Responsabilité contractuelle : de la techno-logistique au "Grounding" de la confiance

Autor(en): **Aubort Jaccard, Chantal**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **72 (2014)**

Heft 1

PDF erstellt am: **24.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-823235

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE: DE LA TECHNO-LOGISTIQUE AU «GROUNDING» DE LA CONFIANCE

CHANTAL AUBORT JACCARD
ECODROITCONSEILS
Cabinet d'Intelligence juridique et de psychologie du travail
c.aubort@ecodroit-conseils.ch

> Depuis des mois, les divulgations d'atteinte à la protection des données arrivent en répliques. L'ampleur du phénomène pousse à toutes sortes de réactions allant de la panique à l'incrédulité, du déni des impacts à leur surévaluation, une effervescence certainement justifiée car plus ou moins éloignées de l'épicentre, toutes les entreprises peuvent être concernées. Comment visualiser cet étrange épisode de notre histoire et tenter d'y trouver non pas un sens mais une compréhension plus large? Comment retrouver l'ancrage de la confiance en affaires?

Mots-clés: confiance, risque, protection des données, droit.

Espionnage, vol de données, piratage informatique, les faits sont là, accablants, souvent déstabilisants, trop rarement drôles et parfois, ô combien absurdes. La confidentialité en affaires posée en dogme si chèrement bataillé au fil de l'histoire, perçue comme une attente d'ordre éthique serait-elle devenue obsolète? Ou se verrait-elle, plus radicalement encore, clouée au sol par une technologie de pointe, fulgurante de vitesse, détenue par de mystérieux inconnus tantôt seigneurs, tantôt esclaves d'un genre nouveau, celui de la percolation numérique?
Certes, l'excellente santé du marché de la sécurité devrait rassurer quelque peu, en atteste une progression annuelle oscillant entre 7,1 et 8,7 pourcent jusqu'en 2017 annoncée par les divers instituts spécialisés (Gartner, Canalys, etc.). Tous segments confondus, le marché mondial de la sécurité de l'information avoisinerait dans les trois prochaines années les 60 milliards de dollars, la projection de la plus forte part de croissance revenant sans grande surprise à la Chine. Sans doute, pourrions-nous revenir à l'idée que la propriété privée n'est fondamentalement qu'une institution d'exclusion, un carton VIP, un postulat qui avait d'ailleurs été parfaitement posé au XVIIème siècle par le philosophe anglais John Locke, ce qui ne l'a pour autant pas empêché de défendre magistralement le concept de propriété privée!
Assurément donc, serait-il possible de s'accommoder du changement de paradigme sans ambages si la problématique ne s'achoppait qu'à la seule violation non maîtrisée d'une confidentialité promise dans bon nombre de contrats et par tout autant d'entreprises, mais voilà c'est au cœur même de cet engagement que tout se grippe car n'est trahi que ce qui a été promis! La confidentialité n'est pas un objectif en soi mais un comportement privilégié

dans des situations où il paraît tout simplement adéquat de l'assurer, tout comme «l'éthique n'est pas un but à atteindre mais un chemin à emprunter»[1]

Il ne s'agit pas ici d'analyser les intentions ni les multiples imbrications qui ont parachevé la mondialisation de la surveillance[2] mais à se poser la question suivante. comment les entreprises peuvent-elles encore s'engager à respecter une confidentialité qu'elles ne peuvent plus garantir comme par le passé? La question est d'autant plus cruciale pour les PME et les micro-entreprises dépourvues des budgets colossaux dédiés à la sécurité informatique et aux objectifs de réduction maximale des risques opérationnels. Pour rappel, la clause de confidentialité implique de ne pas révéler à des tiers la teneur d'informations légalement imposées aux parties ou contractuellement déterminées par elles-mêmes. La signature d'une telle clause est souvent le premier pas d'un long processus de négociation et parfois même une condition sine qua non impliquant, faute d'être remplie la cessation immédiate de tout dialogue, ceci est particulièrement vrai dans le secteur de l'innovation et lors de positionnement sur les marchés internationaux où la coordination, la sécurité des opérations s'avère particulièrement importante. Que l'engagement se fasse oralement ou par l'échange d'une poignée de main n'y change rien. le respect de la confidentialité est l'un des signes distinctifs fort de la confiance même s'il n'en n'est de loin, et heureusement pas, le seul élément constitutif. Mais malgré tout «la confiance permet d'alléger les dispositifs de gouvernance en limitant le recours à des mécanismes de supervisons, d'incitation et de répression»;[3] elle sédimente les échanges grâce à un mode d'alignement simple, pratique et compréhensible par chacune des parties tout en offrant un appréciable raccourci en termes d'actifs réputationnels, des biens immatériels devenus sous les feux de la virtualité plus importants et mais aussi nettement plus volatiles. Toute entreprise sait désormais qu'elle peut mettre en péril sa viabilité, d'un jour à l'autre s'il lui venait l'idée malencontreuse de baisser la garde.

Qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, se confier, et son corollaire faire confiance, signifie prendre le risque de s'exposer, sans savoir, sans certitude de fiabilité, d'où cette exigence fréquente et bien compréhensible de «Non Disclosure Agreement»[4]

L'affaiblissement du gage de confiance par l'éventualité d'une incapacité involontaire à respecter la parole donnée menace les bienfaits escomptés de la sécurité contractuelle qui est l'un des éléments clés, voire même celui impactant le plus la bonne santé des affaires. A titre d'exemple et tel que cité dans le rapport Doing Business de la banque mondiale en 2013. «Les économies qui ont une bonne exécution des contrats ont tendance à produire et à exporter davantage de produits sur mesure que celles dont l'exécution des contrats est médiocre». Il serait dommage que cette facilité d'accès à la violation des données provoque subrepticement et à grande échelle une sorte de désengagement institutionnalisé ou pire qu'un amalgame opportuniste soit opéré avec la disparition du secret bancaire ou à l'inverse induise des comportements paranoïaques extrêmes aux effets amers tels que perte de temps, coûts exorbitants et malaise généralisé.

---

1 «Responsabilité d'entreprise et éthique sont-elles solubles dans la mondialisation?», Philippe Laget, Editions de l'Aube, 2009, p.13.

2 Sur cette question. «La globalisation de la surveillance, aux origines de l'ordre sécuritaire», Aramand Mattelart, Editions La Découverte, 2007.

3 «Confiance ou contrat, confiance et contrat», Eric Brousseau, in F. Aubert & J.-P. Sylvestre (eds.), Confiance et Rationalité, INRA Edition, Les Colloques, No 97, 2000, p.65-80

4 Accord de non divulgation

Alors, quelle riposte les PME doivent-elles adopter? Retrait, rappel de produit? Ne rien changer à ses habitudes en défiant les plus sombres prévisions? Pas si simple lorsqu'il s'agit d'une habitude aussi profondément ancrée dans le «Law management», en sachant de surcroît pouvoir être exposé, suivant les pays et les législations en vigueur, à des risques de sanctions faute d'avoir mis en place un barrage sécuritaire suffisant et tout en ignorant qui ou quel organisme sera en mesure d'évaluer la qualité et le degré d'effort investi dans la protection des dit-systèmes, encore une incertitude fragilisante qui vient s'ajouter à la compréhension (ou l'incompréhension) d'une logique qui reporte les charges de mise en conformité sur les victimes d'éventuelles infractions dont la légitimité et la capacité à porter plainte est subordonnée à l'existence d'un blindage jugé approprié. En résumé et sans beaucoup exagérer. Vous n'avez pas construit votre cyber bunker, à vos risques et périls!

Insécurité juridique, rupture du lien éthique, déficit démocratique sont pour l'heure les conséquences fâcheuses de cette nouvelle configuration technologique même si les entreprises auront toujours le choix de se porter garantes d'une totale confidentialité quitte à aussitôt se protéger derrières les paravents juridico-techniques mis à leur disposition, en attendant la fin de son détournement ou son remplacement par de nouvelles croyances cryptographiques. Dans l'intervalle, le meilleur conseil pour les PME ne serait-il pas de suivre la voie de l'agilité. agir vite, ne pas préposer ni supposer la confiance mais la postposer, à la plus grande satisfaction de tous une fois éprouvée et établie? Le prochain virage de l'histoire de la vie privée des entreprises et des individus sera-t-il quantique, et pas du tout romantique, cynique ou sagement juridique? A en croire, les nombreux auteurs qui se sont penchés sur la conception interculturelle de la notion de responsabilité, ou de la pluralité des responsabilités «la responsabilité est associée à une charge inévitable. Pour eux, il ne s'agit pas de choix (humain), mais de l'ordre des choses (qu'il soit social, humain ou cosmique) dans lequel chacun doit jouer son rôle. Par conséquent, la responsabilité n'est pas sujette aux changements provoqués par l'homme».[5] L'idéalisme nous porterait à imaginer une harmonisation mondiale par la voie d'une médiation techno-politique visant à élaborer un ADN commun mais le corps numérique semble encore bien loin d'avoir atteint son âge adulte, alors ne serait-ce que l'épisode douloureux d'une crise de croissance trop rapide et non maîtrisée ou une sérieuse épreuve de résistance?

---

5 «Responsabilité et culture du monde. Dialogue autour d'un défi collectif», Edit Sizoo, Editions Charles Leopold Mayer, 2008, p.32.