, art. 4.

⁶¹ Élodie LEFORT, “Les clefs de chambellan”, napoleon.org, 2021.

⁶² Étiquette du palais impérial aux armes de Napoléon Ier. Paris, de l'Imprimerie Impériale, 1806.

⁶³ Patrice LEFORT-LAVAUZELLE, “La réforme du secret de la défense nationale”, Portail de l'IE, 2020. ; et O. DE MAISON ROUGE, “Survivre à la guerre économique ; Manuel de résilience”, VA Editions, 2020.

⁶⁴ Le chambellan contrôlait l'accès, les personnes et les informations circulant dans la chambre royale. En filtrant les approches, en surveillant les comportements et en maîtrisant les flux sensibles (humains, documentaires, symboliques), il était placé au cœur de l'intimité du souverain et jouait ainsi un rôle essentiel de protection. Cette fonction de contrôle et de vigilance s'apparente donc à une mission de contre-espionnage avant l'heure, mêlant de ce fait sécurité politique, prévention des infiltrations et gestion des secrets royaux.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

*soldats du Rhin, de Sambre-et-Meuse, qui ne connurent que le devoir*⁶⁷”. Le 20 septembre 1792, pendant la Révolution française, la bataille de Valmy marque un tournant symbolique en illustrant le patriotisme face à la menace extérieure. Juridiquement, c’est la loi Jourdan de 1798 qui introduit une conscription universelle, renforçant le principe selon lequel : « *Tout Français est soldat et se doit à la défense de sa patrie*⁶⁸ ». En 1870, suite à la défaite de Sedan et la proclamation de la Troisième République, la notion de “Défense nationale” apparaît officiellement dans le vocabulaire politico-administratif et ce ; même si la France ne disposait pas encore d’un Ministère de la Défense. Dans les années 1930, la France cherche à structurer sa défense face aux menaces croissantes de l’entre-deux guerres : est alors créé le Centre des hautes études de la défense nationale (CHEDN) en 1936 pour y former les futurs cadres dirigeants. En 1938, la loi sur l’organisation générale de la nation pour le temps de guerre est votée, prévoyant la planification de la Défense nationale. Puis, au fil des années, les objectifs de protection de la sécurité nationale évoluent ; et avec la transformation de la guerre à l’ère des nouvelles technologies, la sécurisation des informations sensibles liées à la défense s’intensifie et devient un enjeu stratégique majeur : dans un contexte de guerre informationnelle, les secrets militaires de la nation devaient être protégés⁶⁹.

La codification de la Défense nationale. Le 30 mai 1996, le code de la Défense voit le jour. Ayant été un projet de longue date, celui-ci devient le premier promoteur, par le Droit, de la Défense de la République française. En ce sens, le régime juridique du service de défense s’applique, d’une part, “*Aux corps de l’Etat, aux directions et services de l’Etat et aux collectivités territoriales ainsi qu’aux organismes qui leur sont rattachés*⁷⁰” et d’autre part, aux “*entreprises, établissements ou organismes appartenant aux catégories d’activités dont la liste est arrêtée par décret et appelés "les entreprises" dans le présent titre*⁷¹”. Dans la construction du plan du Code de la défense, le législateur a pris le soin de réserver un Livre III (issu de la Partie I sur les principes généraux de la Défense) consacré à “*La mise en oeuvre de*

⁶⁷ Déclaration de M. Édouard Philippe, Premier ministre, sur le lien entre l’armée et la nation, à Paris le 18 octobre 2019.

⁶⁸ Philippe VIAL, “La Défense nationale, Histoire et Théorie”, ihedn.fr/notre-selection/la-defense-nationale-histoire-et-theorie-par-le-professeur-philippe-vial. : “*La notion de défense nationale, fondamentale pour notre institution, a une histoire riche et mouvementée. L'historien Philippe Vial l'a retracée lors d'une conférence devant les auditeurs de la 4e session nationale de l'IHEDN*”.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ C. Défense, art. R2151-3.

⁷¹ *Idem*.

la Défense non militaire” ; dont les pouvoirs sont attribués à un haut fonctionnaire civil⁷² au sein duquel il distingue la Défense civile (Titre II dudit Livre) et la Défense économique (Titre III). Dans un contexte de guerre économique, les intéressés pourront s’en tenir au Titre III sur la Défense économique, regroupant les articles L1331-1 à L1339-3 dudit Code.

La protection juridique des inventions mises sous le régime du secret de la Défense nationale. Plus particulièrement, dans un contexte de Guerre économique de l’Information, il faudra se référer à la Partie II du Code de la Défense⁷³, laquelle il détient un Livre III sur les Régimes juridiques de Défense d’application permanente ; lequel possède un Titre Ier entièrement consacré au Secret de la Défense nationale ; allant de l’article L2311-1 à L2313-1. Toutefois, le Code de la Défense n’est pas le seul à disposer d’un régime protecteur du secret de la Défense. En effet, le Code pénal et le Code de la propriété intellectuelle ont, eux aussi, des textes consacrés à la Défense économique (TITRE I). Ainsi, deux enjeux principaux sont à prendre en compte concernant ce dispositif législatif de protection du secret et de défense de l’Etat : dans un premier temps, il est question d’apprécier la stratégie de développement économique et de défense des collectivités. Dans un second, d’apprécier les moyens de communication et des traitements disponibles dans la société⁷⁴.

Au fur et à mesure de notre analyse, nous remarquerons que le régime juridique du secret de la Défense nationale, consacré aux innovations issues des industries du secteur de la Défense, peut parfois faire défaut face à la mutation du secret (TITRE II). À cet égard, le droit au secret doit être repensé - complété, non remplacé - afin de prendre en compte les autres secteurs économiques, eux aussi exposés à la nécessité de protéger leurs informations sensibles.

⁷² C. Défense, art. L1311-1.

⁷³ C. Défense, Partie 2 : Régimes juridiques de Défense (art. L2112-1 à L2391-5).

⁷⁴ B. WARUSFEL, Contre-espionnage et protection du secret : histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France, CHAPITRE 8 - LA PROTECTION DU SECRET DANS UNE SOCIÉTÉ D'INFORMATION, Edition Lavauzel, 2000, p. 245.

TITRE I - LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE : UNE PROTECTION JURIDIQUE ÉCLECTIQUE

Les premiers outils de protection du secret industriel à travers le contrôle des inventions.

Avant 1916, il était possible pour l'inventeur d'un dispositif susceptible d'intéresser la défense nationale de se faire attribuer, sans aucune précaution particulière, un brevet dont la publication risquait de priver l'invention de tout caractère secret. Pendant la Première Guerre mondiale, ce manque de contrôle sur la circulation de l'information fut rapidement perçu comme une menace directe pour le secteur national de l'armement. C'est ainsi qu'à cette période, le législateur fonde les prémices de la protection du secret industriel lié à la défense nationale. Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 12 avril 1916⁷⁵, naissent les premières mesures relatives aux brevets d'inventions couvrant les matériels d'armement. Dès lors, l'Etat eut la possibilité de prendre connaissance des demandes de brevet, d'en interdire temporairement la divulgation et d'exproprier celles qui intéressaient la défense nationale. Cette nouvelle loi existant seulement dans un objectif de guerre, elle cessa de produire ses effets en 1919. C'est ensuite à l'aune de la Seconde guerre mondiale que le décret loi du 30 octobre 1935⁷⁶ fit son apparition : cette fois-ci, l'Etat eut la possibilité d'exproprier les inventions, qu'elles soient, brevetées ou non, à la seule condition sinéquanone que celles-ci intéressent la défense nationale. En 1939, le nouvel article 81 alinéa 3 de l'ancien Code pénal vint renforcer les dispositions du régime des brevets d'invention en réprimant la livraison des inventions intéressant la défense nationale à des personnes agissant pour le compte d'une puissance ou d'une entreprise étrangère. En allant au-delà du seul champ matériel des brevets d'inventions, ce texte permit d'élargir les prérogatives gouvernementales à l'ensemble des inventions intéressant la défense. Enfin, le 2 janvier 1968, la loi sur les brevets d'invention⁷⁷ reprit l'essentiel des dispositions figurant aujourd'hui dans le Code de la propriété intellectuelle⁷⁸.

⁷⁵ Loi 12 avril 1916 relative aux inventions intéressant la défense nationale, JORF demandes de certificats d'obtention végétale, 4 avril 1916, p. 3140.

⁷⁶ Décret-loi du 30 octobre 1935 RELATIF AUX BREVETS D'INVENTION INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE, JORF du 31 octobre 1935.

⁷⁷ Loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.

⁷⁸ Depuis, ces dispositions ont été réformées par la Loi n°78-742 du 13 juillet 1978 puis abrogée par la Loi n°92-597 du 1 juillet 1992. Toutefois, le fondement des nouvelles dispositions sur les brevets d'invention s'inspire, en bonne partie, du régime de 1968.

Les premiers outils répressifs de l'atteinte au secret industriel. Face aux nouveaux risques d'espionnage industriel de l'époque, le législateur décide de fixer un nouveau régime répressif relatif à la protection industrielle des matériels de guerre au sein de l'ancien Code pénal. Suite à l'entrée en vigueur du décret-loi du 18 avril 1939⁷⁹, deux articles émergent d'abord au sein du Code de 1810. D'une part, l'ancien article 78 mentionnait le terme de renseignements "*industriels*" et énumérait, parmi les supports du secret, les "*matériels et plans*"⁸⁰ de manière à couvrir certains types d'équipements et de documents techniques. D'autre part, l'ancien article 81 alinéa 3⁸¹ sanctionnait lourdement quiconque "*sans autorisation préalable de l'autorité compétente [qui] livrera ou communiquera à une personne agissant pour le compte d'une puissance d'une entreprise étrangère, soit une invention intéressant la défense nationale, soit des renseignements, études ou procédés de fabrication se rapportant à une invention de ce genre, ou à une application industrielle intéressant la défense nationale*"⁸² : mettant sur un pied d'égalité les actes d'espionnage industriels commis pour le compte d'un État étranger et ceux commis par une firme étrangère⁸³ ; ces dispositions sont l'une des premières à marquer le régime juridique répressif de l'atteinte aux secrets industriels (les termes "économique" ou "commercial" n'étant toutefois pas encore abordés) de la défense nationale à l'égard des pays et entreprises concurrents. Vingt ans plus tard, la réforme du Code pénal, par l'Ordonnance du 8 juin 1960 ne réussit pas - en pratique - à élargir véritablement le champ d'application du secret de la défense au-delà de ses domaines de prédilections traditionnels ; visant, toujours et seulement les inventions industrielles intéressant la défense nationale⁸⁴. Toutefois, il convient de souligner le poids historique et symbolique attaché aux actes de trahison visant l'industrie de la défense nationale, faisant partie intégrante des graves atteintes à la souveraineté : ces actes étaient, de manière constante, sévèrement sanctionnées, qu'ils soient par un Français ou un étranger, et ce, qu'ils

⁷⁹ Décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions.

⁸⁰ C. pén. ancien 1939, art. 78.

⁸¹ *Supra*, p. 20.

⁸² C. pén. ancien 1939, art. 81, al. 3.

⁸³ B. WARUSFEL, Contre-espionnage et protection du secret : histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France, CHAPITRE 8 - LA PROTECTION DU SECRET DANS UNE SOCIÉTÉ D'INFORMATION, Edition Lavauzel, 2000.

⁸⁴ C. pén. ancien 1960-1994, art. 77 : "*Sera puni de la détention criminelle à temps de dix ans à vingt ans tout Français ou étranger qui, sans autorisation préalable de l'autorité compétente, livrera ou communiquera à une personne agissant pour le compte d'une puissance ou d'une entreprise étrangère soit une invention intéressant la défense nationale, soit des **renseignements, études ou procédés de fabrication se rapportant à une invention de ce genre ou à une application industrielle intéressant la défense nationale***"

soient intentionnels ou non⁸⁵. D'ailleurs, dans le même sens, l'article 418 de l'ancien Code pénal réprimant la violation du secret de fabrique précisait que le maximum des peines prévues *“sera nécessairement appliqué s'il s'agit de secrets de fabriques d'arme et munitions de guerre appartenant à l'Etat”*⁸⁶. Depuis le nouveau Code pénal de 1994, le législateur s'en tient à une conception classique en estimant que le secret défense couvre *“les renseignements économiques ou industriels, mais seulement dans la mesure où ils intéressaient la défense nationale. La protection contre l'espionnage s'arrête aux limites du “complexe militaro-industriels”, sous réserve de la loi du 26 juillet 1968. C'est pourquoi la commission de révision du Code pénal a considéré qu'il fallait à l'avenir assurer la protection des secrets mettant en cause les intérêts fondamentaux de la nation, dont la défense n'est qu'un des éléments”*⁸⁷.

Chapeau. Depuis ces prémices, qu'en est-il aujourd'hui ? Pour appréhender la conception actuelle du régime juridique encadrant la protection de l'information économique au titre du secret de la Défense nationale, nous en analyserons les contours à travers l'étude des trois domaines du droit - précédemment cités - qui y contribuent. Ainsi, après avoir dressé l'état des lieux des articles L2311-1 à L2313-1 du Code de la Défense dressant les principes généraux encadrant ce régime (CHAPITRE I) ; nous verrons de quelle façon le droit de la propriété intellectuelle (CHAPITRE II) et le droit pénal (CHAPITRE III) accompagnent et enrichissent celui-ci.

⁸⁵ C. pén. ancien 1960-1994, art. 78 : *“Sera puni d'un emprisonnement de un à cinq ans tout Français ou étranger qui, sans intention de trahison ou d'espionnage, aura porté à la connaissance d'une personne non qualifiée ou du public une information militaire non rendue publique par l'autorité compétente et dont la divulgation est manifestement de nature à nuire à la défense nationale”*

⁸⁶ C. pén. ancien, art. 418. al. 2., Version en vigueur du 1er janvier 1978 au 3 juillet 1992.

⁸⁷ Rapport n° 2244 sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique, par M. François COLCOMBET, Tome I, Assemblée nationale neuvième législature, fait au nom de la commission des lois, déposée le 26 septembre 1991.

CHAPITRE I - Le droit de la défense nationale

Définition et champ d'application de la protection du secret de la Défense nationale. En vertu de l'article L2311-1 du Code de la Défense faisant un renvoi à l'article 413-9 du Code pénal, *“Présentent un caractère de secret de la défense nationale (...) les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la Défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès”*. Autrement écrit, deux conditions cumulatives doivent être réunies pour que l'information, qu'elle soit matérielle ou non, devienne un secret de la Défense nationale⁸⁸.

- D'une part, elle doit intéresser la Défense nationale : il s'agit généralement d'informations issues d'entreprises industrielles dont l'activité relève directement du secteur de la Base industrielle et technologique de défense (BITD)⁸⁹, telles que Dassault, Safran ou Thales par exemple.
- D'autre part, elle doit faire l'objet d'une *“mesure de classification”*, c'est-à-dire d'une décision officielle de l'autorité administrative compétente déclarant que, compte tenu de son intérêt pour la Défense nationale, l'information doit être placée sous Secret.

L'alinéa 2 du même article, quant à lui, justifie l'intérêt de la mise sous secret de ces informations en expliquant que *“la divulgation ou (...) l'accès [à ces informations] est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale”*. Ici, il est important de comprendre que c'est en raison de la menace que représentent les acteurs hostiles à la Nation ; qu'il s'agisse d'Etat rivaux, d'entreprises étrangères concurrentes ou d'ONG ayant un quelconque intérêt à les détenir ; que ces *“procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers”* sont considérés comme informations sensibles⁹⁰.

⁸⁸ D'ailleurs, l'instruction générale interministérielle (IGI) n°1300 dispose que les informations et supports classifiés font l'objet d'une classification. Le secret ainsi classifié est essentiel pour protéger les intérêts de la Nation, notamment en matière de sécurité, de défense et de souveraineté. Voir Arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale ; et O. DE MAISON ROUGE, *“Les secrets dans la guerre économique : du secret-défense au secret des affaires”*, Village de la Justice, 2025 (consulté le 1er novembre 2025).

⁸⁹ Les entreprises de la Base Industrielle et Technologique de Défense (BITD) regroupent les acteurs industriels participant à la conception, la production et la maintenance des équipements de défense.

⁹⁰ C. Défense, art. L.2311-1 et C. Pénal, art. 413-9.

La Commission du secret de la Défense nationale (CSDN), l'institution phare en la matière. La CSDN est une autorité administrative indépendante et consultative créée par la loi du 8 juillet 1998 avec pour mission d'éclairer, par ses avis, les décisions qu'il appartient au Gouvernement de prendre pour répondre aux demandes de l'autorité judiciaire lorsque celle-ci souhaite accéder à des informations protégées par le secret de la défense nationale⁹¹. Au sens de l'article L2312-2 dudit Code, la Commission rend des avis suite aux demandes des juridictions françaises ou du président d'une des commissions permanentes chargées des affaires de sécurité intérieure, de la Défense ou des finances. Elle se compose de cinq membres : un président, un vice-président en cas d'absence ou d'empêchement, un membre choisi par le Président de la République, un député et un sénateur. Dès lors, la Commission est chargée de donner un avis sur la *“déclassification et la communication d'information ayant fait l'objet d'une classification”*. Il convient de noter que les avis rendus sont uniquement consultatifs, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas force de chose jugée : bien qu'il s'agisse d'une autorité indépendante, ce n'est pas une juridiction, donc ses décisions ne disposent pas d'un titre exécutoire, contrairement à celles d'un juge.

Les modalités de classement et d'accès de l'information classifiée. Les informations et supports classifiés font l'objet d'une classification comprenant seulement deux niveaux : **Secret et très Secret**⁹². Alors que le premier *“est réservé aux informations et supports dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à porter atteinte à la défense et à la sécurité nationale”*⁹³ ; le second correspond *“aux informations et supports dont la divulgation ou auxquels l'accès aurait des conséquences exceptionnellement graves pour la défense et la sécurité nationale”*⁹⁴ et sont spécifiquement définies par le Premier ministre, à la différence du simple Secret. En raison de leur nature secrète, *“les informations et supports classifiés qui ne doivent être communiqués, totalement ou partiellement, en raison de leur contenu qu'à certaines organisations internationales ou à certains Etats ou à leurs ressortissants, portent, en sus de la mention de leur niveau de classification, une mention particulière précisant les Etats, leurs ressortissants ou les organisations internationales pouvant y avoir accès”*⁹⁵.

Pour toute divulgation exceptionnelle à l'étranger, les informations et supports classifiés doivent porter, *“en sus de la mention de leur niveau de classification, la mention particulière*

⁹¹ www.info.gouv.fr/organisation/commission-du-secret-de-la-defense-nationale#:~:text

⁹² C. Défense, art. R2311-2. al. 1.

⁹³ C. Défense, art. R2311-2. al. 2.

⁹⁴ C. Défense, art. R2311-2. al. 3.

⁹⁵ C. Défense, art. R2311-4. al. 2.

“Spécial France”⁹⁶ pour “toute modification du niveau de classification, déclassification, modification ou suppression d’une mention particulière de protection” de l’information ou support en cause⁹⁷.

Sous l’agrégation de l’Agence nationale de la sécurité des systèmes d’informations (ANSSI), lesdits systèmes contenant des informations classifiées doivent obligatoirement faire l’objet d’une homologation de sécurité, préalablement à leur emploi, à un niveau *“au moins égal au niveau de classification”⁹⁸* des informations qu’ils contiennent ; afin d’attester *“de l’aptitude du système à assurer, au niveau requis, la disponibilité, l’intégrité, la confidentialité et la traçabilité des informations qu’il contient”⁹⁹.*

Pour accéder à un lieu disposant d’informations ou supports classés sous secret, les règles sont également très strictes : par principe, *“nul n’est qualifié pour connaître d’informations et supports classifiés”¹⁰⁰ (...) [et] pour accéder à un système d’information ou à ses dispositifs (...) lorsque cet accès permet de connaître des informations classifiées”¹⁰¹* sans habilitation préalable. Ainsi, c’est selon le catalogue des emplois justifiant une habilitation ou sous l’autorité responsable de l’emploi du système en cause, que le demandeur - personne physique ou morale¹⁰² - pourra, ou non, accéder à l’information ou au système d’information, dans le cadre de l’exercice de sa fonction ou l’accomplissement de sa mission¹⁰³.

L’obligation de vigilance des personnes ayant accès à l’information classifiée. Toute personne détenant des informations classifiées - sous couvert de l’homologation précédemment citée - doit les protéger selon un plan de sécurité défini par convention ou dans le cadre des dispositifs prévus pour les opérateurs d’importance vitale. Ce plan fixe les conditions d’accès, les mesures de protection, et prévoit des inspections. En cas de manquement, l’autorité administrative peut imposer des travaux sous trois mois ou retirer l’habilitation¹⁰⁴.

L’effet suspensif du droit à l’information par la mise sous secret. A la lecture du Livre III, ce régime du secret est *“d’application permanente”* ; ce qui signifie qu’il a un effet suspensif

⁹⁶ C. Défense, art. R2311-4. al. 3.

⁹⁷ C. Défense, art. R2311-4. al. 4.

⁹⁸ C. Défense, art. R2311-6-1, al. 1 à 3.

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ C. Défense, art. R2311-7.

¹⁰¹ C. Défense, art. R2311-7-1.

¹⁰² C. Défense, art. R2311-7-2.

¹⁰³ C. Défense, art. R2311-7 et R2311-7-1.

¹⁰⁴ C. Défense, art. R2311-9.

significatif sur le non-droit à l'information de l'objet mis sous secret¹⁰⁵. On peut d'ailleurs assimiler cet effet à celui des inventions ayant un titre de propriété intellectuelle tels que les brevets d'invention, les certificats d'utilité ou les certificats complémentaires de protection¹⁰⁶.

Mais à la différence de la classification sous secret de la Défense nationale, le droit de la propriété intellectuelle prévoit une durée limitée dont le délai court à compter du jour du dépôt de la demande¹⁰⁷. L'Etat, quant à lui, impose une non divulgation de l'information si encadrée - par volonté de protection au sein de la Nation - que l'objet du secret en cause ne pourra probablement jamais (en tout état de cause, seulement lorsque le Gouvernement l'aura décidé) être exploité par l'inventeur à des fins commerciales et concurrentielles telles qu'il pourrait le faire grâce au droit de la propriété intellectuelle. D'ailleurs, nous verrons qu'il s'agit d'un véritable droit d'expropriation de la part de l'Etat à l'égard des entreprises privées¹⁰⁸ (CHAPITRE II).

¹⁰⁵ En parallèle du droit au secret ; l'information relève initialement des droits qu'une personne détient sur un objet lui appartenant. Dans le cadre de ce mémoire, il est essentiel de comprendre que, de prime abord, les personnes morales, ainsi que les personnes physiques habilitées en leur sein, disposent d'un droit de propriété ou d'accès à l'information – ou à son support – avant que celle-ci ne soit placée sous secret. Cette situation renforce ainsi la vigilance quant à son utilisation et réduit les risques d'exploitation par la concurrence.

¹⁰⁶ CPI, art. L611-2 : *“Les titres de propriété industrielle protégeant les inventions sont :*

1° Les brevets d'invention, délivrés pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande ;

2° Les certificats d'utilité, délivrés pour une durée de dix ans à compter du jour du dépôt de la demande ;

3° Les certificats complémentaires de protection rattachés à un brevet dans les conditions prévues à l'article L. 611-3, prenant effet au terme légal du brevet auquel ils se rattachent pour une durée ne pouvant excéder sept ans à compter de ce terme et dix-sept ans à compter de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché mentionnée à ce même article”.

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ *Infra*, CPI, art. L613-19 et L613-20.

CHAPITRE II - Le droit de la propriété intellectuelle

Le titre de propriété intellectuelle : un droit général accordé aux inventeurs du secteur privé. En droit des affaires, tout juriste connaît aujourd'hui le fameux principe selon lequel *"toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation"¹⁰⁹*. La particularité de ce droit réside dans le fait que les titres protégeant les inventions sont délivrés pour une durée légale ; pendant laquelle l'inventeur dispose d'un droit exclusif d'exploitation à compter du jour du dépôt de la demande¹¹⁰. A l'expiration de ce délai, l'extinction des droits exclusifs de l'inventeur emporte la fin de toute action en contrefaçon¹¹¹ ainsi qu'un droit de libre exploitation de l'invention par les tiers.

La licence d'office et le droit d'expropriation : un droit spécial permis au nom de l'intérêt général et de la Défense nationale. Dès la création du Code de la propriété intellectuelle (1992), le législateur a prévu une licence d'office et un droit d'expropriation de l'Etat sur toute invention du secteur privé pouvant intéresser la Défense nationale. Depuis toujours, Elle porte une attention particulière à l'innovation, dans la mesure où elle vise, en permanence, à doter les armées des meilleurs moyens défensifs et offensifs possibles. Dans ce contexte de compétition technologique, l'avance acquise dans un domaine spécifique peut donc revêtir un caractère déterminant. Dès lors, une innovation ne peut être rendue publique lorsqu'elle est susceptible de conférer un avantage opérationnel aux armées, qu'il soit défensif ou offensif, ou lorsque son déploiement est de nature à compromettre la sécurité de la population¹¹². A cet égard, le législateur a donc donné à la défense nationale les moyens de :

- prendre connaissance des innovations faisant l'objet d'une demande de brevet de façon à identifier les demandes intéressant la défense nationale (licence d'office) ;
- et d'interdire la divulgation des public sensibles, par la publication de la demande de brevet ou tout autre moyen tel que l'exploitation de l'invention, c'est-à-dire conserver le secret pour cette invention (droit d'expropriation)¹¹³.

¹⁰⁹ CPI, art. L611-1.

¹¹⁰ CPI, art. L611-2.

¹¹¹ CPI, art. L615-1.

¹¹² François GOUTORBE, Fascicule 4490 : Défense nationale, JurisClasseur Brevets, 2018, p. 1.

¹¹³ *Ibidem*.

Concernant la licence d'office, d'une part : les inventions dont la demande de brevet est en cours peuvent être connues, à titre confidentiel, du ministre chargé de la défense auprès de l'Institut national de la propriété industrielle¹¹⁴. A ce titre, la procédure d'examen préalable du ministre de la défense constitue une véritable suspension temporaire des droits du titulaire¹¹⁵ : tant que le ministre chargé de la propriété industrielle n'a pas donné - sur avis du ministre de la défense - son autorisation, la procédure de propriété industrielle est suspendue ainsi que toute publication ou exploitation par le titulaire. Pour décider s'il y a lieu d'accorder ou non l'autorisation de libre exploitation et de divulgation, les services du ministère de la défense disposent d'un délai maximum légal de 5 mois à compter du jour du dépôt de la demande pour les brevets français, de 4 à 14 mois pour les demandes de brevets européens et de 5 à 13 mois pour les demandes internationales¹¹⁶. D'ailleurs, le lieu du premier dépôt de brevet est à prendre en compte car les conséquences juridiques sont importantes dans le processus de contrôle du secret économique intéressant le secret Défense¹¹⁷. En d'autres termes, l'effet suspensif de la licence d'office est une réelle mise sous scellé pour l'inventeur : grâce à elle, le ministre chargé de la défense devient un enquêteur à part entière ayant le pouvoir d'examiner, en toute discrétion, les vertus stratégiques de l'invention pouvant intéresser la Défense nationale. Par ailleurs, l'Etat peut aussi *“obtenir d'office, à tout moment, pour les besoins de la défense nationale, une licence pour l'exploitation d'une invention, objet d'une demande de brevet ou d'un brevet, que cette exploitation soit faite par lui-même ou pour son compte”*¹¹⁸. En ce sens, le privilège dont dispose l'Etat sur l'invention est sans préavis : la seule condition sinequanone étant évidemment l'intérêt de la Défense nationale, Il peut aussi bien obtenir la licence d'office sur l'invention en cours de demande de brevet ; ou déjà brevetée. Dans le domaine de la technologie et des semi-conducteurs, le législateur est plus

¹¹⁴ CPI, art. L612-8.

¹¹⁵ CPI. art. L. 612-9, L. 614-4 et L. 614-20 pour les brevets et L. 623-9 pour les obtentions végétales : *“Les inventions faisant l'objet de demandes de brevet ne peuvent être divulguées et exploitées librement aussi longtemps qu'une autorisation n'a été accordée à cet effet. Pendant cette période, les demandes de brevet ne peuvent être rendues publiques, aucune copie conforme de la demande de brevet ne peut être délivrée sauf autorisation, et les procédures prévues aux articles L. 612-14, L. 612-15 et au 1° de l'article L. 612-21 ne peuvent être engagées.*

¹¹⁶ CPI. art. L. 612-9 pour les demandes de brevets français ; CPI art . 614-19 pour les demandes de brevets européens ; CPI, L.614-20 pour les demandes de brevets internationaux.

¹¹⁷ Si le dépôt est directement à l'étranger, l'Etat français n'aurait plus la main sur la protection de l'invention car il n'est plus possible de prétendre ultérieurement de mettre au secret une demande de brevet français portant sur la même invention. Pour cette raison, l'article L.614-2 (pour les demandes de brevets européens) et L.614-18 du CPI prévoient que *“la demande doit être déposée auprès de l'INPI quand le déposant a son domicile ou son siège en France et qu'il ne revendique pas la priorité d'un dépôt antérieur en France”*.

¹¹⁸ CPI, art. L613-19, al. 1.

clair concernant l'intérêt de la Défense nationale puisqu'il précise que *“la licence d'office ne peut être accordée que pour une utilisation à des fins publiques non commerciales ou pour remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle à la suite d'une procédure juridictionnelle ou administrative¹¹⁹”*. Ici, l'objectif de l'Etat est stratégique : bien qu'il ne mette directement en lumière l'intérêt porté à sa souveraineté économique, la protection des inventions technologiques a - évidemment - un intérêt pour la prospérité économique de la nation, voire même pour celle de l'Union européenne. De cette façon, le législateur permet de garantir un contrôle étatique sur les innovations stratégiques tout en préservant un équilibre entre l'intérêt public et les droits de propriété intellectuelle des inventeurs.

Concernant le droit d'expropriation, d'autre part : l'article L613-20 du Code de la propriété intellectuelle confère à l'Etat le droit *“à tout moment, par décret, [d'] exproprier, en tout ou partie, pour les besoins de la défense nationale, les inventions, objet de demandes de brevet ou de brevets¹²⁰”*. En permettant à l'Etat d'exproprier une invention brevetée ou en cours de brevetage, l'article L. 613-20 du CPI consacre une logique de souveraineté et de sécurité nationale dans laquelle l'innovation stratégique ne peut rester sous le contrôle exclusif d'intérêts privés. Afin de conserver cet équilibre entre intérêt général et intérêts privés de l'inventeur, le CPI prévoit une indemnité d'expropriation pouvant être fixée soit par un accord amiable, soit par le tribunal judiciaire¹²¹, conformément aux principes et à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la loi de nationalisation¹²². Le Conseil y précise notamment que *“la nécessité publique légalement constatée”* peut justifier une privation de propriété, sous réserve du respect des garanties constitutionnelles, au premier rang desquelles figure l'indemnisation¹²³. De cette façon, le droit de propriété de l'inventeur, protégé - entre autres - par les articles 2 et 17 de la DDHC de 1789¹²⁴, n'a donc pas un caractère absolu et peut faire l'objet d'atteintes ou de privations dès lors qu'elles sont justifiées par un motif d'intérêt général et accompagnées d'une indemnisation juste et préalable. Au delà de l'échelle nationale, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) vient nuancer les dires du Conseil constitutionnel en affirmant que le droit d'expropriation d'une invention pour les besoins de la défense nationale doit être apprécié à l'aune de l'article 1 du Protocole n°1

¹¹⁹ CPI, art. L.613-19-1.

¹²⁰ CPI, art. L613-20., al. 1.

¹²¹ CPI, art. L613-20., al. 2.

¹²² Loi n° 82-155 du 11 février 1982 de nationalisation.

¹²³ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

¹²⁴ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 2 et 17.

protégeant le droit au respect des biens¹²⁵. Toutefois, ce droit n'est pas absolu : une privation de propriété peut être justifiée par un objectif légitime d'intérêt général, à condition qu'elle respecte un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux de l'individu¹²⁶. D'ailleurs, ce principe européen a été renforcé plusieurs fois par la jurisprudence de la CEDH dans les années 1980¹²⁷.

Les effets juridiques sur le titulaire. Prerogatives avantageuses pour l'Etat, contrainte pour l'inventeur ... Qu'il s'agisse de la licence d'office ou de l'expropriation, le critère selon lequel le brevet ou la demande de brevet soient soumis à la seule condition des *“besoins de la défense nationale”* confère à l'Etat un critère si large que l'appréciation du besoin est laissé à sa discrétion¹²⁸. Ainsi, entre la licence d'office et le droit d'expropriation de l'Etat sur l'invention du titulaire ; la principale différence réside dans le niveau de contrainte : alors que la préemption laisse au détenteur une marge de liberté sur l'exploitation de son invention, l'expropriation impose la cession de l'invention à l'Etat. Et puisque, entre ces deux droits, l'Etat reste seul décisionnaire, tant du choix que du moment de leur utilisation, l'inventeur vit en permanence avec une épée Damoclès au-dessus de la tête dès lors que son domaine d'activité touche à l'industrie de la défense. Doit-il alors se sentir gracié de l'indemnité dont il peut bénéficier ... Quoi qu'il en coûte, toute atteinte aux mesures prises au nom du secret de la Défense nationale sera réprimée par le droit pénal (CHAPITRE III).

¹²⁵ Convention européenne des droits de l'homme de 1952 (mis à jour au 28 février 2025), Art. 1 - Protection de la propriété : *“Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.”*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982 et CEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986 : la Cour affirme à plusieurs reprises que toute ingérence dans le droit de propriété doit être légale, poursuivre un but légitime et être proportionnée. En 1986, la CEDH reconnaît aux États une large marge d'appréciation en matière d'expropriation, notamment lorsque celle-ci répond à des objectifs économiques, sociaux ou stratégiques.

¹²⁸ Marc SABATIER, Fasc. 4780 : MESURES AUTORITAIRES SUR BREVET D'INVENTION. – Licences autoritaires, JurisClasseur Brevets, 2018, p. 35.

CHAPITRE III - Le droit pénal

Principes généraux contemporains des atteintes au secret de la défense nationale. En vertu des articles 413-9¹²⁹ et 413-10 du Code pénal, le législateur apporte une attention particulière aux métiers pouvant toucher, de près ou de loin, à une information ou un procédé ayant un caractère de secret de la défense nationale : *“Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende le fait, par toute personne dépositaire, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui a un caractère de secret de la défense nationale, soit de le détruire, détourner, soustraire ou de le reproduire, soit d'en donner l'accès à une personne non qualifiée ou de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée¹³⁰”* ; ainsi que *“le fait, par la personne dépositaire, d'avoir laissé accéder à, détruire, détourner, soustraire, reproduire ou divulguer le procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier visé à l'alinéa précédent¹³¹”*. Rappelons qu'en droit pénal général, la qualification d'une infraction repose sur la réunion de deux éléments ; à savoir un élément matériel (le fait principal punissable) et un élément moral (à savoir l'intention ou l'imprudence de l'auteur). Précisons que l'élément matériel peut être de deux ordres : un acte positif (le fait de faire) ou un acte négatif (le fait de ne pas faire). Ainsi, à la lecture des deux premiers alinéas de l'article 413-10, il importe peu que l'auteur de l'atteinte soit actif ou passif pour le qualifier ainsi. En outre, pour toute atteinte du fait d'un acte d'imprudence ou de négligence par la personne dépositaire, l'infraction est réduite à trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende¹³². Par conséquent, nulle place pour le droit à l'erreur : toute personne détenant une information relevant du secret de la défense est tenue d'une obligation - de moyen ET de résultat - de confidentialité en raison des responsabilités professionnelles dont elle dispose au moment des faits.

De l'autre côté de la scène de crime, l'article 413-11 prévoit la répression de toute autre personne commettant les mêmes faits en dehors du cadre professionnel, commettant les mêmes faits¹³³. Ici, on remarque que le droit pénal est plus sévère avec les personnes

¹²⁹ *Supra*.

¹³⁰ C. pén., art.413-10, al. 1.

¹³¹ C. pén., art.413-10, al. 2.

¹³² C. pén., art.413-10, al. 3.

¹³³ C. pén., art.413-11 : *“Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par toute personne non visée à l'article 413-10 de :*

dépositaires d'un titre professionnel que celles qui n'en n'ont pas au moment des faits : en effet, alors que les premières sont susceptibles d'une sanction "*de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende*¹³⁴" ; les secondes seront confrontées à une peine de "*cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende*¹³⁵". On comprend ainsi que la Défense nationale impute une obligation de vigilance plus accrue de la part des professionnels travaillant au sein des établissements liés à l'industrie de la Défense. Comme le prétend un célèbre adage, *un grand pouvoir implique de grandes responsabilités* ...

La livraison d'informations à l'étranger : une trahison pour la nation. En adoptant une posture répressive sévère, le droit pénal français qualifie la livraison d'informations à une puissance étrangère comme acte criminel de trahison - ou d'espionnage, selon le contexte - en ce qu'elle porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. En ce sens, "*Le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, [des informations et supports classifiés] dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende*¹³⁶". Pour les articles 411-7¹³⁷ et 411-8¹³⁸ du Code pénal, les sanctions sont légèrement moins lourdes. Alors que le premier sanctionne la livraison d'informations de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation par le recueil ou le rassemblement d'information, le second vise l'exercice d'une activité - de ladite nature -

1° S'assurer la possession, accéder à, ou prendre connaissance d'un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale ;

2° Détruire, soustraire ou reproduire, de quelque manière que ce soit, un tel procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier ;

3° Porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée un tel procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier."

¹³⁴ C. pén., art.413-10, al. 1.

¹³⁵ C. pén., art.413-11, al. 1.

¹³⁶ C. pén., art.411-6.

¹³⁷ C. pén., art.411-7 : "*Le fait de recueillir ou de rassembler, en vue de les livrer à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents, des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.*"

¹³⁸ C. pén., art. 411-8 : "*Le fait d'exercer, pour le compte d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou de leurs agents, une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison de dispositifs, renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.*"

pour le compte d'une puissance étrangère. Considéré comme un crime politique contre la nation, l'Etat et la paix publique ; la livraison d'informations à une puissance étrangère s'avère bafouer les mesures mises en place par les institutions publiques et privées érigeant la souveraineté nationale ; pouvant ainsi favoriser la position des concurrents et espions étrangers.

D'ailleurs, l'article 411-12 prévoit une augmentation d'environ un tiers supplémentaire du montant maximum de la peine privative de liberté par rapport à la peine initiale : cette peine concerne le cas - particulier mais pas des moindres - d'un crime ou d'un délit qui, sans être spécifiquement commis contre la nation (telle que le prévoit le Livre IV) ; serait néanmoins commis "dans le but de servir les intérêts d'une puissance étrangère ou d'une entreprise ou d'une organisation étrangère ou sous contrôle étranger". Ainsi, prenons l'exemple de l'auteur d'un vol de recette culinaire agissant pour une entreprise agro-alimentaire étrangère : l'infraction ne pouvant entrer dans le champ d'application des articles 411-6, 411-7 ou 411-8 en raison de l'absence d'information dont la divulgation est de nature à porter atteinte aux intérêts **fondamentaux** de la nation (autrement écrit, **n'étant pas directement lié au secteur de l'industrie et de la défense**) ; l'emploi de l'article 411-12 est un outil juridique stratégique fort utile car il suffit que cette atteinte (dans notre exemple, par la soustraction frauduleuse de la recette) soit commise au bénéfice d'un acteur étranger, pour que l'auteur de celle-ci puisse être sanctionné plus sévèrement.

Les zones protégées : un champ d'application en terre inconnue. Concernant ces zones protégées intéressant la défense nationale¹³⁹, le législateur reste prudent puisqu'il prévoit une sanction pour toute tentative¹⁴⁰ ou fait "*dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications*"¹⁴¹. A travers l'écriture de cet article, le législateur n'établit pas de champ d'application territorial précis. En se suffisant à la formulation "*dans les locaux et terrains clos (...) délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications*"¹⁴² il est envisageable que certaines zones au

¹³⁹ C. pén., "Section 1 : Des atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées intéressant la défense nationale (Articles 413-1 à 413-8)".

¹⁴⁰ C. pén., art.413-8.

¹⁴¹ C. pén., art.413-7.

¹⁴² *Ibidem*.

sein desquelles les informations sensibles sont protégées ne soient pas en France. Ainsi, dans un contexte de guerre économique internationale, il est aisé d'imaginer qu'une institution publique ou une entité privée puisse utiliser ses implantations à l'étranger de façon à disperser ses informations stratégiquement. Naturellement, chaque acteur adoptera sa stratégie propre, en fonction de sa politique organisationnelle¹⁴³.

Conclusion. Bien que le droit au secret de la défense nationale prévoit un régime de protection de l'information économique sensible lorsque celle-ci concerne les secteurs de l'industrie et de la Défense, la France possède nombre d'autres secteurs d'activités économiques ne pouvant pas entrer dans ce champ de protection. Par ailleurs, notre Société d'information contemporaine évolue constamment. Au regard du développement des secteurs numérique et technologique, l'encadrement de la mise sous secret des informations sensibles se transforme et dépend de nouveaux facteurs (TITRE II).

¹⁴³ Pour plus d'information sur les modalités des zones protégées, voir les articles R.413-1 à R.413-6 du Code pénal.

TITRE II - LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE À L'ÉPREUVE DE LA TRANSFORMATION DE L'INFORMATION

Historiquement conçue comme un instrument de protection des intérêts militaires et diplomatiques de l'Etat, la notion de secret connaît, aujourd'hui, une recomposition profonde à l'aune de la guerre économique et informationnelle. Face à l'extension des rivalités des puissances dans les domaines scientifiques, technologiques et économiques, la protection du secret économique est élargie à un périmètre stratégique qui ne se limite plus aux seules informations classifiées ni à des instruments strictement étatiques ou militaires au sens stricte du secret de la défense nationale¹⁴⁴. Dans ce contexte, la protection du secret connaît trois transformations majeures¹⁴⁵ : la mutation de l'objet du secret, l'information stratégique n'étant plus exclusivement militaire mais aussi économique, technologique et scientifique (CHAPITRE I) ; la diversification des acteurs de sa protection, où les entreprises privées deviennent les détenteurs centraux d'informations sensibles (CHAPITRE II) ; et enfin, la mutation des supports informationnels qui le protègent, sous l'effet de la numérisation et de l'interconnexion des systèmes d'informations créant de nouvelles vulnérabilités (CHAPITRE III).

CHAPITRE I - La mutation de l'objet du secret : de la défense militaire à la sécurité économique

Avant-propos. L'information représente aujourd'hui la source dominante de la richesse et du pouvoir d'une souveraineté¹⁴⁶. Pour cette raison, le secret est un facteur stratégique majeur de puissance et de vulnérabilité pour les États, constituant la protection la plus utile pour protéger l'information. Aujourd'hui, la maîtrise des données, des technologies et des savoir-faire conditionne la compétitivité économique des États autant que leur sécurité nationale. Dès lors, la protection du secret ne peut plus être pensée uniquement sous l'angle militaire et doit intégrer les dimensions scientifiques, industrielles et économiques de la

¹⁴⁴ O. DE MAISON ROUGE, *“Les secrets dans la guerre économique : du secret-défense au secret des affaires”*, Village de la Justice, 2025 (consulté le 1er novembre 2025).

¹⁴⁵ B. WARUSFEL, *Contre-espionnage et protection du secret : histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, CHAPITRE 8 - LA PROTECTION DU SECRET DANS UNE SOCIÉTÉ D'INFORMATION, Edition Lavauzel, 2000, p. 240.

¹⁴⁶ *Supra.* p. 5.

souveraineté¹⁴⁷. Paradoxalement, l'essor des technologies numériques, l'expansion de la recherche et du développement (R&D) et l'intensification des flux informationnels rendent la circulation de l'information à la fois indispensable et dangereuse : plus l'information est valorisée économiquement, plus sa diffusion est nécessaire à son exploitation ... Mais plus l'information circule, plus elle devient vulnérable aux captations, aux détournements et à l'espionnage économique. En somme, cette tension contribue à une diminution de la sphère du secret au profit d'une information ouverte et croissante, tout en accentuant la nécessité de mécanismes de protection juridiques adaptés.

Les tentatives d'adaptation du secret de la défense nationale. Face à cette mutation, la défense nationale cherche à étendre ses mécanismes de protection au-delà du strict périmètre militaire. Outre la protection traditionnelle des secrets relatifs aux armements et aux opérations de défense, diverses mesures ont été mises en place pour assurer une protection périphérique des informations économiques et technologiques sensibles. Ces dispositifs ne relèvent pas toujours directement du régime du secret de la défense nationale, mais participent, indirectement, à la préservation des intérêts fondamentaux de la nation : ils concernent notamment la protection du potentiel scientifique et technique (PPST), le contrôle des échanges à l'international, les restrictions à l'exportation de technologies sensibles ou encore l'encadrement des coopérations scientifiques¹⁴⁸. Toutefois, il est à savoir que ces dispositifs nationaux découlent d'une prise de conscience progressive des risques liés à l'ingérence juridique étrangère dans les affaires économiques de la France.

1° La loi de blocage et la protection contre les ingérences étrangères. Face au FCPA américain de 1977, la France a souhaité - coûte que coûte - faire obstacle aux mesures d'instruction émanant d'autorités judiciaires étrangères. Pour pallier les difficultés rencontrées dans la protection du secret économique au service de la préservation du patrimoine national, le législateur adopte une approche plus stratégique : en prenant en compte l'évolution numérique impactant les moyens de communication des informations, il améliore l'encadrement et la répression des menaces émanant de l'étranger. Par la loi du 16 juillet 1980

¹⁴⁷ Arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale ; et SGDSN, IGI n°1300 relative à la protection du secret de la défense nationale, 2021 (consultés en octobre 2025).

¹⁴⁸ SGDSN, "Protéger le potentiel scientifique et technique de la nation", 2025. <https://www.sgdsn.gouv.fr/nos-missions/proteger/proteger-le-potentiel-scientifique-et-technique-de-la-nation>

dite *loi de blocage*¹⁴⁹, l'objectif est d'empêcher la communication d'informations sensibles à des autorités étrangères en cas d'application de procédures extraterritoriales (telles que le FCPA, entre autres). À ce titre, le législateur prévoit une protection complémentaire du secret de la Défense nationale par une restriction, sous peine de sanctions pénales, de la transmission de certaines informations non secrètes à des personnes de nationalité étrangère. Pour qualifier l'infraction, les conditions sont plus souples qu'en 1968¹⁵⁰ : désormais, il n'est plus nécessaire de prouver que la communication de ces informations porte préjudice aux intérêts nationaux. Il suffit que celles-ci tendent à "*la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci*"¹⁵¹. Ainsi, cette interdiction de transmission des informations sensibles susceptibles de porter atteinte à la souveraineté nationale permet à la France - bien qu'indirectement - une meilleure protection de ses secrets économiques. Malgré cette réécriture, il n'empêche que la loi de blocage suscite aujourd'hui des améliorations¹⁵².

2° La protection du potentiel scientifique et économique (PPSE) comme intérêt fondamental. En 1994, l'article 410-1 du Code pénal consacre et intègre juridiquement le PPSE parmi les intérêts fondamentaux de la nation¹⁵³. Au-delà d'une protection des informations classifiées *stricto sensu*, les articles 410-1 à 410-19 du Code pénal prévoient la répression de toute atteinte susceptible de fragiliser durablement la capacité de la France à innover, produire et rester compétitive dans ses secteurs économiques et militaires stratégiques. Cette protection associe les administrations de l'Etat, les opérateurs d'importance vitale (OIV), les entreprises stratégiques et les établissements de recherche. Cette reconnaissance pénale figure comme une continuité de la PPST et à première vue, toute information économique semble protégée. Toutefois, cette PPSE relève quelques ambiguïtés :

¹⁴⁹ Loi n°80-538 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, 17 juillet 1980, p. 1799

¹⁵⁰ Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (dite "Loi de Discovery").

¹⁵¹ Loi n°80-538 16 juillet 1980, art. 1 bis.

¹⁵² Infra. p. 55-56.

¹⁵³ C. pénal, art. 410-1 : "*Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique, notamment agricole, et de son patrimoine culturel.*".

pour que ce droit pénal s'applique, l'atteinte doit, de façon cumulative, dépasser le simple préjudice concurrentiel et menacer la nation dans son ensemble (du moins, dans un secteur stratégique majeur). À cet égard, la protection pénale demeure principalement orientée vers des atteintes graves à la sécurité nationale, limitant son efficacité pour protéger les informations économiques concurrentielles relevant du secteur privé. Cette protection pénale, conçue avant tout pour les besoins de l'Etat, se révèle donc insuffisante et met en lumière la nécessité d'un régime juridique autonome distinct du secret de la défense nationale, destiné à assurer la protection des secrets économiques dans notre contexte concurrentiel actuel.

3° La protection du potentiel scientifique et technologique (PPST). D'abord discutée par le Professeur Bertrand Warusfel dans les années 2000¹⁵⁴ puis instituée par le décret n°2011-1425 du 2 novembre 2011¹⁵⁵, la politique de PPST constitue aujourd'hui le cadre juridique de la sécurité économique française : elle vise à protéger les savoirs, expertises et technologies les plus sensibles des établissements publics et privés localisés sur le territoire national, dont la captation par les acteurs étrangers est notamment susceptible de porter atteinte aux intérêts stratégiques de la Nation¹⁵⁶. Contrairement aux approches anciennes fondées sur une conception extensive et imprécise du patrimoine national¹⁵⁷, la PPST repose sur une dynamique préventive et partenariale associant l'Etat, les organismes de recherche et

¹⁵⁴ B. WARUSFEL, Contre-espionnage et protection du secret : histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France, CHAPITRE 8 - LA PROTECTION DU SECRET DANS UNE SOCIÉTÉ D'INFORMATION, Edition Lavoisier, 2000, p. 240-245 (consulté en juillet 2025). A cette période, l'auteur affirmait déjà qu'outre la protection du secret industriel relatif aux armements et matériels de guerre, la protection des secrets économiques ou technologiques pouvait aussi exister à travers certaines réglementations sans rapport direct avec la protection du secret ; et assurait indirectement une protection périphérique du secret économique. Venant compléter les mesures spécifiques prises au niveau des dépôts de demandes des titres de propriété industrielle ou de l'exécution des marchés classés de défense, ces mesures périphériques pouvaient être considérées comme contribuant indirectement à la protection de certains secrets économiques. A ce titre, il était ainsi question de mesures de *protection du patrimoine national scientifique et technique* en matière de contrôle des visites, stages, coopération, contrôle à l'exportation des produits et technologies sensibles, limitations de communication de certaines informations à l'étranger.

¹⁵⁵ Décret n° 2011-1425 du 2 novembre 2011 portant application de l'article 413-7 du code pénal et relatif à la protection du potentiel scientifique et technique de la nation.

¹⁵⁶ *Ibidem* ; et Gouvernement, Protection du Potentiel Scientifique et Technologique, (source : <https://quantique.france2030.gouv.fr/securite-protection/protection-du-potentiel-scientifique-et-technologie/>). : *“Le dispositif de PPST vise à protéger les savoirs, expertises et technologies les plus « sensibles » des établissements publics et privés (laboratoires de recherches, entreprises, etc.) localisés sur le territoire national, dont le détournement ou la captation pourraient : porter atteinte aux intérêts économiques de la nation ; renforcer des arsenaux militaires étrangers ou affaiblir les capacités de défense françaises ; contribuer à la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs ; être utilisés à des fins terroristes sur le territoire national ou à l'étranger.”*

¹⁵⁷ *Supra*. p. 38-39.

les entreprises. Précisément, grâce à un dialogue avec les services de l'Etat, tout établissement (public ou privé) a la possibilité d'obtenir une évaluation de la sensibilité de ses activités, et le cas échéant, recourir au dispositif de la PPST pour se protéger au mieux. Cette coordination permet de prendre en compte les spécificités de chaque entité et d'envisager une protection adaptée selon les risques et en fonction des moyens disponibles¹⁵⁸. En pratique, la PPST offre une protection juridique et administrative aux entités bénéficiaires du dispositif et permet notamment :

- d'encadrer les accès physiques et logiques des zones à régime restrictif (ZRR) après consultation du ministère compétent ;
- d'assurer une protection juridique contre les actes malveillants susceptibles de porter atteinte à l'honorabilité et la compétitivité de l'entité (usage frauduleux d'informations, vol ou captation de données sensibles, pratiques anticoncurrentielles, intrusions dans les systèmes d'information, etc.) ;
- de bénéficier de l'appui de l'Etat dans une démarche de renforcement du niveau de sécurité ;
- de mettre en place une équipe responsable, formée et sensibilisée aux enjeux de protection ;
- ou encore d'intégrer une communauté de confiance propice au développement de partenariats de recherche et industriels¹⁵⁹.

En d'autres termes, il ne s'agit plus d'une appropriation étatique des informations, mais de la mise en œuvre de mesures de sensibilisation, de contrôle et de sécurisation des actifs immatériels stratégiques détenus par les acteurs économiques publics et privés¹⁶⁰. Entre autres, les technologies quantiques font partie de ce potentiel à protéger en raison de leurs nombreuses applications dans les domaines civils et de la défense¹⁶¹. D'ailleurs, la France souhaite être un leader mondial du quantique d'ici 2030¹⁶² : voilà de quoi user stratégiquement de la PPST.

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² *Ibidem.*

CHAPITRE II - La mutation des acteurs du secret : l'Entreprise au coeur de la sécurité nationale

De l'Etat à l'Entreprise. En Europe, l'influence américaine du système juridique des affaires a profondément renversé la perspective de protection du secret : initialement né et géré au sein de l'administration, les nations voient désormais leurs secrets naître au sein des entreprises. Aujourd'hui, les informations stratégiques ne sont plus produites exclusivement par l'Etat, mais majoritairement par les entreprises privées telles que les start-up d'innovations, les laboratoires de recherche, ou encore les grands groupes... Passant ainsi du public au privé, le Secret fait face à une nouvelle réalité économique et stratégique. De cette façon, les acteurs du secret - producteurs et détenteurs - se diversifient de façon hétérogène et ses secteurs sont multiples : économie marchande, recherches scientifique et technologique, relations sociales, services collectifs de la culture, relations internationales ... Chacun de ces services contenant de nombreuses informations stratégiques économiques, financières, sociales, culturelles et parfois même politiques, l'Entreprise privée - peu importe sa taille - devient alors la nouvelle source d'informations pour les acteurs concurrentiels étrangers. Initialement, le secret Défense est un secret protégé par l'administration, donc par le droit public, se caractérisant principalement par son exigence, sa stabilité et sa hiérarchie traditionnelle (tels que la permanence du personnel, les règles spécifiques de loyauté, des réserves statutaires applicables, l'importance apportée aux structures hiérarchiques ou encore l'absence d'intérêts privés divergents). Les secrets économiques des personnes privées, quant à eux, obéissent à des modes d'organisation et des logiques de comportements différents. Alors, comment reproduire, dans un environnement différent (l'Entreprise en situation concurrentielle) un niveau de protection équivalent à celui des services publics ? Soumise à des impératifs de compétitivité, de mobilité du personnel et de circulation de l'information, l'Entreprise ne dispose pas spontanément des mêmes outils de protection de l'information stratégique.

Les marchés classifiés de défense nationale. Avant la refonte du dispositif de protection du secret de la défense nationale en 2011, la sécurisation des informations classifiées au sein des entreprises intervenant pour la Défense reposait principalement sur des mécanismes contractuels, notamment à travers les clauses spécifiques du Cahier des Clauses

Administratives Générales applicables aux marchés industriels (CCAG/MI)¹⁶³ et les instructions ministérielles sectorielles¹⁶⁴. Depuis l'entrée en vigueur de l'IGI 1300¹⁶⁵, le régime des marchés classifiés de défense nationale constitue une tentative de transposition des mécanismes étatiques de protection du secret au sein des entreprises travaillant pour la Défense (BITD). De cette façon, l'État impose désormais au titulaire privé des obligations contractuelles strictes en matière de sécurité, de contrôle du personnel et de conservation des informations classifiées.

La limite des marchés classifiés de défense nationale. Toutefois, ce régime demeure circonscrit au champ de la défense nationale, ne couvrant pas une grande partie des informations stratégiques détenues par les entreprises privées. Or, la guerre économique contemporaine cible prioritairement des données commerciales, industrielles, financières ou technologiques situées en dehors du périmètre strictement militaire. Cette limite justifie d'ailleurs l'émergence de régimes juridiques adaptés, tels que le secret des affaires, destiné à assurer une protection adaptée aux réalités concurrentielles actuelles¹⁶⁶. En outre, cette redéfinition ne constitue qu'une partie du bouleversement : les supports utilisés par ces acteurs connaissent, eux aussi, une profonde transformation entraînant de nouveaux outils juridiques et techniques (CHAPITRE III).

¹⁶³ Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés industriels, décret n°80-809 du 14 octobre 1980.

¹⁶⁴ Telles que les instructions ministérielles n°2000 ou n°2500, par exemple.

¹⁶⁵ Arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale

¹⁶⁶ *Infra.* p. 46.

CHAPITRE III - La mutation des supports du secret : la vulnérabilité des systèmes d'information

Les systèmes d'information comme vecteurs de risques stratégiques. Dématérialisation, délocalisation et indisponibilité de l'information : la numérisation généralisée des activités économiques et administratives a profondément transformé les supports du secret. En effet, la dématérialisation des données, leur duplication quasi instantanée et leur circulation permise grâce à l'interconnexion constante accroissent de façon considérable les risques d'atteinte à la confidentialité. En tant que cibles privilégiées de la guerre économique, les systèmes d'information exposent ainsi les États et les entreprises à des risques d'espionnage, de sabotage et de manipulation de l'information¹⁶⁷.

Typologie des menaces informationnelles numériques. La sécurité des systèmes d'information repose principalement sur trois piliers : **l'accessibilité**, qui garantit son utilisation permanente pour remplir les fonctions prévues ; **l'intégrité**, qui préserve les données et programmes de toute altération afin d'assurer la fiabilité des résultats ; **et la confidentialité**, qui limite l'accès aux données sensibles aux seules personnes habilitées. En découle alors trois types d'atteintes

- **les atteintes à l'accessibilité** : elles regroupent tout acte empêchant le système de fonctionner, qu'il soit volontaire (sabotage physique ou logique) ou involontaire (accidents numériques) ;
- **les atteintes à l'intégrité** : ce sont les altérations du traitement du système, souvent par sabotage logique accompagné de manipulations frauduleuses ;
- **et les atteintes à la confidentialité** : celles-ci désignent l'accès clandestin à des données protégées, relevant de l'espionnage électronique. Souvent, l'objectif est de les diffuser et/ou les reproduire¹⁶⁸.

¹⁶⁷ B. WARUSFEL, Contre-espionnage et protection du secret : histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France, CHAPITRE 8 - LA PROTECTION DU SECRET DANS UNE SOCIÉTÉ D'INFORMATION, Edition Lavauzel, 2000, p. 290 et s. (Ces informations, provenant d'une source bibliographique datant de l'année 2000, ont été sélectionnées et réécrites personnellement en adaptation au contexte contemporain).

¹⁶⁸ *Ibidem.*, p. 290 et s. (Ces informations, provenant d'une source bibliographique datant de l'année 2000, ont été sélectionnées et réécrites personnellement en adaptation au contexte contemporain).

Les risques spécifiques menaçant la sécurité nationale. Pour l'Etat, les principales menaces touchant aux systèmes d'information concernent désormais, de manière indissociable, les secteurs militaire (les systèmes C3I¹⁶⁹ de commandement, de communication et de renseignement), les infrastructures civiles critiques (réseaux publics de télécommunications, systèmes de gestion de l'énergie, des transports ou de l'eau) ainsi que les administrations et opérateurs détenant des données sensibles, notamment en raison de leur caractère nominatif, économique ou stratégique¹⁷⁰. Ces systèmes constituent aujourd'hui des cibles privilégiées, non seulement en raison de l'espionnage économique étranger, mais plus largement des stratégies de cyber-ingérence ; justifiant ainsi la sécurisation renforcée des systèmes d'information et de communication. D'ailleurs, si l'on examine les comportements nuisibles liés à ces menaces, trois risques principaux d'atteintes sont à distinguer :

- **les risques d'espionnage numérique d'informations sensibles ou classifiées** (tels que le cyber-espionnage étatique ou le phénomène de *supply chain attacks*¹⁷¹) ;
- **les risques de sabotage des systèmes d'information vitaux** (telles que les cyberattaques d'infrastructures des réseaux énergétiques, hospitaliers ou de transport) ;
- **les risques de manipulation frauduleuse de données et de désinformation** (telles que les manipulations de marché et les campagnes de désinformation sur les réseaux sociaux)¹⁷².

Conclusion. En somme, la multiplication et la sophistication des menaces pesant sur les systèmes numériques justifient la mise en œuvre de mesures de cybersécurité renforcées, tant sur le plan technique que juridique afin de garantir la confidentialité des informations sensibles et stratégiques. Toutefois, l'évolution progressive de la nature du secret, de ses détenteurs et de ses supports révèle que l'information économique stratégique n'est plus l'apanage de l'Etat, mais émane désormais largement du secteur privé. Ces informations, allant bien au-delà du périmètre de la défense nationale, n'en demeurent pas moins porteuses d'enjeux majeurs de souveraineté, de compétitivité et de puissance économique. Dès lors, la protection juridique du secret économique ne saurait plus se limiter à un régime conçu exclusivement pour les besoins de la sécurité nationale, mais appelle l'élaboration d'un cadre

¹⁶⁹ C3I est l'acronyme anglo-saxon de *Command, Control, Communication and Intelligence*, désignant les systèmes intégrés de communication et de commandement.

¹⁷⁰ *Ibidem.*, p. 290 et s. (Ces informations, provenant d'une source bibliographique datant de l'année 2000, ont été sélectionnées et réécrites personnellement en adaptation au contexte contemporain).

¹⁷¹ Dans une *supply chain attack*, les hackers ciblent un fournisseur tiers de confiance pour s'en prendre à une cible de plus grande valeur.

¹⁷² *Ibidem.*, p. 290 et s.

juridique spécifiquement adapté aux réalités concurrentielles contemporaines et aux flux informationnels accrus. Dans cette perspective, les États-Unis - en tant que fervents défenseurs de l'économie libérale - ont été les premiers à mettre en place un système politique et juridique de lutte contre l'espionnage économique au bénéfice des entreprises privées.

Ainsi, il convient désormais d'analyser comment la France s'est inscrite dans cette dynamique en se dotant, à son tour, d'un instrument juridique dédié à la protection des informations économiques stratégiques des acteurs privés, à travers le régime juridique du secret des affaires (SECONDE PARTIE).

SECONDE PARTIE : L'INFORMATION ÉCONOMIQUE PROTÉGÉE

PAR LE SECRET DES AFFAIRES

Les affaires. *“Action en projet ou en cours”, “Action ou ensemble d’action ayant une certaine publicité ou notoriété”, “Toute activité d’achat, d’échange, de vente”, “Chose abstraite ou concrète à laquelle une ou plusieurs personnes sont intéressées”, “Objet correspondant à un désir”*¹⁷³ : tant de détours pour définir une simple “affaire” ... Dès sa première apparition, elle s’impose déjà comme objet de convoitises.

Selon le Dictionnaire du droit privé, une affaire est une activité ou pratique économique impliquant le plus souvent une entreprise privée. C’est ainsi que juridiquement parlant, le droit des affaires inclut une multitude de régimes sous-jacents tels que le droit commercial, le droit fiscal, le droit du travail, le droit des entreprises ou encore le droit de la propriété intellectuelle¹⁷⁴.

Le secret des affaires. Déjà élevé au rang de norme juridique européenne et internationale¹⁷⁵, le secret des affaires peut être invoqué dès lors qu’une activité se déploie en milieu concurrentiel. Il peut aussi bien s’appliquer dans le cadre d’une entreprise privée que d’une association - à but lucratif ou non - ou d’un établissement public. Naturellement, il est interprété de manière plus extensive concernant les organismes exerçant exclusivement une activité concurrentielle. Le secret des affaires comporte trois dimensions :

- **le secret des procédés**, protégeant les informations susceptibles de dévoiler le savoir-faire de l’entreprise (telles que les techniques de fabrication, les matières premières utilisées, les qualifications du personnel ou encore les travaux de recherche) ;
- **le secret des informations économiques et financières**, regroupant les renseignements relatifs à la citation économique d’une société, à sa santé financière et à l’état de son crédit (en dehors des éléments de comptabilité se rapportant à la mission de service universel de l’Entreprise) ;

¹⁷³ Définitions d’Affaire, <https://www.cnrtl.fr/definition/affaires>.

¹⁷⁴ Définition d’Affaire de Serge Braudo, Conseiller honoraire à la Cour d’appel de Versailles, Dictionnaire du droit privé. <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/affaire.php>

¹⁷⁵ O. DE MAISON ROUGE, *Le droit de l’intelligence économique : Patrimoine informationnel et secrets d’affaires*, Lamy Axe Droit, 2012, p. 79.

- **et le secret des stratégies commerciales**, visant les prix et les remises pratiquées, les listes de fournisseurs, ou encore les politiques de développement à l'exportation¹⁷⁶.

En droit français, le secret des affaires est devenu un outil juridique de protection des secrets économiques à partir de 2018¹⁷⁷ : depuis, ce régime protège les informations confidentielles ayant une valeur commerciale, effective ou potentielle, en raison de leur caractère secret, à condition qu'elles fassent l'objet de mesures de protection raisonnables mises en place par son détenteur légitime¹⁷⁸.

Le régime juridique français du secret des affaires : quelle(s) inspiration(s) ? James Pooley, vice-directeur général du Secteur de l'innovation et de la technologie de l'OMPI, expliquait déjà en 2013 que *“Le secret d'affaires est un régime juridique qui protège des relations fondées sur la confiance. Avant l'avènement de l'ère industrielle, les artisans à l'esprit innovant conservaient jalousement leurs “trucs et astuces” au sein de petites échoppes familiales. Rapidement cependant, avec le passage à la production industrielle, il devint nécessaire de mettre en place un système juridique obligeant tout employé à respecter le caractère confidentiel d'un procédé ou d'un équipement secret¹⁷⁹”*. Ainsi, ce régime - bien que resté officieux jusqu'à l'époque contemporaine - trouve un usage dans le commerce depuis des millénaires. Cependant, c'est au sein de l'appareil législatif américain que le secret des affaires a connu son premier développement juridique. S'inspirant du *“Trade Secret Act”* de 25 juin 1948, l'*Espionnage Economic Act* du 11 octobre 1996 a conféré aux États-Unis un droit au secret d'affaires, leur permettant de sanctionner l'espionnage économique au profit des acteurs étrangers. Moins de 20 ans plus tard, le 11 janvier 2012, Bernard Carayon déposa sa proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires¹⁸⁰. Son objectif principal : offrir aux entreprises françaises une protection comparable à celle dont bénéficient les entreprises américaines. Pour ce faire, le député s'inspire également de l'article 39 de l'accord ADPIC, qui garantit une protection internationale effective des *“renseignements non divulgués¹⁸¹”*, proche de celle du secret des affaires¹⁸².

¹⁷⁶ Commission nationale du débat public, *“Qu'est-ce que le secret des affaires et le secret Défense ?”*, Fiches juridiques de la CNDP, Janvier 2023 (consulté en juillet 2025).

¹⁷⁷ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

¹⁷⁸ C. com., art. L.151-1.

¹⁷⁹ James POOLEY, *“Le secret d'affaires : un droit de propriété intellectuelle méconnu”*, 3 juin 2013 (consulté en juillet 2025).

¹⁸⁰ <https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r4159.asp>

¹⁸¹ Accord sur les ADPIC, art. 39 et suivants.

¹⁸² Alexis DEPRAU, *“Rétrospective sur le secret des affaires en France (1968-2018)”*, Village de la Justice, publié le 1er octobre 2018 (consulté en juillet 2025).

La protection de l'information économique par le secret des affaires : entre inspiration et adaptation. Ce régime, d'inspiration américaine, mérite d'être analysé à la lumière des systèmes comparés "bottom-up" et "top-down" (TITRE I). Qui plus est, force est de constater que l'objectif de confidentialité des informations protégées par le secret d'affaires se rapproche de celui de la propriété intellectuelle : bien que *"le secret d'affaires [permette] de protéger un volume d'informations bien plus important que ne le permet un brevet, lequel ne peut être délivré que pour une innovation technique véritablement nouvelle¹⁸³"*. En ce sens, il sera pertinent de comparer les similitudes et différences entre ces deux régimes (TITRE II).

TITRE I - LE SECRET DES AFFAIRES, ENTRE ALTERNATIVE ET COMPLÉMENT AU SECRET DÉFENSE

Secret des affaires versus secret Défense. Contrairement au secret Défense, dont la protection est strictement encadrée et limitée aux secteurs stratégiques étatiques, le régime du secret d'affaires s'inscrit dans une politique économique plus libérale ; en ce que ses législations *"peuvent permettre et favoriser le transfert de technologie car elles constituent un moyen de diffuser des informations conforme aux usages du commerce¹⁸⁴"*. Depuis l'effondrement du bloc soviétique, maints travaux et projets ont été menés pour compléter le régime de protection des secrets du secteur industriel de Défense. C'est ainsi qu'en s'inspirant grandement des outils juridiques stratégiques états-unis (CHAPITRE I), la France a pu trouver la case manquante à son régime de protection du secret économique (CHAPITRE II).

CHAPITRE I - Une alternative d'inspiration américaine

Le secret des affaires : un outil juridique né aux États-Unis dans un contexte de guerre informationnelle privée. *"Data is the new Gold"*, disaient-ils. Dès les années 1980, les américains ont rapidement compris les enjeux politiques - et surtout économiques - de l'espionnage industriel et numérique encerclant les entreprises privées. Adopté en 1986, le *Computer Fraud and Abuse Act* avait déjà fait ses preuves en prévoyant des sanctions pénales

¹⁸³ J. POOLEY, *"Le secret d'affaires : un droit de propriété intellectuelle méconnu"*, 3 juin 2013 (consulté en juillet 2025).

¹⁸⁴ *Ibidem*.

et civiles en cas de violation d'un secret par l'accès non autorisé et en connaissance de cause, à un ordinateur dans le but d'obtenir une information confidentielle ou à accès restreint¹⁸⁵. Alors qu'à cette période, le régime de protection des affaires françaises se résumait essentiellement à la protection nationale du secret de fabrique et quelques jurisprudences sur la concurrence déloyale, les États-Unis ont adopté plusieurs législations dans le but de préserver tous leurs secrets d'affaires. Contrairement à la conception juridique française, les États-Unis ont conceptualisé une protection législative du secret économique sans distinction de nature entre les secrets relevant des intérêts fondamentaux de l'Etat et ceux relevant des intérêts libéraux de l'Entreprise. De cette façon, le modèle américain a fait preuve d'avant-gardisme sur bien d'autres pays, faisant des États-Unis une inspiration pour la plupart d'entre eux.

Analyse comparative du régime de secret des affaires états-unien et français (*bottom up versus top-down*). En France, nous avons un système macro-économique et juridique conceptualisant le Secret de haut en bas (*top-down*), c'est-à-dire tentant d'abord de prolonger la protection des secrets de l'Etat pour, ensuite, le protéger au sein des entreprises et ce, sans pour autant instaurer un véritable secret d'entreprise en droit pénal français¹⁸⁶. Aux États-Unis, la conceptualisation du secret économique est plus libérale, puisque le pays adopte un système de bas en haut (*bottom-up*), en privilégiant le *trade secrets* sans forcément avoir de vraie loi à ce sujet. Ainsi, pour protéger ses secrets d'affaires, nous analyserons quelle a été la stratégie états-unienne sur les plans offensif et défensif grâce à l'*Espionnage Economic Act* (SECTION 1) et le *Trade Secrets Act* (SECTION 2). Alors que le premier ne prévoit que des sanctions pénales, le second prévoit aussi des sanctions civiles¹⁸⁷.

SECTION 1 - L'*Espionnage Economic Act*

Contexte. Alors que la tension entre les États-Unis et l'Union Soviétique dominait la scène internationale, les deux superpuissances étaient engagées dans une lutte idéologique, militaire et technologique pour la suprématie mondiale. De cette façon, la menace d'espionnage soviétique était une préoccupation majeure et les États-Unis cherchaient à améliorer leurs

¹⁸⁵ Computer Fraud and Abuse Act, art. 18 U.S.C. § 1030.

¹⁸⁶ L'article 410-1 du Code pénal français tente de prolonger la protection des secrets de l'Etat vers les entreprises, sans pour autant instaurer une véritable définition du secret d'entreprise.

¹⁸⁷ Pascal KAMINA, Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles, T.2, 2e édition, 2024, n°444.

capacités de renseignement pour contrer les activités de l'intelligence soviétique. Face aux services de renseignement étrangers, les États-Unis réagissent dans le but de protéger leurs entreprises contre le vol de secrets d'affaires, comprenant les secrets technologiques et commerciaux. A cette fin, le législateur américain décide d'étendre son dispositif contre l'espionnage économique d'Etat à partir de la protection des secrets d'affaires, qu'ils soient technologiques ou commerciaux : c'est ainsi que le Congrès américain promulgue l'*Espionnage Economic Act*¹⁸⁸ (EEA) le 11 octobre 1996.

Définition. Ici, le texte se conforme à la jurisprudence et aux textes antérieurs de façon assez large ; en définissant le secret des affaires comme *“toute information (sous quelque forme que ce soit) non publique et gardée secrète par son propriétaire, dès lors qu'elle représente une valeur économique”*¹⁸⁹. En ce sens, le secret d'affaires peut aussi bien concerner des informations financières, économiques ou commerciales ; mais aussi des données techniques et industrielles¹⁹⁰.

Champ d'application et portée extraterritoriale. En outre, la loi sanctionne de façon explicite les actes d'espionnage économique effectués par un ou plusieurs gouvernements étrangers ; et aggrave les sanctions lorsque les secrets d'affaires sont compromis *“au profit d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un agent étranger”*¹⁹¹. Contrairement à notre code pénal français, il va au-delà de la protection des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique national couvrant l'ensemble des secrets d'affaires¹⁹², qu'ils soient stratégiques ou non. Pour extrapoler son dispositif contre l'espionnage économique, le législateur américain choisit le régime de la protection des secrets d'affaires et instaure leur protection pénale contre toute forme de captation par un tiers non autorisé, à la seule condition que cela soit effectué sciemment et en violation des droits du propriétaire du secret. En outre, l'EEA prévoit un champ d'application extraterritorial dès lors que le délinquant est américain ou qu'une partie de l'infraction est commise aux États-Unis.

¹⁸⁸ <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bil>

¹⁸⁹ B. WARUSFEL, La loi américaine sur l'espionnage économique, Secret et propriété industrielle, *Revue Droit et Défense* - 97/1, p. 64.

¹⁹⁰ *Ibidem.* p. 64.

¹⁹¹ *Economic Espionage Act* of 1996, § 1831 (traduction française in *Droit et Défense*, n°97/1, note Warusfel, pp. 64-66.

¹⁹² <https://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/fr/protection-du-potentiel-scientifique-et-technique-et-intelligence-economique-ppst-463>

Suite à l'entrée en vigueur de la loi, celle-ci a fortement incité les entreprises européennes à renforcer leur vigilance et à mettre en place des mesures de sécurité internes plus strictes pour protéger leur patrimoine informationnel ; tant au niveau de la propriété intellectuelle que des secrets d'affaires. En ce sens, elles sont désormais plus conscientes des risques liés à l'espionnage économique et investissent dans de meilleures cybersécurités et programmes de formation pour les employés pour réduire ces menaces. De cette façon, l'Europe renforce la coopération entre ses pays et ses partenaires internationaux pour lutter contre l'espionnage économique.

SECTION 2 - Le *Trade Secret Act*

Contexte. En 1979, quelques années avant l'entrée en vigueur du Cohen Act, l'information confidentielle et les secrets commerciaux étaient protégés par la *common law* et la loi écrite au niveau des États fédérés. Pour tenter d'uniformiser la protection du secret économique (et son fameux "*how-know*") la quasi-totalité des États fédérés ont ratifié l'*Uniform Trade Secrets Act* (UTSA) publié par l'Uniform Law Commission. Toutefois, au niveau fédéral, bien que certains textes en matière d'espionnage industriel permettaient de sanctionner plusieurs détournements¹⁹³, il n'existait pas de loi générale de protection des secrets des affaires¹⁹⁴. Pour pallier cette lacune, les États-Unis ont adopté le *Defend Trade Secrets Act* le 11 mai 2016. Quelques années plus tard, dans le registre de la lutte contre l'espionnage économique, le *Protecting American Intellectual Property Act* de 2023 vint renforcer les deux premiers textes sur le secret des affaires.

Définition. Au sens du dernier *Trade Secret Act*, le secret des affaires est défini de façon bien plus précise et complète¹⁹⁵ qu'au sein du *Cohen Act* de 1996 et ce, pour plusieurs raisons.

¹⁹³ Notamment l'*Economic Espionage Act* de 1996 et le *Protecting American IP Act* 2023

¹⁹⁴ P. KAMINA, Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles, T.2, 2e édition, 2024, n°442.

¹⁹⁵ *Defend Trade Secret Act*, 18 U.S.C. § 1839(3): "*le terme secret des affaires désigne toute forme et tout type d'information financière, commerciale, scientifique, technique, économique ou d'ingénierie, incluant les modèles, les plans, les compilations, les programmes d'appareils, formules, designs, prototypes, méthodes, techniques, procédés, procédures, programmes, ou codes, matériels ou immatériels, de quelque façon qu'ils soient conservés, compilés, ou mémorisés, sous forme physique, électronique, graphique, photographique ou par écrit si:*

(A) leur propriétaire a pris des mesures raisonnables pour en conserver le caractère secret; et si

(B) l'information tient une valeur économique propre, actuelle ou potentielle, du fait de ne pas être connue de, et de ne pas être facilement accessible par des moyens licites par, une personne qui peut retirer une valeur économique de sa divulgation ou de son utilisation".

D'abord, parce que le texte qualifie le type d'informations visées par le secret d'affaires de façon large et ne s'arrête pas à sa seule valeur économique : *“financière, commerciale, scientifique, technique, économique ou d'ingénierie, incluant les modèles, les plans, les compilations, les programmes d'appareils, formules, designs, prototypes, méthodes, techniques, procédés, procédures, programmes, ou codes, matériels ou immatériels”*. À la différence de la conception française traditionnelle, on remarque que les États-Unis pensent la protection juridique du secret économique national bien au-delà des seules informations technologiques et industrielles intéressant la Défense étatique.

Ensuite, parce que la question de la valeur économique propre est centrale à la définition : il est important de comprendre que la “valeur économique” d'une information ne tient pas seulement à son potentiel financier ; mais surtout à la valeur unique et rare conférée au pays qui la détient, sur le marché concurrentiel. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains estiment que *“l'utilisation par un concurrent ou son enrichissement indu démontrent la valeur de l'information”* ; ou que certaines décisions *“déduisent même la valeur économique propre des efforts produits dans le développement des éléments concernés”*¹⁹⁶.

De ce fait, la protection par le secret d'affaires peut apparaître comme *“un complément ou un substitut envisageable à la propriété intellectuelle en cas de détournement d'oeuvres ou de créations techniques avant leur divulgation ou mise sur le marché”*¹⁹⁷. Toutefois, la protection par le secret d'affaires est soumise à la condition de la prise de mesures de protection suffisantes par le propriétaire de l'information¹⁹⁸.

Champ d'application et portée extraterritoriale. Alors que l'application extraterritoriale du texte suscitait des interrogations à l'adoption de la loi de 2016, les décisions judiciaires rendues dans l'affaire *Motorola* ont confirmé la possibilité pour les tribunaux fédéraux de première instance d'exercer leur répression sur des actes commis en dehors du territoire américain dès lors qu'une partie du vol a eu lieu sur le sol américain¹⁹⁹. L'impérialisme américain ayant déjà été prouvé par l'effet extraterritorial du *Foreign Corrupt Practice Act* de 1977 (FCPA), les experts en intelligence économique voient cette évolution du DTSA comme *“un risque juridique pour de nombreuses entreprises internationales, mais aussi une source d'opportunités pour d'autres, et s'inscrit globalement dans une stratégie d'hégémonie*

¹⁹⁶ D. W. QUINTO, S. H. SINGER, *Trade Secrets, Law and Practice*, Oxford 2009, p. 10 et 11.

¹⁹⁷ P. KAMINA, *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles*, T.2, 2e édition (2024), n°445.

¹⁹⁸ *Defend Trade Secret Act*, 18 U.S.C. § 1839(3).

¹⁹⁹ *Motorola Solutions, Inc. v. Hytera Communications Corporation Ltd.*, No. 22-2413 (7th Cir. 2024).

*juridique et économique américaine*²⁰⁰”. De cette façon, la décision de l’affaire *Motorola Solutions* - entre autres - a créé un précédent majeur ayant fait des États-Unis “une potentielle juridiction de destination pour la résolution des litiges mondiaux en matière de secrets commerciaux²⁰¹”.

Une protection renforcée par le *Protecting American Intellectual Property Act*. Promulgué en 2023, ce texte a pour objectif de renforcer la protection des actifs intellectuels des personnes et des sociétés exerçant aux États-Unis contre les détournements par des personnes ou entités étrangères. Pour ce faire, la loi impose au Président des États-Unis de présenter au Congrès, chaque année, un rapport identifiant toute personne étrangère ayant participé ou contribué à un vol majeur de secrets commerciaux depuis le 5 janvier 2023 (respectant ainsi le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère), susceptible de menacer gravement les intérêts stratégiques ou économiques des États-Unis ; par le soutien, l’appartenance ou la direction d’une entité étrangère²⁰². Une fois identifiées, celui-ci devra alors imposer au moins cinq sanctions parmi une liste préétablie par le législateur, incluant notamment “le gel de certains biens, des interdictions de prêts par des institutions financières américaines, des interdictions d’accès aux marchés publics américains, et des restrictions sur les investissements dans certaines entités²⁰³” pour les personnes morales, et “des gels de biens et interdictions d’entrée aux États-Unis²⁰⁴” pour les personnes physiques concernées²⁰⁵.

²⁰⁰ François-Xavier POIROT, “La lutte contre l’atteinte au secret des affaires : nouveau levier de puissance extraterritoriale des États-Unis ?”, Portail de l’IE, publié le 12/05/2025 (consulté en août 2025).

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Protecting American Intellectual Property Act, art. 50 U.S.C. § 1709. : “(i) a sciemment participé à un vol important de secrets commerciaux de personnes des États-Unis, ou en a tiré profit, si le vol de ces secrets commerciaux a eu lieu le 5 janvier 2023 ou après cette date, et est raisonnablement susceptible d’entraîner ou a matériellement contribué à une menace importante pour la sécurité nationale, la politique étrangère, la santé économique ou la stabilité financière des États-Unis ; (ii) a fourni un soutien financier, matériel ou technologique important, ou des biens ou des services à l’appui d’un tel vol ou pour en tirer un avantage significatif ; (iii) est une entité qui appartient à une personne étrangère identifiée en vertu de l’alinéa (i) ou (ii) ou qui est contrôlée par celle-ci, ou qui a agi ou prétendu agir pour le compte ou au nom d’une personne étrangère identifiée en vertu de l’alinéa (i) ou (ii) ; (iv) est le premier dirigeant ou le membre du conseil d’administration d’une entité étrangère identifiée en vertu de la division (i) ou (ii)”

²⁰³ P. KAMINA, Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles, T.2, 2e édition (2024), n°447.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*.

CHAPITRE II - Une appropriation française complémentaire au secret de la Défense nationale

L'arrivée du régime du secret d'affaires en France. De 2004 à 2012, Bernard Carayon émet des propositions de loi visant à sanctionner *“l’atteinte au secret d’une information à caractère économique protégé”* et *“la violation du secret des affaires”*²⁰⁶. Suite à d’autres tentatives et un arsenal législatif utilisé en l’absence de lois spécifiques, le législateur français a fini par transposer la directive européenne sur le secret des affaires de 2016 en 2018 ; abordant notamment les questions de la protection des acteurs économiques privés. C’est ainsi qu’aujourd’hui, la protection du secret des affaires est prévue aux articles L. 151-1 à L. 154-1 du code de commerce. **Aujourd’hui, l’information sensible d’une entité privée doit répondre à trois conditions pour être protégée par le secret des affaires :**

- **elle doit être secrète**, c’est-à-dire non généralement connue ou aisément accessible ;
- ensuite, **elle doit avoir une valeur commerciale effective ou potentielle** ;
- et enfin, **elle doit faire l’objet de mesures de protection raisonnables par son détenteur, démontrant une certaine vigilance de sa part quant à la conservation de la confidentialité de son information**²⁰⁷.

Cette protection ne peut s’appliquer que si l’entreprise a mis en œuvre des mesures internes adéquates (telles qu’une politique de sécurité, une procédure interne ou encore un contrôle d’accès) afin de conserver au mieux le caractère secret des informations en cause. En adoptant une posture résiliente face à l’espionnage économique, cette incitation à la prévention du secret économique est un véritable mécanisme s’inscrivant dans une logique défensive²⁰⁸. Quant au détenteur du secret des affaires, celui-ci est considéré comme légitime et en ayant le contrôle licite²⁰⁹ à deux conditions alternatives : soit par la découverte ou la création indépendante de l’information ; soit par l’obtention par *“L’observation, l’étude, le démontage ou le test d’un produit ou d’un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l’information”*²¹⁰. A l’inverse, est considéré comme détenant un secret d’affaires de façon illicite lorsque l’obtention est réalisée :

²⁰⁶ D. LEGOUTE, “Instaurer un secret des affaires en France : dix ans de vaines tentatives”, LeLab Europe1, 2015.

²⁰⁷ C. com., art. L.151-1.

²⁰⁸ B. WARUSFEL, La lutte contre l’espionnage économique : entre protection privée et sécurité nationale, 2019.

²⁰⁹ C. com., art. L.151-2.

²¹⁰ C. com., art. L.151-3, 2°.

- soit sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte soit d'un accès non autorisé à l'information contenant le secret²¹¹ ;
- soit de tout autre comportement considéré comme déloyal ou contraire aux usages en matière commerciale²¹² ;
- soit d'une violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation²¹³ ;
- soit par la divulgation, par quelque moyen que ce soit, de tout produit issu de manière substantielle d'une atteinte au secret des affaires, lorsque la personne concernée savait ou aurait dû savoir que ce secret était utilisé de façon illicite²¹⁴ ;
- Ou enfin, quand au moment de l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret, la personne en cause savait ou aurait dû savoir qu'au regard des circonstances, ce secret avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilise ou la divulgue de façon illicite²¹⁵.

Une protection escomptée depuis 1968. Par la “loi de blocage” du 28 juillet 1968²¹⁶, la France avait déjà tenté d'adopter une mesure pour contrer la divulgation des informations relevant du secret des affaires : sanctionnant la communication de documents ou renseignement ayant une nature économique, commerciale, industrielle, financière ou technique à des autorités étrangères, la pertinence théorique de cette tentative législative fut vaine²¹⁷. Les dispositions de la loi demeurant vagues, elles ne renvoient que très peu au secret des affaires. En ce sens, la pratique a démontré son inefficacité face à la procédure de *discovery* des États-Unis²¹⁸, qui permettait à la justice américaine d'obliger les entreprises “à fournir les informations et renseignements, peu important la nationalité des entreprises concernées dans le litige²¹⁹”. À cet égard, il serait utile que le législateur français évoque

²¹¹ C. com., art. L.151-4.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ C. com., art. L.151-5.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ C. com., art. L.151-6.

²¹⁶ L. n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime, JORF, 27 juillet 1968, p. 7 267.

²¹⁷ A. DEPRAU, *Intelligence économique et protection du patrimoine informationnel*, Éditions Universitaires Européennes, 2014, p. 172.

²¹⁸ Notamment : US Supreme Court, *Société nationale industrielle aérospatiale vs. United States District Court* 482 U.S. 522 (1987).

²¹⁹ A. DEPRAU, “Rétrospective sur le secret des affaires en France (1968-2018)”, Village de la Justice, publié le 1er octobre 2018 (consulté en juillet 2025).

expressément le secret des affaires au sein des dispositions de la loi de blocage afin d'améliorer sa version actuelle²²⁰.

Le RGPD : un outil périphérique de défense du secret d'affaires. Dans la continuité de la Loi française Informatique et Libertés de 1978, le Règlement général sur la protection des données (RGPD)²²¹, entré en application le 25 mai 2018, encadre de manière uniforme le traitement des données dans l'ensemble de l'Union européenne. Inspiré de la Directive européenne du 24 octobre 1995, il vise à *“harmoniser la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques en ce qui concerne les activités de traitement et à assurer le libre flux des données à caractère personnel entre les États membres”*²²².

Bien que ce droit ne soit pas encore considéré comme absolu, le législateur considère que celui-ci *“devrait être conçu pour servir l'humanité (...) et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité”*²²³. En outre, son champ d'application personnel et territorial est vaste ; puisqu'est concerné *“toute organisation, publique ou privée, [donc quelle que soit sa taille, son pays d'implantation et son activité] qui traite des données personnelles pour son compte ou non, dès lors qu'elle est établie sur le territoire de l'Union européenne [,] que son activité cible directement des résidents européens”*²²⁴ ou ses sous-traitants²²⁵. Ainsi en pratique, toute entreprise mondiale ayant une relation économique touchant au commerce électronique avec un pays européen est soumise au RGPD²²⁶. Sur le plan matériel, le RGPD couvre tout traitement automatisé ou non, de données à caractère personnel²²⁷. Dans un contexte d'espionnage économique, autant dire que ce régime juridique constitue un outil précieux accompagnant la protection du secret d'affaires en ciblant les informations personnelles liées aux acteurs de l'Entreprise.

²²⁰<https://www.entreprises.gouv.fr/espace-entreprises/s-informer-sur-la-reglementation/la-loi-de-blocage>

²²¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

²²² Paragraphe 3 du RÈGLEMENT (UE) 2016/679 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Par exemple, la CNIL mentionne qu' *“une société établie en Chine, proposant un site de e-commerce en français livrant des produits en France doit respecter le RGPD”* (source : <https://www.cnil.fr/fr/rgpd-de-quoi-parle-t-on>)

²²⁷ RGPD, Art. 2 (Champ d'application matériel).

L'appropriation française du secret des affaires : une stratégie défensive et offensive complémentaire au régime du secret Défense. La nouvelle protection légale du secret des affaires constitue-t-elle le chaînon manquant entre les outils de droit privé et le régime spécial de la sécurité nationale²²⁸ ? Bien que le système juridique français approche la notion par une conception initiale de haut en bas²²⁹, le régime du secret d'affaires paraît compléter de façon juste et stratégique celui du secret Défense : en effet, en plus de protéger le secret commercial sur le territoire français, il parvient aussi - de par son application extraterritoriale - à constituer une mesure offensive pour tout concurrent étranger souhaitant s'emparer d'une information économique sensible appartenant à la nation. Par ailleurs, le régime du secret Défense reste utile car le champ répressif loi sur le secret des affaires de 2018 se limite à l'action civile²³⁰ : en ce sens, même si la loi permet une indemnisation civile large et des mesures correctives (interdiction, retrait de produits issus du détournement ...) sont à la portée du détenteur, aucune sanction pénale n'est prévue. Pourtant, l'action judiciaire pénale permettrait d'utiliser des moyens d'enquête lourds face aux formes plus sophistiquées d'espionnage économiques ; tels que les écoutes ou les perquisitions. C'est en cela que l'usage du régime du secret Défense peut s'avérer plus qu'utile : grâce à l'article 411-12 du Code pénal, il est toujours possible de réprimer - de façon offensive et sévère - les délits qui, non spécifiquement commis contre la nation, seraient commis *“dans le but de servir les intérêts d'une puissance étrangère ou d'une entreprise ou d'une organisation étrangère ou sous contrôle étranger”*²³¹ !

Conclusion. Au-delà de la comparaison entre le régime du secret des affaires et celui du secret Défense, il existe aussi le rapprochement du secret des affaires au régime de droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, peut-on assimiler l'un à l'autre (TITRE II) ? En tout état de cause, les deux régimes juridiques, par le biais de la confidentialité, contribuent chacun à la protection de l'information économique et, par extension, au patrimoine informationnel national.

²²⁸ B. WARUSFEL, La lutte contre l'espionnage économique : entre protection privée et sécurité nationale, Mare & Martin, 2019.

²²⁹ *Supra*.

²³⁰ C. com., art. L.153-1.

²³¹ C. pén. art. 411-12.

TITRE II - LE SECRET DES AFFAIRES, UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ?

L'Accord sur les ADPIC et la consécration internationale du secret des affaires

Adopté dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce et constituant l'Annexe 1C de l'Accord de Marrakech (1994)²³², l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) est un accord multilatéral constituant la référence internationale de la protection des droits de propriété intellectuelle²³³. Son article 39²³⁴, entre autres, reconnaît explicitement le secret des affaires au niveau international en imposant aux États membres de protéger les informations non divulguées contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation déloyale.

L'article 39 §2 définit le secret des affaires autour de trois critères cumulatifs : une information secrète (non généralement connue ou aisément accessible ; dotée d'une valeur commerciale du fait de son caractère secret ; et faisant l'objet de mesures raisonnables de protection par son détenteur légitime. L'article 39 §3 étend d'ailleurs cette logique aux données d'essais non divulgués soumises aux autorités publiques, notamment dans les secteurs pharmaceutiques et agrochimiques.

Par cette approche, l'ADPIC ne confère pas un droit exclusif au sens classique de la propriété intellectuelle (c'est-à-dire qu'il n'est ni question de titre, ni de monopole, ni de droit exclusif *erga omnes*) ; mais instaure une obligation de protection contre les comportements déloyaux en intégrant expressément le secret des affaires comme une exception - voire une extension - aux droits de propriété intellectuelle. Grâce à l'Accord de Marrakech, le secret des affaires se situe ainsi à la frontière du droit de la concurrence, du droit de la propriété intellectuelle et de l'intelligence économique.

Cette reconnaissance internationale a servi de fondement et d'inspiration directe pour la mise en place de la protection du secret des affaires en Europe ; en orientant les travaux de la directive (UE) 2016/943 avant d'être transposée en droit français par la loi du 30 juillet 2018²³⁵.

²³² OMC, "Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce", 15 avril 1994. https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/marag_f.htm

²³³ OMC, "ADPIC - Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce". https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trips_f.htm

²³⁴ OMC, Accord sur les ADPIC, art. 39 : "1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (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 (10), sous réserve que ces renseignements:

a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts 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. (...)" (Voir aussi articles 39 et suivants).

²³⁵ Jean-Christophe GALLOUX, "Le secret des affaires et la propriété intellectuelle" in Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique, Dalloz, 2018.

Secret des affaires versus droit de propriété intellectuelle. *“À quel type de droit de propriété intellectuelle les entreprises font-elles le plus souvent appel pour protéger leur avantage concurrentiel ? La plupart des gens répondraient par l’une ou l’autre des grandes composantes de la propriété intellectuelle, à savoir le droit des brevets, le droit d’auteur, le droit des marques ou des dessins et modèles industriels. Or, ils auraient tort, car la forme de protection la plus fréquemment employée par les entreprises est le secret d’affaires²³⁶”.* Tandis qu’une partie de la doctrine distingue le droit de la propriété intellectuelle du droit des secrets d’affaires en matière de divulgation, d’autres les assimile vis-à-vis de leur objectif commun de confidentialité, grâce auquel les informations peuvent être vendues ou licenciées²³⁷. Pour éclaircir ce débat, il convient de comparer ces deux régimes (CHAPITRE I) ainsi que d’examiner le rôle des acteurs responsables de la protection du secret des affaires et leurs liens avec le régime des droits de propriété intellectuelle (CHAPITRE II).

CHAPITRE I - Le régime du secret d’affaires face au régime de propriété intellectuelle : de l’inspiration à la substitution

Avant-propos. Précédemment, nous avons discuté de l’utilisation exceptionnelle du brevet d’invention par l’Etat dans un contexte de défense nationale. Mais qu’en est-il du régime de droit commun ? Avant de les comparer avec les droits relatifs au secret d’affaires (SECTION 2), il paraît fondamental de rappeler certains des droits de propriété intellectuelle et de quelle façon l’usage de ceux-ci sont précieux aux entreprises privées (SECTION 1).

SECTION 1 - L’inspiration d’un droit déjà acquis

Rappel du régime de droit commun. En droit français, la propriété intellectuelle se définit par la branche du droit regroupant l’ensemble des règles applicables aux créations intellectuelles et immatérielles. Son régime protège ainsi les intérêts de leurs titulaires (inventeurs, déposants...) en leur conférant des droits de propriété exclusifs sur leur créations²³⁸ ; pouvant être biens corporels ou incorporels. Ce droit se scinde en deux matières régissant les deux grandes parties du Code de la propriété intellectuelle : la propriété littéraire

²³⁶ J. POOLEY, *“Le secret d’affaires : un droit de propriété intellectuelle méconnu”*, 3 juin 2013 (consulté en juillet 2025).

²³⁷ <https://www.wipo.int/tradesecrets/fr/>

²³⁸ <https://www.economie.gouv.fr/apie/propriete-intellectuelle-publications/droit-auteur-image-numerique-1>

et artistique d'une part ; et la propriété industrielle d'autre part. Alors que la propriété littéraire et artistique se subdivise par le droit d'auteur et ses droits voisins sur les bases de données, la propriété industrielle regroupe principalement le droit des marques, le droit des brevets ainsi que le droit des dessins et modèles²³⁹.

La protection du patrimoine informationnel de l'entreprise par le droit de la propriété intellectuelle. Alors que le patrimoine se définit traditionnellement comme une universalité de droit représenté par *“l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique”*²⁴⁰ ; le patrimoine informationnel - quant à lui - peut être perçu comme un patrimoine *sui generis* *“construit au fur et à mesure par la pratique des affaires, constituant incontestablement une universalité de fait”*²⁴¹ constitué exclusivement de biens meubles incorporels. A l'intérieur du patrimoine informationnel, on retrouve ainsi les biens informationnels et techniques relevant des droits de la propriété intellectuelle ; ainsi que ceux relevant du secret des affaires.

La protection d'un patrimoine informationnel divulgué. Les juristes en propriété intellectuelle savent que les biens issus du patrimoine informationnel sont protégés par un régime juridique soumis à la divulgation, par le biais d'une procédure de dépôt, d'un enregistrement et d'une publication *a posteriori*²⁴². Même si le droit de la propriété intellectuelle ne couvre pas l'intégralité du patrimoine informationnel national, il n'en demeure pas moins qu'il soit en capacité d'en protéger une partie. A ce titre, il convient d'étudier le droit du patrimoine informationnel divulgué à travers la protection des droits d'auteur, des brevets, des logiciels et des bases de données.

Les droits d'auteur. Son périmètre allant largement au-delà de celui des sociétés commerciales et du monde des affaires, le droit d'auteur est le droit de propriété intellectuelle le plus ancien et le plus reconnu²⁴³. Depuis le 27 décembre 2020, l'article L111-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que *“L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre,*

²³⁹ <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/propriete-intellectuelle.php>

²⁴⁰ C. du patrimoine., art. L.1.

²⁴¹ O. DE MAISON ROUGE, *Le patrimoine informationnel : fonds de commerce du XXe siècle ?* Le village de la Justice, article publié en 2010 (consulté en juillet 2025).

²⁴² CPI., art. L.611-2.

²⁴³ O. DE MAISON ROUGE, *Le droit de l'intelligence économique - Patrimoine informationnel et secrets d'affaires*, Lamy Axe Droit, pp. 65-67.

du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous". Bien que l'œuvre de l'esprit n'ait pas de définition légale, le législateur français prévoit que les dispositions dudit code "*protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination*"²⁴⁴". En ce sens, toutes les œuvres de l'esprit créées par l'auteur en tant que personne physique ou morale (en cas d'œuvre collective), privée ou publique, seront protégées par ce régime juridique. A propos des droits moraux conférés, "*l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre*"²⁴⁵ : attaché à sa personne, ce droit est perpétuel, inaliénable, imprescriptible et transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. Quant aux droits patrimoniaux de l'auteur, celui-ci "*jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son oeuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire*" et "*au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent*"²⁴⁶". Enfin, concernant la divulgation de l'oeuvre, l'auteur est le seul à avoir un droit de divulgation sur celle-ci et détermine son procédé en fixant ses conditions sous réserve des dispositions de l'article L.132-24 du code de la propriété intellectuelle²⁴⁷. Contrairement aux autres droits privatifs, le droit d'auteur ne nécessite ni dépôt ni enregistrement, bien qu'un dépôt probatoire soit toujours utile pour établir une date certaine et revendiquer la paternité de l'œuvre en cas de litige²⁴⁸.

Les brevets d'invention. En vertu de l'article L611-1 du code de la propriété intellectuelle, le brevet d'invention désigne toute invention pouvant "*faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation*". Autrement écrit, il est question d'une invention technique nouvelle, d'application industrielle et constituant le fruit d'un "*effort d'intelligence, destiné à produire une solution technique face à un problème technique jusque-là non résolu*"²⁴⁹". A ce titre, l'inventeur fait dispose d'un titre établi et délivré par les organismes institutionnels²⁵⁰ lui conférant un monopole d'exploitation sur l'invention en cause sur un territoire déterminé et circonscrit ; ainsi que sur

²⁴⁴ CPI., art. L112-1.

²⁴⁵ CPI., art. L121-1.

²⁴⁶ CPI., art. L123-1.

²⁴⁷ CPI., art. L121-2.

²⁴⁸ O. DE MAISON ROUGE, Le droit de l'intelligence économique - Patrimoine informationnel et secrets d'affaires, Lamy Axe Droit, p. 66.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ L'Institut national de la propriété industrielle (INPI) pour la France ou l'Office européen des brevets (OEB), ou encore l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

une étendue temporelle limitée à vingt ans à compter du dépôt de la demande²⁵¹. Ainsi, un droit privatif et exclusif est conféré à son déposant ainsi qu'à ses éventuels licenciés ultérieurs. A propos de la divulgation, son mode opératoire repose sur la révélation de connaissance ainsi que leur mise en œuvre technique, constituant ainsi des données accessibles au grand public. A l'issue du délai d'exploitation exclusive, les informations relatives à l'invention tombent dans le domaine public, permettant à quiconque de les exploiter librement²⁵². Du fait de leur publicité, certaines sociétés commerciales préfèrent soumettre leurs inventions au secret des affaires plutôt qu'au brevet car ce dernier ne permet pas de faire l'impasse volontairement sur données techniques et industrielles qu'il aurait souhaité ne pas divulguer²⁵³.

Les logiciels. Utiles en temps de guerre économique, les créations immatérielles numériques telles que les banques de données ont conduit le législateur à adopter un droit spécifique aux logiciels. En vertu de l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle, ceux-ci sont considérés comme une œuvre de l'esprit, prenant la forme d'un programme informatique assimilé au droit d'auteur. Permettant à l'auteur de bénéficier de droits moraux perpétuels et incessibles, son droit d'exploitation peut aller jusqu'à soixante-dix ans après son décès²⁵⁴. Le législateur confère ainsi au logiciel un droit rattachable aux droits d'auteurs en ce que celui-ci forme une catégorie d'œuvre de l'esprit propre et légitime. Afférent à un brevet d'invention, la divulgation du logiciel est soumise aux mêmes conditions que celui-ci²⁵⁵.

Les bases de données. Aussi assimilé aux droits d'auteur, le droit des bases de données relève d'une catégorie juridique spécifique. En effet, l'objet de ce droit se définit par une compilation de données, comprenant *“recueil d'oeuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématiques ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen”*²⁵⁶. Sa protection juridique *sui generis* est de quinze ans à compter de l'achèvement de la fabrication de la base de données et peut être renouvelée indéfiniment, toujours par période de quinze ans²⁵⁷. En

²⁵¹ CPI, art. L121-2 et suivants.

²⁵² CPI, art. L.611-2.

²⁵³ O. DE MAISON ROUGE, Le droit de l'intelligence économique - Patrimoine informationnel et secrets d'affaires, Lamy Axe Droit, pp. 47-50.

²⁵⁴ CPI, art. L.123-1.

²⁵⁵ *Ibidem.* pp. 67-71.

²⁵⁶ CPI., art. L. 112-3.

²⁵⁷ O. DE MAISON ROUGE, Le droit de l'intelligence économique - Patrimoine informationnel et secrets d'affaires, Lamy Axe Droit, p. 74.

parallèle, concernant le droit de son producteur, celui-ci est défini comme *“la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel”*²⁵⁸. Sa protection est indépendante de celles résultant des autres droits tels que le droit d'auteur, de la base de données ou d'un autre de ses éléments accessoires²⁵⁹. Concernant sa publicité, le producteur de bases de données n'est pas dans l'obligation de divulguer celle-ci dans la limite du délai précité : celui-ci a le droit d'interdire son extraction par transfert permanent ou temporaire de son contenu ainsi que sa réutilisation, par la mise à la disposition du public²⁶⁰. En revanche, quand la base est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, il ne peut interdire l'extraction, la réutilisation ou encore la reproduction de celle-ci dans diverses situations et à plusieurs conditions²⁶¹.

Les droits de propriété intellectuelle au service national de l'information. En somme, ces droits sont tout à fait utiles pour protéger le patrimoine informationnel des entités privées et publiques françaises. Bien que leur non-divulgaration soit temporaire, elle permet d'éviter une course à la concurrence économique pendant un certain temps, aussi bien en France qu'à l'étranger ; sous réserves des dispositions relatives aux conventions internationales auxquelles la France est partie²⁶². Toutefois, si les droits de propriété intellectuelle sont un outil juridique stratégique de protection nationale du patrimoine informationnel économique, ils tendent progressivement à être supplantés par le régime du secret des affaires. Reste-t-il alors à déterminer s'il s'agit d'une substitution contrainte ou, au contraire, d'un choix stratégique (SECTION 2).

SECTION 2 - Une substitution variant entre contrainte et stratégie

Avant-propos. Le secret d'affaires est un mode de protection efficace des actifs intellectuels de l'entreprise et permet de compléter les droits de la propriété intellectuelle. L'influence de ces derniers sur le régime du secret d'affaires a permis de le rendre plus attrayant pour les

²⁵⁸ CPI., art. L. 341-1.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ CPI., art. L. 342-1.

²⁶¹ CPI., art. L. 342-3.

²⁶² CPI., art. L. 611-1.

entreprises²⁶³. Ainsi, la distinction entre les secrets d'affaires et la propriété intellectuelle ne doit pas laisser penser que l'entreprise doit délaisser le premier : elle "*doit savoir mettre en œuvre ces deux types de protections afin de tirer le maximum de l'exploitation de son patrimoine. Elles doivent opérer un choix de politique économique et juridique*²⁶⁴". Dès lors, deux situations méritent d'être étudiées : le recours au secret des affaires lorsque l'entreprise se voit limitée par le régime de propriété intellectuelle (I) ; et le recours au secret des affaires lorsqu'il constitue une véritable opportunité stratégique (II).

I. L'utilisation contrainte du secret des affaires

La subtilité substantielle du champ de protection : de l'invention à l'information. Les brevets et autres droits de propriété intellectuelle ont tendance à disposer d'un champ d'application matériel plus limité que celui du secret des affaires. Alors que le brevet ne protège que les inventions, le secret est applicable à tout type d'information technique et commerciale dont la valeur repose sur sa non-accessibilité aux tiers²⁶⁵. Allant alors au-delà de la seule protection du savoir-faire, le secret d'affaires considère ce qui relève de l'immatériel ; à savoir l'information, et non l'objet de fabrication en lui-même. Aussi, l'information englobe ce qui entoure l'objet lui-même : son potentiel (court et long terme), les projets pensés, la valeur commerciale escomptée ... On peut ainsi dire qu'aujourd'hui, le *how-know* semble plus aisément englobé dans la catégorie des secrets d'affaires en ce qu'il représente "*un savoir-faire à ne pas faire savoir*²⁶⁶".

La rigueur et la complexité des conditions d'application du régime de propriété intellectuelle. Rappelons-le, les droits de la PI confèrent aux titulaires un droit exclusif d'utilisation sur leurs créations pendant une durée déterminée. Cependant, les conditions d'attribution sont parfois rigoureuses. Concernant les critères qualifiant le brevet d'invention par exemple, les conditions de nouveauté et d'inventivité peuvent - dans certaines situations -

²⁶³ Benjamin CHAHKAR MIAN POSHTEH, "*L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)*", rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 3.

²⁶⁴ *Ibidem.*, p. 40.

²⁶⁵ Francis HAGEL, « Secret et droits de propriété intellectuelle : un tour d'horizon », RLDI 2009/10, N°53, p. 73, à la p.76.

²⁶⁶ O. DE MAISON ROUGE, « La directive européenne sur le secret des affaires : la reconnaissance de droits incorporels d'un genre nouveau », Rev. UE. 2017. 23.

être difficiles à percevoir : dans l'hypothèse d'une invention évidente, *“l'inventeur propose de démontrer le contraire, qu'il ne s'agit pas d'une invention évidente, en conservant le secret. S'il a tort et que quelqu'un d'autre invente la même chose dans l'année qui suit, cela donne raison au gouvernement ; alors ce sera comme si l'inventeur s'était vu refuser le brevet et le droit du brevet l'excluait. Mais si l'inventeur a raison et qu'il n'y a pas de reproduction, il reçoit alors la récompense qu'il aurait approximativement reçue si l'invention était brevetable – comme il le mérite (...)”*²⁶⁷. De surcroît, en raison de leurs fondements distincts, les différents droits de PI ne couvrent pas les mêmes champs matériels de protection²⁶⁸ : par exemple, le brevet a pour objet de récompenser l'innovation tout en faisant bénéficier la société grâce à la publicité du titre accordé pour vingt ans, à l'issue desquels l'invention tombe dans le domaine public et peut être utilisée par tous ; alors que le droit d'auteur, quant à lui, ne protège pas la nouveauté mais uniquement l'originalité de l'oeuvre de l'esprit²⁶⁹. En d'autres termes, le droit d'auteur et le droit des brevets ne peuvent porter sur les mêmes aspects d'un objet. Toutefois, soulignons qu'un objet peut voir ses différents aspects protégés par différents droits de la propriété intellectuelle. La question est donc de savoir comment protéger au mieux l'objet.

La fragrance de parfum : un exemple parmi d'autres. La fragrance des parfums illustre bien cette problématique. En pratique, une entreprise peut protéger un parfum par la propriété intellectuelle de différentes manières : le flacon par le droit des dessins industriels, le nom par le droit d'auteur, et le mécanisme aérosol par un brevet d'invention s'il présente un caractère innovant et novateur. Quant à la fragrance, le brevet pourrait - en théorie - être utile pour protéger le procédé de fabrication contre la contrefaçon. Cependant en pratique, aucune entreprise n'opterait pour cette solution car suite au délai de vingt ans, elle causerait non seulement la publicité du procédé de fabrication, mais aussi sa divulgation dans le domaine

²⁶⁷ David D. FRIEDMAN, William M. LANDES et Richard A. POSNER, “Some Economics of Trade Secret Law”, *Journal of Economic Perspectives*, 1991, 5 (1), p. 64. [traduit].

²⁶⁸ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, *“L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)”*, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 52-53.

²⁶⁹ Marie BOURGEOIS, “La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droits québécois et français”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 40, n°1, Janvier-mars 1988, n°4, p. 115 : *“Le droit donne aux entreprises un moyen spécifique de monopolisation de leurs créations techniques : le brevet d'invention, dont le fondement juridique réside dans une convention synallagmatique entre la société et l'inventeur, par laquelle à l'inventeur qui accepte de rendre publique sa création, la société confère, moyennant le respect de certaines conditions, un droit exclusif d'exploitation pour une certaine période”*.

public²⁷⁰. En effet, les fragrances, dont l'objet est invisibles et non identifiables, sont difficilement protégeables : malgré la doctrine militant pour leur reconnaissance par la Cour de cassation comme oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur²⁷¹, cette dernière s'oppose continuellement²⁷² à l'attribution d'une telle protection malgré la position favorable des Juges du fond²⁷³ ; notamment au motif que ces fragrances constitueraient la *"simple mise en oeuvre d'un savoir faire"*²⁷⁴. En ce sens, c'est précisément ici que l'intervention du secret d'affaires demeure une utile complétude : *"les fragrances étant reconnues comme l'expression d'un savoir-faire peuvent, à défaut d'être protégés par le droit d'auteur, tout à fait être protégées en tant que secret d'affaires, ce qui est majoritairement le cas aujourd'hui. (...). Le secret d'affaires permettrait de protéger le caractère confidentiel de la fragrance tandis que le droit d'auteur se concentrerait sur le produit en lui-même (permettant ainsi de considérer l'ingénierie inverse comme une contrefaçon)"*²⁷⁵. De cette façon, *"le secret serait gardé sur le produit pendant la durée de la protection par le droit d'auteur afin de pouvoir perdurer au-delà"*²⁷⁶. En somme, l'entreprise peut faire appel au secret des affaires pour compléter l'usage de la propriété intellectuelle lorsque la protection de l'invention par ses seuls droits est impossible²⁷⁷. Ainsi, ne peut-on pas aussi y voir un potentiel stratégique (II) ?

²⁷⁰ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, *"L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)"*, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 53-54 : *"Or, certains parfums ont du succès depuis bien longtemps (il suffit de penser à Chanel n°5 qui existe depuis 1921). A ce titre, la recette de fabrication pourrait, elle, être protégée par le droit d'auteur mais des problèmes subsistent également : il ne s'agirait pas de protéger le parfum en soi mais sa recette (des concurrents pourraient donc se livrer à la mise en œuvre de la recette) et il faudrait que celle-ci soit considérée comme originale (ce qui risque de poser problème)"*.

²⁷¹ André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd, Paris, LexisNexis, 2012, n°78, p. 92-93 : les auteurs expliquent l'état actuel de la jurisprudence et leur position sur le sujet.

²⁷² Cass. com., 1er juill. 2008 : RIDA 3/2008, p. 315 ; D. 2009, p. 1182, note Edelman ; Propr. intell. 2008, p. 419, obs. Bruguière ; RTD com. 2008, p. 735, obs. Pollaud-Dulian. – Cass. 1re civ., 22 janv. 2009 : RIDA 1/2009, p. 371. – Cass. com. 10 déc. 2013 : D. 2014, p. 8 ; RTD com. 2014, p. 103, note Pollaud-Dulian ; D. 2014, p. 2078, obs. Sirinelli ; PIBD 2014, n° 999, III, p. 113 ; Prop. intell. 2014, p. 51, obs. J.-M. Bruguière.

²⁷³ TGI Paris, 3e ch., 26 mai 2004 : JCP G 2004, II, 10144, note Bruguière ; D. 2004, p. 2641, note Galloux ; Propr. intell. 2004, p. 907, 1re esp., obs. Sirinelli, confirmé par CA Paris, 4e ch., 25 janv. 2006 : RIDA 2/2006, p. 286 ; JCP E 2006, 1386, note Caron ; Comm. com. électr. 2006, comm. 39, note Caron. – CA Paris, 4e ch., 17 sept. 2004 : RJDA 2005/5, 633 ; Propr. intell. 2005, p. 47, obs. Sirinelli. – CA Paris, 4e ch., 15 févr. 2006 : PIBD 2006, III, p. 378.

²⁷⁴ Cass. com., 1er juill. 2008.

²⁷⁵ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, *"L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)"*, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 54.

²⁷⁶ *Ibidem.*, p. 54.

²⁷⁷ *Ibidem.* p. 51-52.

II. Le potentiel stratégique du secret des affaires

Un choix motivé par la protection du patrimoine. Afin de protéger son patrimoine, l'entreprise doit mettre en place des mesures organisationnelles afin d'identifier les éléments immatériels ayant de la valeur et choisir la protection juridique stratégique la plus adaptée. Quel que soit le savoir-faire en cause, le maintien par le secret des informations y afférant est désormais considéré comme un *“choix de politique économique et juridique”*²⁷⁸. A cet égard, l'utilisation du secret d'affaires peut être, plus fréquemment, pensé comme un avantage supérieur aux droits de la propriété intellectuelle ; notamment quant au délai de protection. **Toutefois attention :** alors que le délai légal de non-divulgence des inventions est protégée par le CPI, le secret des affaires, quant à lui, ne l'est que par la vigilance de ses acteurs²⁷⁹. Quoiqu'il en soit, le choix du régime de protection dépendra du contexte auquel fait face l'entreprise. *In fine*, elle seule devra établir quelle durée de protection sera sa meilleure stratégie.

Une stratégie française inspirée par l'usage international du secret d'affaires. Bien que ce raisonnement résulte d'abord de l'arbitrage interne de chaque entreprise française, le choix du secret des affaires s'inscrit, plus largement, dans un mouvement outre-atlantique. Aux États-Unis par exemple, la longévité de Coca-Cola et Google sur le marché démontre que le secret d'affaires a assuré une protection plus efficace de la recette et l'algorithme que ne l'aurait fait le droit de la PI²⁸⁰. En outre, d'autres analyses économiques ont été menées afin de déterminer lequel du brevet ou du secret d'affaires est le plus avantageux à l'entreprise.

²⁷⁸ Jérôme PASSA, *“Secret des affaires et propriété intellectuelle”*, dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), *La protection des secrets d'affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017*, p. 44 : *“La protection par brevet est certes plus étendue efficace, mais elle est limitée dans le temps; à l'expiration de la durée légale de protection, toute personne intéressée peut librement exploiter l'invention telle que décrite dans le brevet auquel elle a librement accès”*.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 44 : *“Le maintien dans le secret, à condition qu'il soit possible, peut alors présenter certains avantages, notamment en termes de durée de la protection – qui se prolongera aussi longtemps que l'objet du secret ne sera pas divulgué. Mais il faut évidemment mettre cet avantage potentiel en balance avec le risque d'une divulgation malencontreuse ou avec celui qu'un tiers, par ses propres moyens, autrement dit sans commettre de faute, parvienne à la connaissance de l'objet en cause...”*

²⁸⁰ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, *“L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)”*, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 57.

Parmi elles, David D. Friedman, William M. Landes et Richard A. Posner ont déterminé les trois critères principaux permettant à l'entreprise à choisir entre la protection du secret des affaires et celle du brevet : la durée, le coût et l'avantage social et économique du partage ultérieur de l'invention²⁸¹.

1° La durée : étant donné que la durée du brevet d'invention est de vingt ans (à la suite de quoi tout individu peut faire librement usage de l'invention sans avoir à dépenser des coûts de licences ou même de recherche et développement), le secret d'affaires permet de protéger l'oeuvre selon le délai désiré par l'entreprise ; selon le besoin et le marché en cause. Ainsi, l'invention pourrait prendre autant de temps, si ce n'est moins, que la durée de protection du brevet pour être découverte par une autre personne : par exemple, concernant les inventions de hautes technologies, la création-destructrice rend parfois le recours au brevet peu avantageux car l'objet protégé - bien qu'initialement novateur - peut rapidement devenir obsolète. Donc dans ce contexte, le secret est la solution la plus avantageuse pour l'entreprise²⁸².

2° Le coût : en amont de son choix, il appartient à l'entreprise d'opérer une analyse économique comparative. Si l'on reprend l'exemple précité, le titre de propriété intellectuelle demanderait des coûts supplémentaires pour maintenir les bénéfices supérieurs du brevet. En ce sens, les frais de maintien pouvant facilement dépasser les gains générés par l'invention, le secret constitue, à nouveau, l'option la plus rentable²⁸³.

3° L'avantage social et économique du partage ultérieur de l'invention : en imaginant l'utilisation novatrice d'un produit initialement couvert par le secret d'affaires, il est possible d'en prospector deux bénéfices. D'une part, cela permettrait d'éviter des coûts sociaux supplémentaires de surveillance (licite) d'une éventuelle utilisation concurrentielle. Et d'autre part, la désuétude de son innovation pourrait permettre à l'entreprise de réduire ses dépenses de R&D en tirant parti des améliorations apportées par ses concurrents. *In fine*, elle aurait même plus à y gagner²⁸⁴.

²⁸¹ David D. FRIEDMAN, William M. LANDES et Richard A. POSNER, « Some Economics of Trade Secret Law », *Journal of Economic Perspectives*, 1991, 5 (1), p. 64 : *“En somme, le droit du secret d'affaires complète le système du brevet. Les inventeurs choisissent la protection du secret d'affaires quand ils pensent que celle du brevet d'invention est trop coûteuse au regard de la valeur de leur invention (reflétée, en partie, par la durée avant que quelqu'un d'autre ne l'invente), soit car l'invention n'est pas brevetable, soit car la durée (ou d'autres conditions) de protection du brevet est insuffisante. En conservant leur secret d'affaires avec succès, ils démontrent que leurs convictions étaient avérées”* [traduit].

²⁸² *Ibidem.*, p. 63.

²⁸³ *Ibidem.*, p. 63.

²⁸⁴ *Ibidem.*, p. 69 : *“Quand, au contraire, les coûts sociaux de la protection de la confidentialité par le système légal seraient élevés, les bénéfices du partage de l'information sont susceptibles de dépasser*

Conclusion. En somme, le secret des affaires a le potentiel d'un outil juridique puissant : en modulant sa durée de vie et ses coûts en fonction de sa valeur sur le marché, l'entreprise peut trouver des intérêts à en faire usage dans de nombreux domaines. Toutefois, la seule détention d'un secret des affaires ne suffit pas à maintenir un avantage national sur les concurrents ; d'autant plus si d'autres entreprises l'ont découvert et ce, pour plusieurs raisons²⁸⁵. Premièrement, le secret ne fournit pas de monopole sur l'objet qu'il protège. Ainsi, les concurrents sont libres d'en faire usage dès lors qu'ils découvrent l'information confidentielle de manière licite²⁸⁶ - tels que les divulgations par maladresse ou l'ingénierie inverse²⁸⁷. Secondement, l'usage du régime du secret des affaires est moins favorable au développement de la société industrielle qu'aux entreprises détentrices de ces informations puisque le potentiel intemporel du secret a un effet négatif sur les flux d'informations et sur l'intensité de la R&D²⁸⁸. Enfin, il appartient à l'entreprise de mettre en place des mesures raisonnables pour préserver la confidentialité de l'information, ce qui peut, dans certains cas, représenter un coût non négligeable²⁸⁹. Ainsi, afin de prendre la meilleure décision stratégique pour protéger l'information économique, les acteurs privés de la protection du secret des affaires doivent rassembler leurs efforts pour prendre en compte toutes ces considérations (CHAPITRE II).

les bénéfiques nets de la protection légale. Il y a des avantages quand les manufacturiers ont le droit d'opérer de l'ingénierie inversée sur les produits des uns les autres – ils prennent conscience d'éléments qu'ils peuvent utiliser dans leur propre conception de nouveaux produits.” [traduit].

²⁸⁵ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, “*L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)*”, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 61.

²⁸⁶ C. com. art. 151-3.

²⁸⁷ La rétro-ingénierie est une méthode de désassemblage qui tente d'expliquer, par déduction et analyse systémique, comment un mécanisme, un dispositif, un système ou un programme existant, accomplit une tâche.

²⁸⁸ H. DELERUE, « Secret et Confiance : Substitut ou complément dans la protection des actifs intellectuels ? », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2008/5 (n°233), p. 74 : “*Il est en effet démontré qu'au niveau d'une industrie, la réduction des flux d'information a un effet négatif sur l'intensité de la R & D. Or, la capacité des entreprises à s'approprier la valeur des résultats de la R & D accroît généralement les activités d'innovation et les investissements en R & D. Par conséquent, il semblerait que le secret par la réduction des flux d'information qu'il génère réduit la capacité d'innovation et de fait les taux d'appropriation*”

²⁸⁹ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, “*L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)*”, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 60-61.

CHAPITRE II : Les acteurs du secret des affaires

L'importance des rôles humains à travers le temps. *“On connaît depuis toujours, l'importance du renseignement humain pour déjouer les menaces, de toute nature, qui pèsent sur la sécurité de notre pays. Être vigilant, être civique, c'est être attentif à ce qu'il se passe et ne jamais considérer que la sécurité serait l'affaire des forces de sécurité. C'est une évolution culturelle difficile et qui peut, le cas échéant, être risquée. Mais c'est une évolution nécessaire si nous voulons apporter des réponses crédibles et efficaces pour prémunir les attaques dont nous pourrions être l'objet²⁹⁰”* Pour lutter contre l'espionnage économique des concurrents étrangers, les acteurs privés doivent mettre en place les mesures raisonnables nécessaires afin de conserver le caractère secret des informations économiques sensibles qu'elles détiennent²⁹¹. Alors que les mesures raisonnables prises par l'entreprise se manifestent par des obligations légales et contractuelles *a priori* (SECTION 1) ; le Juge, quant à lui, est un acteur dont le rôle repose sur des mesures judiciaires appliquées *a posteriori* (SECTION 2)²⁹².

SECTION 1 - L'Entreprise

Avant-propos. *“Mieux vaut prévenir que guérir”*. Le régime du secret des affaires est, depuis 2016²⁹³, un droit nouveau dont le but principal est la protection de l'information stratégique, *“par nature volatile²⁹⁴”*, sur le marché concurrentiel. La nature-même du secret des affaires, bien qu'économique, étant difficilement identifiable au niveau juridique ; il est, avant tout, du devoir de l'entreprise de mettre en oeuvre les moyens nécessaires pour protéger sa confidentialité et éviter des contentieux causés par le vol d'informations privées²⁹⁵. Ainsi, les degrés de précaution et de rigueur que l'entreprise investira dans ses mesures préventives

²⁹⁰ Déclaration de M. Édouard PHILIPPE, Premier ministre, sur le lien entre l'armée et la nation, à Paris le 18 octobre 2019.

²⁹¹ C. com. art. 151-1, 3°.

²⁹² O. DE MAISON ROUGE, « Décryptage sur la protection juridique des informations sensibles », Dalloz IP/IT 2017, p. 273. : *“La protection des informations essentielles est assurée en amont par la confidentialité renforcée, de manière à les rendre indisponibles, et a posteriori par le juge qui doit préserver le secret”*.

²⁹³ Dir. n°2016/943.

²⁹⁴ O. DE MAISON ROUGE, *“La directive européenne sur le secret des affaires : la reconnaissance de droits incorporels d'un genre nouveau”*, Rev. UE. 2017.

²⁹⁵ Emilie COURCHESNE TARDIF et Jean LEMOINE, « La théorie du tremplin : quand la concurrence plonge en eaux troubles », dans S.F.C.B.Q., vol. 313, Développements récents en droit de la non-concurrence, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 48.

- impliquant des moyens financiers - impacteront directement le degré d'efficacité du niveau de protection du secret dont elle disposera face aux potentiels contentieux. Car rappelons-le, le recours au secret d'affaires en complément ou par substitution de la protection par la propriété intellectuelle dépend des moyens dont dispose l'entreprise.

La notion de mesures raisonnables. Les mesures prises par l'entreprise représentent *“la porte d'accès au régime de protection du secret [économique] (...) mais également les conditions du maintien de sa protection”*²⁹⁶. Par raisonnables, la directive entend plusieurs mesures : d'une part, des mesures contractuelles ; étant le socle évident et indispensable à la confidentialité de ses informations. D'autre part, les mesures organisationnelles et matérielles démontrent que l'entreprise sait maintenir cette confidentialité en dehors de tout engagement contractuel. Généralement, celles-ci se manifestent par des écrits - généralement sous forme de procédures - destinés aux professionnels des différents secteurs de l'entreprise²⁹⁷. En encadrant le comportements des salariés et des partenaires économiques, l'objectif est de communiquer les secrets d'affaires uniquement aux personnes pour qui leur connaissance est essentielle. Quant aux parties prenantes non concernées par ces informations secrètes, celles-ci sont considérées comme étant apte à mettre en œuvre le secret sans le connaître réellement. La proportionnalité de la connaissance de l'information dépend alors - dans la majorité des cas - de la place hiérarchique, des fonctions et des responsabilités de la personne concernée. En général, les personnes ayant le plus de responsabilités seront les plus informées. Ainsi, cette division entre les différents acteurs permet de prévoir le préjudice en cas de divulgation maladroite ou d'atteinte illégitime aux secrets²⁹⁸. Par conséquent, il

²⁹⁶ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, *“L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)”*, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 64-65.

²⁹⁷ Alexandra STEELE, *“Les dessous des informations confidentielles et des secrets de commerce”* dans S.F.C.B.Q., vol. 313, *Développements récents en droit de la non-concurrence* (2009), Cowansville, p. 128 : *“Comme le démontre la jurisprudence abondante sur le sujet, pour prouver l'existence même des secrets de commerce et d'informations confidentielles, les demandeurs devront démontrer que les documents et informations ont été protégés de façon complète et continue. Il n'est pas inutile de rappeler que les informations confidentielles et secrets de commerce ne bénéficiant pas de protection statutaire”*.

²⁹⁸ A. STEELE, *préc. citée*, p. 128 : *“Finalement, lorsque cela est possible, une entreprise devrait évaluer la possibilité de scinder la fabrication de son produit afin de préserver l'intégralité de ses secrets de commerce. Par exemple, si le secret de commerce est de la nature d'une recette, l'entreprise pourrait envisager de faire fabriquer une partie du produit par une personne et l'autre partie du produit par une autre personne, de manière à ce que chaque personne n'ait qu'une partie de la recette”*.

appartient aux acteurs de l'entreprise - en amont - d'anticiper leurs obligations contractuelles de non-divulgaration (I.) et d'être formés sur leurs obligations extracontractuelles (II).

I. La responsabilité contractuelle ou stipulation de clauses de confidentialité

Les mesures contractuelles. La protection du secret est assurée tant que la confidentialité est maintenue. Afin d'identifier les secrets d'affaires en cause, de repérer les éléments à protéger au fur et à mesure que l'entreprise crée des actifs intellectuels²⁹⁹ et d'imposer la confidentialité à ceux ayant connaissance de l'information, l'entreprise peut prévoir une clause de confidentialité au sein des contrats conclus avec ses salariés et partenaires économiques. Selon le contrat en cause, l'effet de la clause dans le temps n'est pas le même.

La clause de confidentialité en cas d'atteinte commise par un partenaire économique (effet *ex-ante*). Pendant la phase pré-contractuelle du contrat d'affaires, la clause de confidentialité doit être précise sur les termes utilisés quant aux secrets concernés. En stipulant notamment une obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter la diffusion de l'information, la clause de confidentialité permet à la fois de prouver que l'information a été transmise de manière confidentielle ; et de faciliter l'engagement de la responsabilité contractuelle du partenaire économique si celui-ci a manqué à ses engagements³⁰⁰. Ainsi, pendant les phases de négociation des modalités du contrat d'affaires, tout secret économique ayant pu être révélé est protégé par la confidentialité : le détenteur du secret pouvant chercher à convaincre son potentiel partenaire en lui révélant - sous couvert de confidentialité - un secret d'affaires, assure sa confidentialité. Par conséquent, peu important que le contrat soit conclu ou non, le partenaire ne pourra faire usage de l'information secrète *a posteriori*. Afin que les effets ne s'estompent qu'à la fin de la négociation et que le partenaire ne communique pas les informations à ses concurrents, il est essentiel que la clause prévoit une obligation de durée. Selon les usages, il serait courant de prévoir "*une durée*

²⁹⁹ Georges F. SAYEGH, Les secrets de commerce et les renseignements confidentiels, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 62.

³⁰⁰ M. MALAURIE-VIGNAL, "Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique", D. 2012. 1415, n°35.

*variant d'un ou deux ans à compter de la signature de l'accord*³⁰¹”. En cas d’absence de durée, le contrat pourra être résilié à tout moment à condition de respecter un délai de préavis raisonnable³⁰² : dans ce contexte, il serait conseillé au détenteur du secret - malgré sa volonté de conclure avec le partenaire - de révéler seulement quelques aspects du secret lors des négociations, de façon à convaincre l’autre partie tout en empêchant une reproduction ultérieure en cas de vaine conclusion³⁰³. Évidemment, toute stipulation à durée indéterminée est interdite, sauf en matière de transmission de savoir-faire, à la seule condition que le détenteur du secret d’affaires prouve que l’information n’est pas tombée dans le domaine public en vertu de l’article 101 du TFUE³⁰⁴. Par ailleurs, quelle que soit la phase du contrat, une clause pénale est souvent insérée³⁰⁵.

La clause de confidentialité en cas d’atteinte commise par un salarié (effet *ex-post*). Dans le cadre de la rédaction d’un contrat de travail, deux types de clauses relatives à la protection de l’information sont envisageables : la clause de non-concurrence (étant soumise à une limite matérielle, temporelle et géographique) ; et la clause de confidentialité. Bien qu’une obligation légale de confidentialité³⁰⁶ et de loyauté³⁰⁷ soient prévues par le Code civil, il est stratégique de prévoir une clause de confidentialité afin de préciser aux employés l’importance des informations qui leur ont été communiquées et l’obligation qu’ils ont de ne pas les communiquer. En effet, cette prévision permet, de façon dissuasive et efficiente,

³⁰¹ Nicolas BINCTIN, « Les secrets protégés », dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), *La protection des secrets d’affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016*, Palais du Luxembourg, Paris, 2017, p. 28.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, “*L’étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l’exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)*”, rédigé pour l’Université Laval de Québec (Canada) et l’Université de Paris-Sud (France), p. 76.

³⁰⁴ Cécile CASEAU-ROCHE. *La clause de confidentialité. Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution*, 2014, p.119 : “La Commission des Communautés européennes s'est également prononcée, à plusieurs reprises dans le passé, en faveur des clauses de confidentialité. À titre d'exemple, l'article 3.2 (a) du règlement d'exemption relatif aux accords de franchise de 1988 prévoyait que le franchiseur peut imposer au franchisé l'engagement de ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par lui, sans limitation de durée. En revanche, lorsque le savoir-faire est tombé dans le domaine public, l'interdiction constitue une violation de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne#”

³⁰⁵ A. MARTINON, “Secret des affaires et droit des parties à la relation de travail”, dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), *La protection des secrets d’affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016*, Palais du Luxembourg, Paris, 2017, p. 67.

³⁰⁶ C. civ., art. 1112-2 : “*Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun*”.

³⁰⁷ C. civ., art. 1104 et 1194.

d'engager la responsabilité contractuelle du salarié et - *a fortiori* - de rendre l'engagement de la clause pénale quasi-systématique³⁰⁸. En outre, la clause de confidentialité produit des effets pendant et *a posteriori* de la durée du contrat de travail : donc en plus d'offrir la faculté de délimiter "*l'objet des informations couvertes par une obligation particulière*"³⁰⁹ pendant l'exécution du contrat ; elle est susceptible de produire des effets à la fin de celui-ci³¹⁰. En ce sens, l'intérêt de l'effet *ex-post* repose sur le fait qu'à la fin de la relation de travail avec l'employeur, la clause de confidentialité a quasiment les mêmes conséquences qu'une clause de concurrence vis-à-vis de la divulgation de ses informations sur le savoir-faire ou des méthodes de l'ancienne entreprise ; la seule différence étant que la compensation financière attribuée à l'employé en raison de la limitation apportée à sa liberté de travail³¹¹ : gare à celui qui voudrait abuser de la liberté contractuelle³¹². Par conséquent, la clause de confidentialité est d'autant plus avantageuse pour l'entreprise car elle évite une compensation financière, à laquelle elle aurait été soumise en cas de clause de non-concurrence ultérieure. A cet égard, une jurisprudence *Michelin* démontre l'intérêt certain de l'effet post-contractuel de la clause de confidentialité en ce que la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé qu'un ex-employé, même s'il n'est plus tenu par une obligation générale de discrétion, engage sa responsabilité sur le fondement d'une telle clause en cas de divulgation d'un savoir faire et ce, même en l'absence de faute grave³¹³. Afin de renforcer l'obligation légale de loyauté, il est aussi judicieux de prévoir une clause de confidentialité au sein des documents réglementaires internes et les chartes éthiques de l'entreprise. Le but étant de sensibiliser les

³⁰⁸ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, "*L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)*", rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 70.

³⁰⁹ A. MARTINON, "Secret des affaires et droit des parties à la relation de travail", dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), *La protection des secrets d'affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017*, p. 63.

³¹⁰ Ibidem., p. 63.

³¹¹ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, "*L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)*", rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 72.

³¹² M. MALAURIE-VIGNAL, "*Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique*", D. 2012. 1415, n°29. Une telle clause doit être justifiée proportionnellement à la protection de la position concurrentielle de l'entreprise : "*L'analyse de la clause doit être faite par référence à la raison d'être de la protection du savoir-faire. En effet, un savoir-faire ou plus généralement une information stratégique pour une entreprise est une information destinée à lui procurer un avantage concurrentiel. Or la protection d'une situation concurrentielle de l'entreprise ne peut être absolue*".

³¹³ Cass. soc. 19 mars. 2008, n°06-45.322 ; RJS 2008, n°631 ; AJCA 2014, p. 119, obs. C. Caseau-Roche

employés à la valeur des secrets d'affaires, *“il y a souvent un risque non mesuré, parfois non conscient, de trahir les secrets de l'entreprise... Le tout étant facilement récupéré par un concurrent assoiffé”*³¹⁴. C'est d'ailleurs en ce sens que la chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'arrêt *Dassault*, a estimé avec nuance que *“les salariés jouissent, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de leur liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées”*³¹⁵. Donc afin que les salariés soient plus consciencieux des enjeux, les entreprises doivent absolument se montrer claires quant aux termes choisis pour stipuler des informations constituant un secret d'affaires. Enfin, en cas de litige, la clause de confidentialité permettra à l'employeur de prouver plus facilement le caractère confidentiel du secret économique ainsi que le dommage causé par sa divulgation³¹⁶.

II. La responsabilité délictuelle ou la mise en oeuvre des mesures matérielles

Les mesures matérielles. Les mesures matérielles ont pour principal rôle d'assurer le contrôle du respect de la confidentialité et de constituer une preuve solide à l'occasion d'un litige³¹⁷. Par un entreposage sécuritaire de procédures écrites (on peut par exemple citer les procédures de reprise ou de continuité de l'activité ; autrement écrites PRA et PCA), l'entreprise évite la propagation du secret sous sa forme matérielle et limite l'accès aux seules personnes concernées. De cette façon, la sécurité pour préserver le secret économique dans l'entreprise est renforcée à l'encontre des espions industriels et permet de regrouper des preuves devant les juges en cas de contentieux³¹⁸. Pour ce faire, il est nécessaire de marquer les documents et dossiers concernés par le secret - qu'ils soient sous forme papiers ou numériques - avec des termes tels que “confidentiels”, “secret” ou “défense de

³¹⁴ A. MARTINON, “Secret des affaires et droit des parties à la relation de travail”, dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), *La protection des secrets d'affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017*, p. 61.

³¹⁵ A. MARTINON, “Secret des affaires et droit des parties à la relation de travail”, dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), *La protection des secrets d'affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017*, p. 64-65.

³¹⁶ Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 2, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, n°2103, p. 797.

³¹⁷ A. STEELE, *préc. citée*, p. 129 : *“Cela permet non seulement d'identifier quelles informations existent et de mieux circonscrire sans quelles mesures elles sont données aux employés et tiers qui doivent y avoir accès, mais aussi à une Cour de statuer sur leur protection contre une divulgation intempestive ou mal intentionnée”*.

³¹⁸ *Ibidem.*, p. 129.

communiquer”. Ces mentions présentent un effet probatoire permettant de démontrer que l’entreprise a identifié l’information comme relevant du secret et a mis en œuvre des diligences raisonnables pour en restreindre l’accès, tant à l’égard des salariés que des partenaires. Elles permettent également de confirmer, à l’égard des tiers, les mesures prises en matière de protection de l’information³¹⁹. D’ailleurs, la jurisprudence demeure sévère avec les entreprises dont les mesures sont insuffisantes : elle exige notamment des mises à jour régulières des systèmes informatiques, l’effacement des copies de sauvegarde obsolètes ou encore le stockage des documents confidentiels sur des supports externes³²⁰ (ici, c’est principalement le service IT³²¹, en raison de ses fonctions, qui devra être tenu responsable des obligations relatives à la sécurité des systèmes informatiques). Avant l’entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2018, ces mesures matérielles s’inscrivaient principalement dans une logique contractuelle, la protection du secret reposant essentiellement sur des clauses ou accords de confidentialité³²². En l’absence de tels engagements, la sanction de l’atteinte au secret demeurait juridiquement incertaine, interrogeant alors l’effectivité de la protection offerte aux entreprises.

La protection délictuelle de l’information avant la loi du 30 juillet 2018. Avant l’adoption de la loi du 30 juillet 2018, la violation du secret des affaires ne faisait pas l’objet d’un régime autonome de responsabilité délictuelle : la protection de l’information confidentielle reposait prioritairement sur le terrain contractuel, notamment en cas de violation d’une clause ou d’un accord de confidentialité liant les parties. En dehors de ce cadre, la sanction de l’atteinte à la confidentialité pouvait seulement être recherchée de manière indirecte (par la “cause à effet”), à travers des mécanismes connus du droit civil et du droit de la concurrence : la bonne foi et la loyauté. Ainsi, la bonne foi pouvait être invoquée sur le fondement de l’obligation générale dans l’exécution des contrats ou au titre de l’obligation particulière pesant sur le salarié dans l’exercice de ses fonctions³²³. La loyauté, quant à elle, permettait de

³¹⁹ Marie MALAURIE-VIGNAL, “Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l’entreprise contre le piratage économique”, D. 2012. 1415, n°35.

³²⁰ CA Paris, 12e ch., Sect. A, 30 oct. 2002, D. 2003. 2827, obs. C. Le Stanc ; Gaz. Pal., 2003. 2. 2364, note V. Prat et Y. Bréban ; M. MALAURIE-VIGNAL, préc., note 87, n°35.

³²¹ Les services des Technologies et de l’Information (IT) englobent l’ensemble des activités qui ont pour objectif la gestion, la création, le stockage, la récupération et la transmission de données électroniques et d’informations au sein d’une organisation (source : www.youzer.net/glossaire-iam/service-it)

³²² M. MALAURIE-VIGNAL, “Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l’entreprise contre le piratage économique”, D. 2012. 1415, n°35.

³²³ C. civ., art. 1104 : “Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi” ; C. trav., art. L. 1222-1 : “Le contrat de travail est exécuté de bonne foi” ; C. trav., art. L. 122-1.

sanctionner certains comportements déloyaux³²⁴, notamment dans les relations commerciales³²⁵. D'ailleurs, la jurisprudence admettait également, dans certains cas, le recours à l'action en concurrence déloyale pour sanctionner l'usage abusif d'une information confidentielle qui avait été divulgué au cours de négociations³²⁶ : dès 1978, la Cour de cassation a pu considérer que l'action en concurrence déloyale avait pour objet *“d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif”*³²⁷, notamment lorsqu'un savoir-faire avait été divulgué au cours de négociations. Toutefois, ces fondements demeuraient fragmentaires et incertains ; ne permettant pas de consacrer une véritable responsabilité délictuelle autonome attachée à la violation du secret des affaires.

La protection délictuelle de l'information depuis la loi du 30 juillet 2018. La loi du 30 juillet 2018 marque une rupture majeure en ce qu'elle introduit, pour la première fois, un régime spécifique de responsabilité délictuelle fondé sur l'atteinte au secret des affaires. En effet, les articles L.151-4 à L.151-6 du Code de commerce définissent désormais les cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites du secret des affaires, facilitant ainsi la caractérisation de la faute. Contrairement aux droits de la propriété intellectuelle classiques, la faute ne repose pas sur la violation d'un droit de propriété, mais sur l'atteinte à la sphère du secret, entendue comme la captation, l'usage ou la conservation induite d'informations protégées³²⁸. En ce sens, le secret des affaires bénéficie aujourd'hui d'un régime autonome de protection délictuelle ; distinct des mécanismes contractuels antérieurs et facilitant ainsi la tâche des détenteurs pour engager la responsabilité des acteurs économiques usant de l'information de façon malhonnête³²⁹. En cas d'atteinte illégitime au secret économique,

³²⁴ Cass. soc. 15 mars 2000, n° 98-46.096. ; Soc. 5 juill. 2011, n° 10-17.284, CCC 2012, comm. 11, obs. E. Caprioli ; D. 2012. 902, obs. J. ; Porta ; RDT 2011. 708, obs. M. Kocher. ; Cass. soc. 30 juin 1982, Bull. civ. IV, n° 314.

³²⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, préc., note 87, n°21 : *“une obligation légale de confidentialité pèse sur tout salarié qui, sous peine de commettre une faute grave, ne doit pas divulguer des informations auxquelles ses fonctions ou ses responsabilités lui donnent accès, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise”*.

³²⁶ Cass. com. 30 oct. 1978, Dossiers Brevets 1979. II. 1. D. 1980. 55, J. Schmidt.

³²⁷ Jean-Marc MOUSSERON, Traité des brevets: L'obtention des brevets, Paris, Librairies techniques, 1984, n°21, p.24.

³²⁸ Cass. com. 25 juin 1991, n° 89-20.506, Bull. civ. IV, n° 236 ; D. 1992. 249, note A. Batteur, et 1993. 156, obs. Y. Picod ; JCP E 1992. II. 303, note G. Virassamy ; RTD civ. 1992. 390, obs. J. Mestre ; RTD com. 1992. 448, obs. B. Bouloc.

³²⁹ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, “L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)”, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 81 : *“Si ces fautes sont à prouver, on pourrait supposer que leur preuve engendrerait une présomption de dommage subi : l'accès illicite au secret, par une liste large d'actes, est une atteinte à*

l'entreprise peut désormais saisir les juridictions compétentes tant pour prévenir ou faire cesser l'atteinte que pour obtenir réparation du préjudice subi (SECTION 2).

SECTION 2 - Le Juge

Avant-propos. *“Un tiers des victimes d’actes illicites s’abstiennent d’engager une procédure judiciaire, par crainte d’avoir à divulguer leurs secrets d’affaires dans le cadre de l’instance³³⁰”*. Avant 2018, faibles étaient les mesures assurant le maintien de confidentialité des secrets économiques au cours du procès. Pour pallier ce risque de divulgation, le législateur a prévu des mesures judiciaires *a posteriori* permettant au détenteur français de maintenir et renforcer la confidentialité de ses secrets d'affaires à l'occasion de l'exercice d'une action en justice. En vertu des articles L.152-1 à L.152-8 du Code de commerce, il est désormais possible - grâce à l'intervention du Juge, de prévenir (I.), de faire cesser ou de réparer (II.) une atteinte au secret des affaires.

I. La préservation légale du secret

Principes et enjeux légaux. En vertu des articles L.152-1 et L.152-2 du Code de commerce, toute atteinte au secret des affaires telle que nous l'avons définie précédemment, engage la responsabilité civile de son auteur³³¹³³² et se prescrit par cinq ans à compter du jour où le détenteur légitime a connu ou aurait dû connaître le dernier fait dommageable³³³.

Pour prévenir l'atteinte, le juge peut ordonner, outre des dommages et intérêts, toute mesure proportionnée pour empêcher ou faire cesser l'atteinte, telles que l'interdiction d'utilisation ou de divulgation, le retrait ou la destruction de supports, ou la modification et confiscation de produits issus de l'atteinte³³⁴. Il peut également, sur requête ou en référé, prononcer des mesures provisoires et conservatoires pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une

réparer en soi. En rendant plus aisée la mise en cause de la responsabilité de la personne ayant porté atteinte au secret des affaires, le nouveau régime permet, par conséquent, une meilleure protection de celui-ci”.

³³⁰ Florence G'SELL, « Quelle protection dans le procès civil ? », dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), La protection des secrets d'affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017, p. 111.

³³¹ C. com., art. L.152-1.

³³² *Infra.* p. 42-43.

³³³ C. com., art. L.152-2.

³³⁴ C. com., art. L.152-3.

atteinte illicite³³⁵. Dans certains cas, une indemnité peut remplacer ces mesures lorsque l'auteur ne savait pas, ni ne pouvait savoir, que le secret avait été obtenu illicitement, et si les mesures causaient un préjudice disproportionné³³⁶.

A la lecture de ces dispositions légales, deux enjeux émergent à l'égard du droit de la procédure civile français : la question de la preuve dans le procès civil d'une part ; ainsi que la cessation de l'atteinte au secret des affaires avant et pendant le procès, d'autre part.

La confidentialité face au principe de la preuve pendant le procès. Pour rappel, l'article 145 du Code de procédure civile permet, s'il existe un motif légitime, d'obtenir la communication d'éléments pouvant avoir une influence dans le procès. Avant la directive de 2016 et la loi du 30 juillet 2018, dans le cas où ces éléments concernent des secrets d'affaires, la méfiance du détenteur était de mise à l'égard du défendeur qui, en faisant appel à la procédure judiciaire, pouvait obtenir leur divulgation. D'autant plus, étant donné que la phase préparatoire du procès n'est pas encore soumise au principe du contradictoire, la requête sur la mesure d'instruction des éléments demandés ne seraient pas communiquée, donc inconnue pour le détenteur³³⁷. Pour éviter les procès effectués dans le seul but d'obtenir le secret d'affaires au détriment des droits du détenteur, *“il faut que le Juge s'assure, avant de donner droit à la demande qui lui est faite, qu'il n'existe pas d'autre mesure plus appropriée”*³³⁸. En pratique, cette attention est fréquente : *“les tribunaux acceptent d'ordonner la communication tout en cherchant à en évaluer les conséquences, de manière à faire en sorte que l'éventuelle atteinte au secret des affaires soit proportionnée. Le juge veille, à cette fin, à limiter la divulgation aux seules informations directement en relation avec le litige et exclut toute investigation trop générale”*³³⁹. Pour résoudre la fréquence de ce risque, la loi du 30 juillet 2018 prévoit une cessation de l'atteinte au secret d'affaires dès la phase préparatoire en vertu de ses articles L.152-3 à L.152-5 du Code de commerce.

³³⁵ C. com., art. L.152-4.

³³⁶ C. com., art. L.152-5.

³³⁷ O. DE MAISON ROUGE, Le droit de l'intelligence économique : patrimoine informationnel et secrets d'affaires, Rueil-Malmaison, Lamy, 2012, 107-110 : *“à partir de cet accès privilégié, aucune disposition ne soumet ensuite les parties au procès à une quelconque obligation de confidentialité portant sur les éléments de preuve contenus et échangés dans le cadre de la procédure, quand bien même ces actes et pièces seraient susceptibles de révéler des informations tenues secrètes”*

³³⁸ Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017, n° 15-27.845 ; D. 2017. 1370 ; Dalloz IP/IT 2017. 543, obs. O. de Maison Rouge ; RTD civ. 2017. 661, obs. H. Barbier ; LEDA sept. 2017, p. 1, note C. Béguin-Faynel ; D. 2017. 2444, obs. Y. Serra.

³³⁹ Florence G'SELL, « Quelle protection dans le procès civil ? », dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), La protection des secrets d'affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1^{er} avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017, p. 98.

Les précautions avant le procès. C'est grâce à l'article L.152-3 que le juge peut, à la demande d'une partie ou d'office, adapter la communication et la production des pièces contenant des informations confidentielles. Concrètement, il peut limiter l'accès à certains documents, restreindre la divulgation aux seuls éléments indispensables au litige, ou encore aménager les modalités de consultation pour préserver la confidentialité. Cette disposition constitue une garantie essentielle : elle empêche que la procédure judiciaire elle-même ne devienne un moyen détourné d'obtenir indûment un secret d'affaires, tout en veillant au respect du droit à la preuve et du contradictoire. Ici, les mesures prévues sont similaires à celles prévues pour empêcher l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle³⁴⁰.

Les précautions pendant le procès. *“Le traitement du secret d'affaires pendant le procès, son audience et sa publicité sont également des éléments dissuadant depuis longtemps bon nombre d'entreprises d'avoir recours au juge judiciaire³⁴¹”*. Avant 2018, le législateur ne prévoyait ni d'audience en chambre de conseil, ni de limiter le prononcé de la décision au dispositif³⁴². Selon certains praticiens, la seule solution était *“d'insister auprès du juge sur l'importance de l'information afin qu'il en tienne compte car aucun recours n'existe à l'encontre de publications de jugements divulguant un secret d'affaires³⁴³”*. Pour d'autres, il fallait *“privilégier la procédure d'arbitrage [au procès] qui, si cela a un coût, préserve néanmoins beaucoup plus efficacement la confidentialité, tout en étant de surcroît plus rapide³⁴⁴”*. Depuis la réforme de 2018, le champ des possibles s'est élargi. En vertu de l'article L.153-1 du Code de commerce, le Juge peut désormais, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, consulter seul certaines pièces, limiter l'accès aux documents ou procès-verbaux sensibles ; statuer en chambre du conseil ; ainsi qu'adapter de la motivation et la publicité de sa décision, afin d'assurer la protection du secret des affaires. L'enjeu de la

³⁴⁰ CPI., art. L. 521-6 (pour les dessins et modèles), L. 615-3 (pour les brevets d'invention), L. 716-6 (pour les marques de fabrique).

³⁴¹ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, *“L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)”*, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 95.

³⁴² C. proc. civ., art. 452.

³⁴³ B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, *“L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)”*, rédigé pour l'Université Laval de Québec (Canada) et l'Université de Paris-Sud (France), p. 96.

³⁴⁴ O. DE MAISON ROUGE, *Le droit de l'intelligence économique : patrimoine informationnel et secrets d'affaires*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2012, n°126-127, p.113.

confidentialité ici est majeur et plus large que le régime de propriété intellectuelle car au-delà de la compétence d'office du Juge, toute autre personne ayant accès au secret des affaires au cours de la procédure est tenue d'une obligation de confidentialité³⁴⁵ : cela ajoute ainsi une valeur dissuasive et oblige, tant pour le Juge que pour les individus ayant connaissance du secret, de prendre les précautions nécessaires pour éviter de dévoiler - d'une quelconque manière - le secret des affaires³⁴⁶. En ce sens, la réforme incite les entreprises à faire confiance en la justice et à avoir recours à une instance civile.

II. La réparation judiciaire du secret

La clause pénale. *“Le but de l'instance judiciaire n'est pas de sanctionner l'atteinte au secret d'affaires mais de réparer le tort commis³⁴⁷”*. Par définition, la clause pénale désigne *“la clause par laquelle les parties évaluent à l'avance le montant de l'indemnité compensatoire à payer par le débiteur qui ne respecte pas son obligation de confidentialité³⁴⁸”*. Fréquemment insérée dans les contrats d'affaires et tout autre contrat stipulant un secret d'affaires, la clause a deux effets principaux : un effet dissuasif en raison de l'importance du montant à payer prévu en cas de manque à l'obligation de confidentialité imposée au cocontractant ; et un effet avantageux pour le détenteur du secret des affaires, de ne pas avoir à prouver et évaluer le dommage devant le Juge.

En ce sens, l'article L.152-5 du Code de commerce dispose que *“la juridiction peut ordonner, à la demande de l'auteur de l'atteinte, le versement d'une indemnité à la partie lésée au lieu des mesures mentionnées aux I à III de l'article L. 152-3”* à trois conditions cumulatives³⁴⁹. Concernant l'évaluation du montant, celui-ci tient compte des conséquences économiques négatives (pertes subies telles que l'investissement dans la R&D, le manque à gagner, perte de chance...), du préjudice moral, ainsi que des bénéfices retirés par l'auteur de l'atteinte³⁵⁰. A ce

³⁴⁵ C. com., art. L.153-2.

³⁴⁶ C. com., art. L.152-7.

³⁴⁷ Jean-Christophe GALLOUX, « L'adoption de la directive sur les secrets des affaires », RTD. com. 2017. 59.

³⁴⁸ V. KARIM, Les obligations, vol. 2, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, n°2103, p. 798.

³⁴⁹ C. com., art. L.152-5 : *“1° Au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir au regard des circonstances, que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ; 2° L'exécution des mesures mentionnées aux I à III de l'article L. 152-3 causerait à cet auteur un dommage disproportionné ;*

3° Le versement d'une indemnité à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.”

³⁵⁰ C. com., art. L.152-6.

titre, *“la réparation intégrale du préjudice subi par la victime de l’atteinte au secret des affaires est posée avec force : ce préjudice doit être intégralement réparé, dans toutes ses composantes³⁵¹”*. En cas de divulgation non intentionnelle de la part de l’employé, il est toujours possible pour le Juge de réduire les dommages et intérêts accordés à l’employeur³⁵².

L’injonction permanente. Depuis la réforme, le juge peut désormais, en plus des dommages et intérêts, prononcer des mesures permanentes contre l’auteur d’un usage non autorisé d’un secret d’affaires, similaires à celles prévues par les mesures conservatoires³⁵³ : il permet à la fois d’indemniser le détenteur et de priver l’auteur de la divulgation de l’exploitation du secret. Toutefois, l’injonction permanente reste peu utilisée par les juges. Fréquente en matière de propriété intellectuelle, elle demeure incertaine en droit des secrets d’affaires en raison de la nature des droits : alors que la propriété intellectuelle confère un droit privatif au propriétaire du titre, le secret d’affaires n’offre pas de monopole³⁵⁴. Ainsi, si un concurrent accède légitimement à l’information par inadvertance ou ingénierie inverse, il peut l’exploiter librement. De ce fait, le détenteur doit donc être particulièrement vigilant dans la préservation de son secret³⁵⁵. Par ailleurs, l’injonction permanente peut être complexe quant à sa temporalité : en pratique, bien qu’elle puisse être demandée en référé ou sur requête³⁵⁶, cette demande intervient souvent trop tard, une fois le secret déjà révélé, rendant inutile l’interdiction d’usage. Par conséquent, la réparation par dommages et intérêts est généralement jugée plus appropriée, notamment pour compenser la perte de profits équivalente au délai qu’aurait nécessité le concurrent pour développer seul l’information³⁵⁷.

³⁵¹ X. DELPECH, « Une proposition de loi visant à transposer la directive "secret des affaires" », AJ Contrat 2018, p.100.

³⁵² C. com., art. L152-6.

³⁵³ C. com., art. L152-3.

³⁵⁴ C. proc. civ., art. 452, 453, 454, 455.

³⁵⁵ J. PASSA, « Secret des affaires et propriété intellectuelle », dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), La protection des secrets d’affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017, p. 39.

³⁵⁶ C. com., art. L152-4.

³⁵⁷ G. BEAUREGARD, Entre l’art, l’invention et la nourriture: la propriété intellectuelle des recettes au Canada, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 46.

CONCLUSION GENERALE

Alors, de quels outils juridiques la France dispose-t-elle afin de protéger stratégiquement ses secrets économiques contre l'espionnage et la concurrence ?

La protection nationale du secret économique par le secret de la Défense. Le secret Défense est l'illustration la plus exigeante de la protection du secret économique en droit français : sa composante juridique éclectique - comprenant notamment un régime spécial de propriété intellectuelle - constitue un outil stratégique solide de sécurité nationale. Néanmoins, le régime se trouve en difficulté face à la mutation contemporaine du Secret : en effet, la multiplication des risques numériques impose aujourd'hui un renforcement des dispositifs de cybersécurité, tant sur le plan technique que juridique, afin de préserver la confidentialité des informations sensibles de l'Etat. Mais au-delà du champ régalien, l'évolution de la nature, des acteurs et des supports du secret révèlent le déploiement de l'information économique stratégique au sein du secteur privé, dont les données constituent, elles aussi, un enjeu majeur de compétitivité et de souveraineté économique nationale.

La protection nationale du secret économique par le secret des affaires. *“Demande toi ce que tu peux faire pour ton pays³⁵⁸”,* affirmait John Fitzgerald Kennedy. Depuis la réforme du Code de commerce permise par la loi du 30 juillet 2018, les entreprises et ses acteurs privés se voient responsabilisés de leurs propres secrets économiques. Ce déplacement de la charge de confidentialité traduit une logique nouvelle : l'État n'est plus l'unique garant de l'information stratégique. Il revient désormais aux acteurs économiques de mettre en place les dispositifs contractuels (notamment par la clause de confidentialité), organisationnels et techniques nécessaires pour préserver leurs actifs immatériels. Rejoignant partiellement la logique de la propriété intellectuelle, la protection du secret d'affaires (constituant un actif intangible) est comparable aux brevets ou aux œuvres protégées. Cependant, sa sécurisation repose davantage sur la prévention des acteurs économiques en interne et l'intervention du juge que sur des droits exclusifs prévus par le législateur. A cet égard, le Président Emmanuel Macron rappelait qu' *“une nation tient par les engagés. (...) Nous avons à la fois un État fort*

³⁵⁸ John F. KENNEDY lors de sa prestation de serment en tant que 35^e président des États-Unis. Cette allocution est l'une des plus mémorables de l'histoire américaine, notamment pour son appel à l'engagement civique : *“And so, my fellow Americans : ask not what your country can do for you, ask what you can do for your country”* (source : billofrightsinstitute.org/activities/john-f-kennedy-inaugural-address-january-20-1961).

duquel on attend beaucoup, mais nous sommes une nation où il y a aussi beaucoup d'engagements. Il faut continuer à encourager et valoriser cet engagement qui n'est jamais individuel : [tous], lorsqu'ils commencent, engagent quelqu'un avec eux³⁵⁹''.

Qu'il s'agisse de protéger la sécurité nationale ou la compétitivité économique, le secret reste avant tout une affaire de confiance et de vigilance. Car si le droit en fixe les contours, c'est la rigueur des pratiques humaines qui en assure la pérennité.

³⁵⁹ Emmanuel MACRON, interviewé par Matthieu Stefani dans le podcast "Génération Do It Yourself", 26 juin 2024 (consulté en juin 2025). <https://www.youtube.com/watch?>

BIBLIOGRAPHIE

I - DIRECTIVES, LOIS ET RÈGLEMENTS

DIRECTIVE (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

LOI du 12 avril 1916 relative aux inventions intéressant la défense nationale, JORF demandes de certificats d'obtention végétale.

LOI n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.

LOI n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangère dans le domaine le domaine du commerce maritime.

LOI n°80-538 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

LOI n° 82-155 du 11 février 1982 de nationalisation.

LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires relative à la protection du secret des affaires.

CONVENTION européenne des droits de l'homme de 1952.

DÉCLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

RÈGLEMENT (UE) 2016/679 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

RAPPORT n° 2244 sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique, par M. François COLCOMBET, Tome I, Assemblée nationale neuvième législature, fait au nom de la commission des lois, 1991.

RAPPORT n°810 relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2022-2023, 2023.

II - ARTICLES DE LOIS ET DÉCRETS

ACCORD de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994.

ACCORD sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), 1994.

ARRÊTÉ du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

CCAG/MI., art. 6.32.

CCAG/MI., art. 6.33.

CCAG/MI., art. 6.34.

CCAG/MI., art. 6.35.

C. civ., art. 1103.

C. civ., art. 1104.

C. civ., art. 1112-2.

C. civ., art. 1194.

C. com., art. L.151-1.

C. com., art. L.151-2.

C. com., art. L.151-3.

C. com., art. L.151-4.

C. com., art. L.151-5.

C. com., art. L.151-6.

C. com., art. L.152-1.

C. com., art. L.152-2.

C. com., art. L.152-3.

C. com., art. L.152-4.

C. com., art. L.152-5.

C. com., art. L.152-6.

C. com., art. L.152-7.

C. com., art. L.153-1.

C. com., art. L.153-2.

C. Défense, art. L.1111-1.

C. Défense, art. L.1311-1.

C. Défense, art. L2311-1

C. Défense, art. R2151-3.

C. Défense, art. R2311-2.

C. Défense, art. R2311-4.

C. Défense, art. R2311-6-1

C. Défense, art. R2311-7.

C. Défense, art. R2311-7-1.

C. Défense, art. R2311-7-2.

C. Défense, art. R2311-9.

C. pénal, art. 410-1.

C. pénal, art. 411-6.

C. pénal, art. 411-7.

C. pénal, art. 411-8.

C. pénal, art. 411-12.

C. pénal, art. 413-7.

C. pénal, art. 413-8.

C. pénal, art. 413-9.

C. pénal, art. 413-10.

C. Pénal, art. 413-11.

C. pén. ancien 1939, art. 78.

C. pén. ancien 1939, art. 81.
C. pén. ancien 1960, art. 77
C. pén. ancien 1960, art. 78
C. pén. ancien 1978, art. 418.

C. proc. civ., art. 145.
C. proc. civ., art. 452.
C. proc. civ., art. 453.
C. proc. civ., art. 454.
C. proc. civ., art. 455.

CPI., art. L112-1.
CPI., art. L112-3.
CPI., art. L121-1.
CPI., art. L121-2.
CPI., art. L123-1.
CPI., art. L. 341-1.
CPI., art. L. 342-1.
CPI., art. L. 342-3.
CPI, art. L.611-1.
CPI, art. L.611-2.
CPI, art. L.612-8.
CPI. art. L.612-9.
CPI, art. L.613-19.
CPI, art. L.613-20.
CPI, art. L.614-4.
CPI, art. L.614-20.
CPI, art. L.615-1.
CPI, art. L.623-9.

C. sécurité intérieure, art. L811-2.

CEDH, art. 1.

DDHC, art. 2.

DDHC, art. 17.

DÉCRET-LOI du 30 octobre 1935 RELATIF AUX BREVETS D'INVENTION INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE, JORF du 31 octobre 1935.

DÉCRET du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions.

DÉCRET n°80-809 du 14 octobre 1980 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels.

DÉCRET n° 2011-1425 du 2 novembre 2011 portant application de l'article 413-7 du code pénal et relatif à la protection du potentiel scientifique et technique de la nation.

ETIQUETTE du palais impérial aux armes de Napoléon Ier. Paris, de l'Imprimerie Impériale, 1806.

INSTRUCTION GÉNÉRALE INTERMINISTÉRIELLE (IGI) n°1300 relative à la protection du secret de la défense nationale, SGDSN, 2021.

ORDONNANCE de Bourges, 16 novembre 1318, art. 4.

Computer Fraud and Abuse Act, art. 18 U.S.C. § 1030.

Defend Trade Secret Act, 18 U.S.C. § 1839.

Economic Espionage Act of 1996, § 1831.

Protecting American Intellectual Property Act, art. 50 U.S.C. § 1709.

III - OUVRAGES

M. BARRÈS, La grande pitié des églises de France, Édition Émile-Paul Frères, 1914.

D. COLON, La Guerre de l'information, Les États à la conquête de nos esprits, Editions Tallandier, 2024.

O. DE MAISON ROUGE, Le droit de l'intelligence économique : Patrimoine informationnel et secrets d'affaires, Edition Lamy, 2012.

O. DE MAISON ROUGE, Le droit du renseignement, LexisNexis, 2016.

A. DEPRAU, Intelligence économique et protection du patrimoine informationnel, Éditions Universitaires Européennes, 2014.

P. KAMINA, Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles, T.2, 2e édition, 2024.

V. KARIM, Les obligations, vol. 2, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

A. LAÏDI, Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes, Editions Actes Sud, 2019.

A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4e éd, Paris, LexisNexis, 2012.

M. MALAURIE-VIGNAL, Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique, D. 2012.

J.-J. ROUSSEAU, Contrat social, Bruno Bernardi, 2012.

B. WARUSFEL, Contre-espionnage et protection du secret : histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France, Edition Lavauzel, 2000.

IV - ARTICLES, REVUES ET CHRONIQUES

G. BEAUREGARD, *Entre l'art, l'invention et la nourriture: la propriété intellectuelle des recettes au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

J.-P. BANSARD : “La protection du patrimoine scientifique et technologique national : de la théorie à la pratique d’hier à aujourd’hui” in Bertrand Warusfel (dir.), *Industrie, Technologie et Défense*, Travaux du Centre Droit et Défense, La documentation Française, 1993.

S. BEN DHAYA, “L’industrie en France : état des lieux d’un secteur stratégique”, Big Média BPIFrance, 2024.

N. BINCTIN, « Les secrets protégés », dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), *La protection des secrets d’affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016*, Palais du Luxembourg, Paris, 2017.

M. BOURGEOIS, “La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droits québécois et français”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 40, n°1, 1988.

C. CASEAU-ROCHE, “La clause de confidentialité”, *Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence distribution*, 2014.

B. CHAHKAR MIAN POSHTEH, “L’étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l’exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec)”, Université Laval de Québec (Canada) et l’Université de Paris-Sud (France).

B. CHANTEBOUT & B. WARUSFEL (dir.) *Le contrôle des exportations de haute technologie vers les pays de l’Est*, Masson, 1988.

E. COURCHESNE TARDIF et J. LEMOINE, “La théorie du tremplin : quand la concurrence plonge en eaux troubles”, dans S.F.C.B.Q., vol. 313, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

H. DEBRUN, “Le secret de défense” in Jacques Robert (dir.). L’esprit de défense, Economica, 1987.

H. DEBRUN, G. VIAL, “La sécurité du CEA - Une réponse aux diverses menaces de l’entreprises”, Réalités Industrielles/Annales des Mines, octobre-novembre 1989,

H. DELERUE, « Secret et Confiance : Substitut ou complément dans la protection des actifs intellectuels ? », La Revue des Sciences de Gestion, 2008.

X. DELPECH, « Une proposition de loi visant à transposer la directive "secret des affaires" », AJ Contrat, 2018.

O. DE MAISON ROUGE, Le patrimoine informationnel : fonds de commerce du XXe siècle ?, Le village de la Justice, 2010.

O. DE MAISON ROUGE, “Sur tous les fronts de la Guerre Économique”, Bulletin du droit des secrets d'affaires, 2012.

O. DE MAISON ROUGE, La géopolitique du droit, l’autre champ de bataille de la guerre économique, ; Synfie, Lettre d’information, n°5-T1, 2016.

O. DE MAISON ROUGE, “La directive européenne sur le secret des affaires : la reconnaissance de droits incorporels d’un genre nouveau”, Rev. UE. 2017.

O. DE MAISON ROUGE, “Survivre à la guerre économique ; Manuel de résilience”, VA Editions, 2020.

O. DE MAISON ROUGE, “Les secrets dans la guerre économique : du secret-défense au secret des affaires”, Village de la Justice, 2025

A. DEPRAU, “Rétrospective sur le secret des affaires en France (1968-2018)”, Village de la Justice, 2018.

O. FANE et J. FEIGE, “Espionnage industriel : protections, outils de gestion et perspectives ?”, Question de Management, 2019.

L. FAVOREU, “Un contrat administratif d’un type nouveau ? Les conventions de recherche de la DGRST et de la DRME”, AJDA, 1965.

D. FRIEDMAN, W. M. LANDES et R. A. POSNER, “Some Economics of Trade Secret Law”, Journal of Economic Perspectives, 1991.

J.-C. GALLOUX, « L’adoption de la directive sur les secrets des affaires », RTD. com. 2017.

J.-C. GALLOUX, “Le secret des affaires et la propriété intellectuelle” in Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique, Dalloz, 2018.

C. GAVALDA, Le secret des affaires, in Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965.

F. GOUTORBE, Fascicule 4490 : Défense nationale, JurisClasseur Brevets, 2018.

F. G’SSELL, “Quelle protection dans le procès civil ?”, dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), La protection des secrets d’affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017.

F. HAGEL, « Secret et droits de propriété intellectuelle : un tour d’horizon », RLDI 2009/10, N°53, 2009.

C. HOORMAN et E. VINCENT , “Le renseignement militaire s’inquiète de la hausse des ingérences étrangères”, Le Monde, 2024.

E. LEFORT, “Les clefs de chambellan”, napoleon.org., 2021.

P. LEFORT-LAVAUZELLE, “La réforme du secret de la défense nationale”, Portail de l’IE, 2020.

D. LEGOUTE, “Instaurer un secret des affaires en France : dix ans de vaines tentatives”, LeLab Europe1, 2015.

M. LOMBARD, “Espionnage : ces pays qui menacent gravement la France”, planet.fr, 2023.

A. MARTINON, “Secret des affaires et droit des parties à la relation de travail”, dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), La protection des secrets d'affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017.

J. PASSA, “Secret des affaires et propriété intellectuelle”, dans Jean LAPOUSTERLE (dir.), La protection des secrets d'affaires: perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1er avril 2016, Palais du Luxembourg, Paris, 2017.

R. PAUTRAT, “L'intelligence économique : un nouveau défi et un grand enjeu pour la France”, Défense - Revue de l'Union des associations d'auditeurs de l'IHEDN, 1994.

E. PHILIPPE, Déclaration sur le lien entre l'armée et la nation, à Paris le 18 octobre 2019.

F.-X. POIROT, “La lutte contre l'atteinte au secret des affaires : nouveau levier de puissance extraterritoriale des États-Unis ?”, Portail de l'IE, 2025.

J. POOLEY, Le secret d'affaires : un droit de propriété intellectuelle méconnu, OMPI Magazine, 2013.

L. QUINET, Espionnage chinois : les universités françaises menacées, Portail de l'IE, 2024.

D. W. QUINTO, S. H. SINGER, Trade Secrets, Law and Practice, Oxford 2009.

M. SABATIER, Fasc. 4780 : MESURES AUTORITAIRES SUR BREVET D'INVENTION. – Licences autoritaires, JurisClasseur Brevets, 2018.

G. F. SAYEGH, Les secrets de commerce et les renseignements confidentiels, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

SGDSN, “Protéger le potentiel scientifique et technique de la nation”, 2025.

A. STEELE, “Les dessous des informations confidentielles et des secrets de commerce “ dans S.F.C.B.Q., vol. 313, Développements récents en droit de la non-concurrence, Cowansville, 2009.

A.-S TOUMI, F. LAMBAUDIE, X. PAQUE, A. SUAREZ, et E. JEULIN, Guerre de l’information “Guide de survie pour entreprise”, Comment se défendre et passer à l’attaque légalement dans la jungle informationnelle et concurrentielle à laquelle doit désormais faire face toute entreprise ?, Mémoire rédigé dans le cadre de l’Ecole de Guerre Économique, 2022.

B. WARUSFEL, La loi américaine sur l’espionnage économique, Secret et propriété industrielle, Revue Droit et Défense, 1997.

B. WARUSFEL, Intelligence économique et pratiques juridiques, Revue de l’Intelligence économique, 1999.

B. WARUSFEL, La lutte contre l’espionnage économique : entre protection privée et sécurité nationale, Mare & Martin, 2019.

B. WARUSFEL, Le droit peut-il encore protéger le secret ? Publication Titre VII, 2023.

V - JURISPRUDENCES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

CA Paris, 12e ch., Sect. A, 30 oct. 2002.

CA Paris, 4e ch., 17 sept. 2004 : RJDA 2005/5.

CA Paris, 4e ch., 15 févr. 2006 : PIBD 2006.

Cass. com. 25 juin 1991.

Cass. com., 1er juill. 2008 : RIDA 3/2008.

Cass. 1re civ., 22 janv. 2009 : RIDA 1/2009.

Cass. 1re civ., 22 juin 2017.

Cass. soc. 19 mars. 2008.

Cass. com. 10 déc. 2013 : D. 2014.

CEDH, Sporrong et Lönnroth c. Suède, 23 septembre 1982

CEDH, James et autres c. Royaume-Uni, 21 février 1986

CJCE, 18 juin 1998, Commission c/Italie, aff. C-35/96.

C. constit., Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

TGI Paris, 3e ch., 26 mai 2004 : JCP G 2004, II, 10144, note Bruguière.

Motorola Solutions, Inc. v. Hytera Communications Corporation Ltd., No. 22-2413 (7th Cir. 2024).

VI - SITES INTERNET

www.archives.gov

www.assemblee-nationale.fr

www.billofrightsinstitute.org

www.cnil.fr

www.cnrtl.fr

www.congress.gov

www.conseil-constitutionnel.fr

www.dalloz.fr

www.dictionnaire-academie.fr

www.dictionnaire-juridique.com

www.enseignementsup-recherche.gouv.fr

www.entreprises.gouv.fr

www.europarl.europa.eu

www.eur-lex.europa.eu

www.ihedn.fr

www.info.gouv.fr

www.intelligence.senate.gov

www.napoleon.org

www.nsa.gov

www.senat.fr

www.sgdsn.gouv.fr

www.wipo.int/tradesecrets/fr

www.wto.org

www.youtube.com

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	3
AVANT-PROPOS.....	5
INTRODUCTION.....	7
 PREMIÈRE PARTIE - L'INFORMATION ÉCONOMIQUE PROTÉGÉE PAR LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE	 18
 TITRE I - LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE : UNE PROTECTION JURIDIQUE ÉCLECTIQUE.....	 21
CHAPITRE I - Le droit de la défense nationale.....	24
CHAPITRE II - Le droit de la propriété intellectuelle.....	28
CHAPITRE III - Le droit pénal.....	32
 TITRE II - LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE : UNE INSTITUTION DEPASSEE FACE A LA MUTATION DU SECRET.....	 36
CHAPITRE I - La mutation de l'objet du secret : de la défense militaire à la sécurité économique.....	36
CHAPITRE II - La mutation des acteurs du secret : l'Entreprise au coeur de la sécurité nationale.....	41
CHAPITRE III - La mutation des supports du secret : la vulnérabilité des systèmes d'information.....	43
 SECONDE PARTIE - L'INFORMATION ÉCONOMIQUE PROTÉGÉE PAR LE SECRET DES AFFAIRES	 46
 TITRE I - LE SECRET DES AFFAIRES, ENTRE ALTERNATIVE ET COMPLÉMENT AU SECRET DÉFENSE.....	 48
CHAPITRE I - Une alternative d'inspiration américaine.....	48
Section 1 - L' <i>Espionnage Economic Act</i>	51
Section 2 - Le <i>Trade Secret Act</i>	53
CHAPITRE II - Une appropriation française complémentaire au secret de la Défense nationale.....	54
 TITRE II - LE SECRET DES AFFAIRES, UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ?.....	 58

CHAPITRE I - Le régime du secret d'affaires face au régime de propriété intellectuelle : de l'inspiration à la substitution.....	59
Section 1 - L'inspiration d'un droit déjà acquis.....	60
Section 2 - Une substitution variant entre contrainte et stratégie.....	64
I - L'utilisation contrainte du secret des affaires.....	64
II - Le potentiel stratégique du secret des affaires.....	67
CHAPITRE II - Les acteurs du secret des affaires.....	70
Section 1 - L'Entreprise.....	71
I - La responsabilité contractuelle ou stipulation de clauses de confidentialité.....	72
II - La responsabilité délictuelle ou la mise en oeuvre des mesures matérielles.....	76
Section 2 - Le Juge.....	78
I - La préservation légale du secret.....	79
II - La réparation judiciaire du secret.....	82
CONCLUSION GENERALE.....	83
BIBLIOGRAPHIE.....	85
TABLE DES MATIERES.....	87