

DE L'OBLIGATION PRÉ- CONTRACTUELLE DE RENSEIGNEMENT: ASPECTS D'UNE RÉFLEXION MÉTAJURIDIQUE (ET PARACIVILISTE)*

*Pierre Legrand, Jr***

INTRODUCTION

Antoine Loisel écrivait qu'«[i]l y a plus de fols acheteurs que de fols vendeurs.»¹ L'appréhension de cette réalité aurait-elle, fut-ce confusément, présidé à la naissance de la théorie de l'obligation pré-contractuelle de renseignement?² Il est, en tous cas, indéniable que celle-ci relève davantage d'une fusion de thèses éprouvées que des décisions jurisprudentielles elles-mêmes.³ Et pourtant, à peine quelques années après que l'on ait écrit que la reconnaissance d'une obligation pré-contractuelle de renseignement ne correspondait pas à l'état des moeurs françaises et n'ajoutait rien au droit positif,⁴ elle s'est faite — en France, du moins — omniprésente.

Si cette ubiquité s'est traduite tant par une riche analyse doctrinale que par une jurisprudence touffue,⁵ telles manifestations restent le reflet d'une approche nettement positiviste. La problématique de l'obligation

* Chronique bibliographique sur K.L. Scheppelle, *LEGAL SECRETS[:] EQUALITY AND EFFICIENCY IN THE COMMON LAW*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988; xiii et 363 pp. [54.00 \$ US (relié); 17.95 \$ US (broché)].

** Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

¹ *INSTITUTES COUTUMIÈRES*, éd. par M. Reulos, Paris, Sirey, 1935, liv. III, tit. IV, II à la p. 64.

² Voir pour un panorama, notre étude, *Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared* (1986) 6 OXFORD J. LEG. STUD. 322 aux pp. 322-41.

³ En ce sens, elle ne se distinguerait pas d'autres théories; voir, e.g., G. Canguilhem, *LA CONNAISSANCE DE LA VIE*, 2e éd., Paris, Vrin, 1985 aux pp. 43-58.

⁴ Voir J. Ghustin, *LA NOTION D'ERREUR DANS LE DROIT POSITIF ACTUEL*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1971, no 93 aux pp. 111-12.

⁵ Voir tout particulièrement, J. Ghustin, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL*, 2e éd., t. II: *LES OBLIGATIONS[.] [L]E CONTRAT: FORMATION*, Paris, L.G.D.J., 1988, nos 455-508 aux pp. 502-66.

pré-contractuelle de renseignement ne paraît pas, en effet, avoir suscité de réflexion interdisciplinaire approfondie. Quoique l'on ait récemment rappelé, à l'instar de ce qu'avait déjà aperçu La Fontaine,⁶ qu'«[i]nformer a un coût»,⁷ la doctrine française n'a guère jugé à propos de confronter l'obligation pré-contractuelle de renseignement aux préceptes de l'analyse économique du droit.⁸ L'on n'ignore pas qu'il y a pourtant là l'un des mouvements de pensée les plus vigoureux à s'être manifestés au sein de la tradition de *common law* depuis plusieurs décennies.⁹ Ne serait-ce que parce que «le droit privé est impuissant à violer les lois économiques»,¹⁰ il y a lieu de s'attarder à cette perspective. Peut-être cette remise en cause s'impose-t-elle d'autant plus que le temps est venu, pour certains auteurs, de vilipender la «démesure dans l'obligation d'information».¹¹

Mais, aussi influente soit-elle, l'approche économique classique ne se gagne pas que des adhérents. Ainsi d'aucuns, rejetant l'efficience brute comme étalon de la justesse d'une norme juridique, prônent l'adoption d'un critère de type contractualiste. Cette thèse s'est vue exprimée de manière particulièrement séduisante par M. le professeur John Rawls.¹² Mme la professeure Kim Lane Scheppelle est de celles

⁶ Voir J. De La Fontaine, *L'avantage de la science* dans E. Pilon *et al.*, éds, FABLES, CONTES ET NOUVELLES, Paris, Gallimard, 1948 à la p. 205: «Laissez dire les sots; le savoir a son prix.»

⁷ J. Carbonnier, *Introduction* dans L'ÉVOLUTION CONTEMPORAINE DU DROIT DES CONTRATS, Paris, Presses universitaires de France, 1986 à la p. 37.

⁸ Voir toutefois, la contribution d'un juriste anglais en ce sens dans B. Rudden, *Le juste et l'inefficace [:] pour un non-devoir de renseignements* (1985) REV. TRIM. DR. CIV. 91.

⁹ Voir pour un panorama, R. A. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 3e éd., Boston, Little, Brown, 1986 aux pp. 19-20. Voir aussi L.A. Kornhauser, *L'analyse économique du droit* (1985) REVUE DE SYNTHESE 313 aux pp. 313-15; E. Mackaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économiste* (1986) R.I.D.E. 43 aux pp. 47-51.

¹⁰ R. Fubini, (1910) REV. TRIM. DR. CIV. 691.

¹¹ P. Malaurie, *Préface* dans V. Christianos, L'OBLIGATION D'INFORMER DANS LA VENTE DES PRODUITS MOBILIERS, Bruxelles, Story-Scientia, 1987 à la p. vii.

¹² Voir J. Rawls, THÉORIE DE LA JUSTICE, Paris, Seuil, 1986. Cet ouvrage a suscité de nombreuses analyses, parmi lesquelles on retient notamment N. Daniels, éd., READING RAWLS, Oxford, Basil Blackwell, 1975; B. Barry, THE LIBERAL THEORY OF JUSTICE, Oxford, Oxford University Press, 1973; R. Martin, RAWLS AND RIGHTS, Lawrence, Ka., University Press of Kansas, 1985; R.P. Wolff, UNDERSTANDING RAWLS, Princeton, Princeton University Press, 1977; T.W. Pogge, REALIZING RAWLS, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1989; J. Ladrière et P. van Parijs, éds, FONDEMENTS D'UNE THÉORIE DE LA JUSTICE [:] ESSAIS CRITIQUES SUR LA PHILOSOPHIE POLITIQUE DE JOHN RAWLS, Louvain-la-Neuve, Institut supérieur de philosophie, 1984; O. Höffe, L'ÉTAT ET LA JUSTICE, Paris, Vrin, 1988; en collaboration, INDIVIDU ET JUSTICE SOCIALE [:] AUTOOUR DE JOHN RAWLS, Paris, Seuil, 1988. Une bibliographie plus détaillée, recensant l'ensemble de la critique jusqu'en 1981, est offerte par J.H. Wellbank, D. Snook et D.T. Mason, JOHN RAWLS AND HIS CRITICS: AN ANNOTATED BIBLIOGRAPHY, Londres, Garland, 1982.

que les réfutations proposées à la construction de Rawls — de nature économique ou autre — n'ont pas conquise.¹³ Aussi a-t-elle conçu le projet de justifier l'obligation pré-contractuelle de renseignement en termes contractualistes, non sans parallèlement chercher à maintenir — quoiqu'en le relativisant — un rôle à l'analyse économique du droit.

De la confrontation de ces deux écoles de pensée doit ressortir une meilleure compréhension des fondements comme des limites de l'obligation pré-contractuelle de renseignement. Inscrite dans un projet politique et social, elle sort du cocon juridique où on avait parfois prétendu l'enfermer. Au-delà des bienfaits de l'interdisciplinarité,¹⁴ la recherche menée par Mme Scheppelle présente en outre l'avantage, du point de vue du juriste d'allégeance civiliste, de résolument s'inscrire dans la tradition juridique de *common law* et, tout particulièrement, dans le système juridique américain. En ce sens, notre recension de cet ouvrage s'offre comme un modeste exercice d'étude comparative du droit.

I

Le 19 février 1815, Hector Organ se rend dès potron-minet chez Francis Girault, représentant des négociants en tabac Peter Laidlaw and Company, sis à la Nouvelle-Orléans. Comme s'engage entre les parties une brève conversation eu égard à la vente de tabac, Girault demande à Organ s'il est au fait de récentes informations concernant le conflit armé qui fait alors rage, soit la guerre dite «de 1812». Ayant répondu en termes vagues à la question posée, Organ achète plus de soixante tonnes de tabac des mains de Girault. Plus tard, cette même journée, le tabac ayant déjà été livré à Organ, Girault en opère la saisie au motif qu'il aurait été victime d'un dol de la part de l'acheteur. Le différend entre les négociants Peter Laidlaw and Company et l'acheteur Organ soulève, pour la première fois en Cour suprême des États-Unis, la problématique des secrets juridiques.¹⁵

Avant qu'Organ n'achète le tabac, il avait appris la conclusion du Traité de Gand, lequel mettait fin à la guerre et, partant, au blocus naval de la Nouvelle-Orléans. Ce blocus, aussi longtemps qu'il avait subsisté, avait eu des conséquences fort néfastes pour les marchands

¹³ Voir, e.g., pour une dénonciation fondée sur une philosophie libertaire, R. Nozick, *ANARCHIE, ÉTAT ET UTOPIE*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

¹⁴ Voir généralement, R. Lempert et J. Sanders, *AN INVITATION TO LAW AND SOCIAL SCIENCE*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1986.

¹⁵ Voir *Laidlaw c. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817) [ci-après *Laidlaw*]. Le recueil de jurisprudence ne s'étant pas soucié de préciser le détail des faits, le relevé complet de ceux-ci impose une référence à G.C. Verplanck, *AN ESSAY ON THE DOCTRINE OF CONTRACTS*, New York, Carvill, 1825.

de tabac et de coton de la région. Ceux-ci devaient, en effet, se départir de leurs produits à des prix ridiculement bas. De fait, une fois rendue publique la nouvelle de la conclusion du Traité de Gand, le prix du tabac grimpa de trente à cinquante pour cent en une seule journée. Préservant, à son profit, l'exclusivité de l'information qui lui avait été transmise, Organ avait ainsi pu réaliser d'importants bénéfices sur l'achat des soixante tonnes de tabac et ce, aux dépens d'un Girault qui ignorait alors tout de la plus récente actualité diplomatique. En Cour suprême, Peter Laidlaw and Company prétendit qu'Organ avait l'obligation de divulguer son secret au moment de la vente, d'une part, et que la réticence manifestée par celui-ci en réponse à la question posée par Girault constituait dol, d'autre part. La Cour trancha en faveur de l'acheteur Organ. S'il n'était pas permis à Organ de mentir, celui-ci pouvait toutefois garder pour son seul bénéfice l'information en sa possession.¹⁶

Un tel litige oblige le droit à une réponse sans nuance. Ou bien il est permis au détenteur de l'information de retenir celle-ci et, du coup, de retirer de l'exploitation de ce secret, devenu légitime, des bénéfices exclusifs auxquels l'interlocuteur n'aura en rien le droit de prétendre. Ou bien le tribunal prend partie en faveur de l'interlocuteur et oblige le détenteur du renseignement à en dévoiler la teneur. De secrète qu'elle était, l'information devient ainsi publique, ôtant par là à son détenteur toute possibilité d'en retirer un quelconque avantage à l'encontre de son interlocuteur. Cette dichotomie nous permet de poser nettement les termes du dilemme auquel se voit confronté le droit: doit-on permettre au détenteur d'une information de maintenir celle-ci secrète et d'en faire ainsi l'instrument d'une stratégie visant à influer sur le comportement de l'interlocuteur? Car, c'est bien de cette notion de stratégie dont participe le type de renseignements mis en exergue par l'affaire *Laidlaw*. En ce sens, ce secret dit «stratégique» se distingue du secret «privé». Par secret privé, l'on doit entendre un renseignement dont le détenteur ne souhaite pas dévoiler la teneur, non pas parce qu'il compte influer sur le comportement d'autrui, mais plutôt parce qu'il estime que cette information ne regarde en rien l'interlocuteur, qu'elle est de nature, somme toute, tout à fait personnelle. Alors que le secret stratégique a pour objectif primordial de contrôler la conduite d'autrui, le secret privé relève plutôt du désir du sujet de préserver son intégrité individuelle.¹⁷

Quels arguments normatifs peuvent être invoqués à l'appui du maintien du secret ou en faveur de la divulgation de l'information? Certes, le détenteur du renseignement pourra vouloir dévoiler ce qu'il sait. Il pourra le faire, tout d'abord, parce que l'interlocuteur lui-même

¹⁶ Voir K.L. Scheppeler, *LEGAL SECRETS [.] EQUALITY AND EFFICIENCY IN THE COMMON LAW*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 aux pp. 6-8 [ci-après: *LEGAL SECRETS*].

¹⁷ *Ibid.* aux pp. 11-12.

l'a persuadé de la justesse de cette prise de position. Il pourra le faire, ensuite, par ce qu'il souhaite alléger sa conscience. Quel que soit le motif présentant à la communication du renseignement, il est une réalité avec laquelle son détenteur doit nécessairement composer. En effet, une fois le secret divulgué, tout retour au *statu quo ante* est impossible. La transmission de la connaissance empêche, en effet, toute reprise de possession exclusive. Quel point de vue celui qui entend maintenir au renseignement qu'il détient son caractère secret peut-il donc faire valoir en ce sens? Lorsque l'information en cause prétend à une valeur commerciale — ainsi que, par exemple, dans l'affaire *Laidlaw* — l'argument décisif en faveur du caractère secret du renseignement paraît bien être celui du droit de propriété de son détenteur.¹⁸ Mais, l'arsenal argumentatif du défendeur du droit au secret ne s'arrête pas là. Celui-ci peut, par exemple, prétendre que son interlocuteur a l'obligation de lui-même se renseigner afin d'obtenir l'information convoitée. Ce à quoi, bien sûr, l'interlocuteur rétorque en arguant de son droit de savoir.¹⁹

Il convient à ce stade d'ajouter un mot sur les circonstances diverses dans lesquelles cette revendication du droit de savoir est susceptible de se manifester. Parfois, l'interlocuteur se doute bien de l'existence d'un secret et ce, bien qu'il ne soit pas en mesure d'en préciser la teneur. Le représentant des négociants en tabac, dans l'affaire *Laidlaw*, se doutait certainement de l'existence d'un secret, sans quoi il n'eut pas interrogé l'acheteur Organ comme il le fit. Retenons ainsi que, lorsque l'interlocuteur soupçonne un voilement de l'information, l'on se retrouve en présence de ce que l'on est convenu d'appeler un secret «de surface», ou secret «superficiel». Toutefois, il est aussi des secrets «en profondeur», ou secrets «profonds». Ces termes entendent renvoyer à l'ensemble des cas dans lesquels l'interlocuteur ne se doute aucunement qu'il puisse être la victime d'un camouflage de l'information. Les circonstances de l'affaire *Simmons c. Evans* méritent d'être ici relatées à titre d'illustration.²⁰ La famille Evans habitait un village du Tennessee où l'approvisionnement en eau était assuré par une compagnie qui en interrompait systématiquement la fourniture entre 19h00 et 07h00. Pendant ce laps de temps, il se révélait impossible pour la résidence Evans d'obtenir une quelconque

¹⁸ S'il était plutôt question d'un secret privé, le détenteur de l'information invoquerait le droit à la vie privée qui est le sien. L'on n'ignore pas que la reconnaissance de ce droit va, en effet, beaucoup plus loin aux États-Unis que ce n'est le cas en Angleterre ou dans les juridictions canadiennes de *common law*. Dans ces dernières, par exemple, l'on ne retrouve, au-delà de rares interventions législatives, que quelques velléités jurisprudentielles d'atteindre à cette reconnaissance; voir, e.g., A.M. Linden, *CANADIAN TORT LAW*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1988 aux pp. 52-54.

¹⁹ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 17-21.

²⁰ 206 S.W. 2d 295 (Tenn., 1947) [ci-après *Simmons*].

fourniture en eau. La famille Evans ayant résolu de mettre en vente son domicile, la famille Simmons s'en porta acquéreur pour la somme de 6 000 \$. Quelle ne fut pas la surprise des nouveaux propriétaires en constatant les restrictions qui prévalaient eu égard à l'approvisionnement en eau. Celles-ci ayant pour effet d'abaisser la valeur réelle de la propriété résidentielle à un maximum de 4 000 \$, la famille Simmons entreprit de réclamer la nullité de la vente au motif de dol, remède qui lui fut accordé par le tribunal. La Cour insiste sur le fait qu'une personne raisonnablement prudente ne pouvait en rien soupçonner que les conditions nocturnes d'approvisionnement en eau différaient de ce qui prévalait durant le jour. Les acheteurs se trouvaient ainsi confrontés à un vice que n'aurait pas révélé une inspection ordinaire des lieux. Aussi était-ce à tort que les vendeurs avaient tenu secrète leur information.²¹

Poursuivant notre examen des arguments normatifs en faveur du secret ou de la divulgation, il convient de nous demander si le caractère superficiel ou profond du secret influe sur les processus de justification qu'il suscite. Par exemple, si un individu soupçonne l'existence d'un secret, l'argument selon lequel il devrait lui-même se renseigner ne se fait-il pas encore plus vigoureux? L'on peut toutefois s'attendre à ce que l'interlocuteur réplique qu'à l'obligation de se renseigner qu'on prétend vouloir lui imposer dans ces circonstances doit naturellement correspondre un assujettissement du détenteur du secret à une obligation de collaboration. Le fait pour l'interlocuteur de soupçonner l'existence d'un secret l'obligeant à se renseigner plus avant, celui-ci pourrait légitimement, dans le cadre de cette enquête, interroger le détenteur du renseignement, lequel serait alors tenu de répondre aux questions qui lui sont posées. Le droit récompenserait, du coup, l'aptitude à l'interrogation et protégerait, partant, l'intégrité du processus de négociation pré-contractuelle. Quant aux situations de secret profond, l'interlocuteur se fera fort de mettre de l'avant le risque élevé d'exploitation frauduleuse susceptible de s'opérer à ses dépens vu l'impossibilité pour lui, en l'absence d'un quelconque soupçon, de s'en prémunir de quelque façon que ce soit.²²

Comme on le sait, les tenants de l'analyse économique du droit, à tout le moins les adhérents à l'école classique, dite «de Chicago», avancent que les juges, en rendant leurs décisions, se préoccupent d'atteindre à une efficience économique optimale. Pour M. le juge Richard Posner, l'optimisation de l'efficience économique passe nécessairement par l'optimisation de la richesse.²³ Parce qu'elle prétend ainsi, non seulement à un rôle normatif, mais bien encore à une

²¹ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 8-9.

²² *Ibid.* aux pp. 21-22.

²³ Voir R.A. Posner, *THE ECONOMICS OF JUSTICE*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981 aux pp. 11-115.

fonction descriptive de l'état du droit positif, l'analyse économique doit pouvoir faire état de lois causales permettant d'expliquer — et de prédire — comment les tribunaux opéreront la résolution de l'une ou l'autre des problématiques se présentant à eux. Ces lois causales préciseront les faits qu'il est nécessaire d'observer avant que ne s'ensuivent certaines conséquences particulières sur le plan juridique. M. le professeur Anthony Kronman a justement élaboré un modèle devant permettre de déterminer si l'adoption de telles règles juridiques concernant le secret doit engendrer une efficience optimale.²⁴

II

Les transactions commerciales se font propices à l'occurrence de secrets. Ainsi A vend un objet à B tout en sachant très bien que la chose est atteinte d'un défaut, lequel est toutefois caché. A doit-il révéler le défaut? L'on aura reconnu la situation avec laquelle l'arrêt *Simmons* nous a rendu familier. Et si B, lui, se voit en mesure d'apprécier une quelconque qualité cachée de l'objet, est-il tenu d'en informer A? C'est la problématique que soulève l'affaire *Laidlaw*. A la lumière de ces deux décisions, il est possible de re-formuler, en les concrétisant, les termes du dilemme qui s'offrent à l'observateur. D'une part, Hector Organ n'avait pas à informer le représentant des négociants en tabac que la guerre était terminée et ce, même si l'influence de tel développement sur le prix de vente du tabac était tout à fait directe. D'autre part, la famille Evans se devait d'informer la famille Simmons au sujet des conditions inhabituelles d'approvisionnement en eau à leur domicile. Qu'en est-il? Pourquoi le droit requiert-il, dans certaines situations, que les détenteurs de secret divulguent l'information en leur possession alors qu'il est d'autres instances dans lesquelles ils n'ont pas à le faire? Le recours à l'analyse économique du droit doit, dans l'esprit de ceux qui s'y adonnent, offrir une réponse à cette interrogation. Il sera ainsi fait appel à la théorie économique pour expliquer — et, dès lors, prédire — les circonstances dans lesquelles les décisions judiciaires ont l'heure d'exiger la divulgation du secret.

Kronman est d'avis que les tribunaux distinguent entre deux types d'information: l'information obtenue à la suite d'efforts investis en ce sens — ce que nous appellerons l'information «recherchée» — et l'information obtenue de manière accidentelle, c'est-à-dire comme sous-produit d'une autre activité — ce que nous qualifierons d'information «rencontrée». En d'autres termes, si un individu s'engage volontairement dans une entreprise ayant pour objet l'acquisition d'information — activité dans laquelle il ne se serait par ailleurs pas engagé — il est alors question d'information recherchée. Si, cependant, quelqu'un

²⁴ Voir A.T. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts* (1978) 7 J. LEG. STUD. 1.

acquiert un renseignement au hasard de la poursuite d'une autre activité à laquelle il se serait adonné en tout état de cause, il s'agit alors d'information rencontrée. Il est une distinction importante à opérer entre les deux types de situations qui nous intéressent. Ainsi la recherche d'information relève-t-elle d'une décision volontaire, délibérée de l'individu. Il s'agit donc là d'une activité dans laquelle il peut très bien choisir de ne pas s'engager. Aussi lorsque la recherche d'information se révèle être une activité en soi économiquement efficiente, y a-t-il lieu pour l'État d'en encourager la poursuite. Kronman avance que la seule façon de motiver le justiciable à s'adonner à cette quête d'information est alors de lui reconnaître un droit de propriété dans le renseignement ainsi obtenu. La négation de telle reconnaissance, s'agissant d'information rencontrée, n'entraîne aucune conséquence négative sur le plan économique puisqu'en l'absence d'un investissement de ressources spécifiquement consacrées à la recherche d'information, la production de celle-ci ne se verra en rien minorée. Kronman en conclut que le droit devrait, *a priori*, légitimer l'exclusivité à l'information recherchée et exiger la divulgation d'information rencontrée.

Si l'on se reporte à l'arrêt *Simmons*, l'on constate que cette décision offre un exemple d'information rencontrée. En effet, les propriétaires de la maison ont été mis au courant des conditions d'approvisionnement d'eau du fait même de leur occupation de cette résidence. Ils ne se sont jamais mis en quête de cette information même, mais l'ont obtenue de manière incidente, c'est-à-dire par le biais de la poursuite d'une autre activité. Or, la théorie mise de l'avant par Kronman paraît ici se vérifier dans la mesure où le tribunal a, dans cette affaire, exigé la communication de l'information rencontrée. La thèse de Kronman est-elle promise au même succès dans son application au litige entourant la vente de tabac? Rien n'est moins sûr. Le tribunal y a, en effet, permis à l'acheteur de garder pour lui le renseignement en sa possession alors que les faits semblent pourtant indiquer que telle information lui était parvenue de manière parfaitement fortuite. Il ne pouvait s'agir là d'information recherchée. La signature du traité de paix étant intervenue à un moment où les combats faisaient rage et alors que personne ne s'attendait à un règlement aussi rapide, l'accord avait eu l'heure de prendre l'ensemble de la population par surprise. L'acheteur Organ avait eu le bonheur d'être mis au fait de ce développement au hasard d'une rencontre avec un ami, frère de l'un de trois marchands américains qui s'étaient adonnés à se trouver sur un vaisseau britannique au moment où la nouvelle était parvenue à bord.

Confronté à la difficulté que lui pose la décision de la Cour suprême des États-Unis dans cette affaire, Kronman y va d'un amendement à sa théorie originale. Lorsqu'il est question pour un tribunal de déterminer si l'information doit ou non être divulguée, celui-ci ne s'arrêtera pas, prétend Kronman, à l'espèce sous étude. Ainsi le juge ne se demandera pas si, dans cette affaire même, l'information a été

recherchée ou rencontrée. Plutôt, le juge opérera à un degré d'abstraction davantage élevé. Il s'interrogera ainsi à savoir si, dans le *type* d'affaires dont l'instance ne serait qu'une illustration, l'information en cause est *généralement* recherchée ou rencontrée. La raison offerte par Kronman pour justifier cette réserve est elle-même d'ordre économique. Il serait, en effet, tout à fait inefficace de s'attendre à ce qu'un juge s'astreigne à une détermination ponctuelle à la lumière des faits contingents à chaque espèce. Afin d'éviter une surenchère des coûts d'administration de la justice, le juge se doit donc de reconnaître un droit de propriété à une information qui, si elle est rencontrée en l'instance, n'en n'est pas moins le plus souvent recherchée. Kronman en arrive ainsi à présenter une théorie économique qui réconcilie les résultats obtenus dans *Laidlaw et Simmons*.

Le modèle suggéré laisse toutefois pour compte un argument d'importance adressé par leurs interlocuteurs aux détenteurs de renseignements, que ceux-ci constituent des secrets superficiels ou profonds; il s'agit du droit de savoir.²⁵ Dans un système où l'on retient que l'information nécessaire au processus décisionnel doit être communiquée au justiciable rationnel afin de permettre à celui-ci la prise de saines décisions, exception faite des circonstances dans lesquelles le secret doit être sauvégardé afin de ne pas nuire à la production d'information, la place du droit au renseignement paraît bien fragile. Doit-on permettre qu'une réalité aussi fondamentale soit réduite à un rôle tout à fait contingent, tributaire des impératifs et des aléas du processus de production de l'information? En d'autres termes, la thèse de Kronman omet de discuter le fait que l'occurrence d'un secret ayant pour effet de causer un préjudice à l'interlocuteur innocent peut fort bien avoir pour effet d'entraîner des conséquences néfastes sur le plan économique. Ce que paraît oublier Kronman, c'est que tout secret — en tous cas, tout secret stratégique — constitue une dissimulation d'information qui s'opère à l'encontre d'un individu donné dans un contexte social donné. Aussi doit-on émettre l'hypothèse qu'une théorie économique se révélant incapable de tenir compte des implications stratégiques du secret doit, du coup, se révéler pareillement incapable de rendre compte de la réalité des différends surgissant dans le domaine de l'information. A l'opposé, une théorie économique reposant sur une analyse stratégique paraît susceptible de favoriser un meilleur entendement de la règle de droit.

III

A. L'édification d'une théorie économique donnant droit de cité à la dimension stratégique de l'information doit passer par deux étapes préliminaires. Premièrement, il y a lieu, en s'appuyant sur la théorie

²⁵ Voir pour cette critique, notre étude, *supra*, note 2 aux pp. 346-47.

des jeux, de préciser le lieu social du secret. Ainsi dans quels ensembles de circonstances stratégiques l'information est-elle davantage propice à demeurer secrète? Il paraît bien que l'environnement social dans lequel se retrouve le détenteur de l'information et son interlocuteur doive répondre à trois conditions afin qu'un individu rationnel se livre à un exercice de dissimulation stratégique.

1. Tout d'abord, les intérêts du détenteur du renseignement et de son interlocuteur ne doivent pas parfaitement coïncider. En effet, si les intérêts des parties impliquées concordent, il sera alors à l'avantage de chacune d'entre elles de communiquer à l'autre toute information pertinente en sa possession.

2. Puis, il doit exister une asymétrie eu égard à la connaissance de la pertinence de l'information en cause — asymétrie dont le détenteur du renseignement sait qu'elle est elle-même pertinente. En d'autres mots, l'information gardée secrète doit être telle qu'elle influencerait le comportement de l'interlocuteur s'il en connaissait l'existence. De plus, le détenteur du secret doit avoir connaissance de l'importance de cette information pour l'interlocuteur, ce qui implique la possession de certaines informations quant au processus décisionnel suivi par ce dernier. Dans certains cas, bien sûr, le phénomène est évident; par exemple, quiconque s'apprête à vendre plusieurs tonnes de tabac trouvera pertinent que le blocus naval du port local soit maintenant chose du passé. D'autres ensembles de circonstances requerront toutefois du détenteur de l'information une connaissance davantage subtile des préférences de l'interlocuteur. Règle générale, mieux un individu sera à même de prédire le comportement d'un interlocuteur, mieux il sera placé pour déterminer à quel secret il peut être stratégiquement recouru.

3. Enfin, l'interlocuteur doit se trouver en mesure de poser un geste ou d'adopter une attitude qui aura pour effet de profiter au détenteur de l'information. Pourquoi, en effet, ce dernier voudrait-il camoufler un renseignement s'il ne pouvait tirer avantage d'une réaction de l'interlocuteur à cette dissimulation?

A ce stade, le modèle économique proposé nous amène ainsi à conclure que l'acteur rationnel privilégiera le secret dans tous les cas où les trois conditions précédemment énumérées seront rencontrées. Encore importe-t-il d'apporter un qualificatif à cette proposition.

En tant qu'acteur rationnel, le détenteur de l'information voudra, en effet, s'assurer que la dissimulation de celle-ci lui rapportera davantage qu'elle ne lui coûtera. Si les bénéfices devant provenir de la dissimulation d'information seront généralement d'évaluation facile, il n'en va pas de même des coûts afférents au processus de camouflage. Ceux-ci sont principalement de deux ordres. Il faut d'abord compter avec le risque d'échec. Ce risque sera d'autant plus élevé que l'information sera connue d'un plus grand nombre d'individus. L'acheteur de tabac Organ aurait eu nettement plus de difficultés à cacher aux négociants en tabac la nouvelle de la signature du traité de paix si celle-ci eut déjà fait l'objet d'une diffusion au sein d'une partie de la

population. Mais, il est sans doute relativement rare que le détenteur d'une information de valeur en soit le possesseur exclusif. Aussi faut-il, le plus souvent, compter la densité du réseau informationnel au titre des facteurs devant influer sur le succès de l'opération de dissimulation stratégique. Plus le réseau sera diffus, plus il sera facile au détenteur du secret de maintenir celui-ci viable à meilleur coût. Il est, en outre, aisé de concevoir qu'une exploitation rapide du secret tende à accroître le coefficient de succès de l'entreprise. Enfin, l'attitude plus ou moins inquisite de l'interlocuteur affectera les chances du détenteur de l'information de mener à bien son projet de camouflage. Si le représentant des négociants en tabac avait insisté auprès de l'acheteur Organ pour connaître précisément la nature des renseignements en sa possession, la transaction n'aurait peut-être jamais été conclue. Qui plus est, si l'acheteur avait eu vent d'une quelconque réputation de méfiance accolée au représentant Girault, peut-être n'aurait-il jamais conçu le projet de lui dissimuler l'information en sa possession.

Au-delà du risque — dont les facteurs discutés représentent les composantes essentielles — il est un autre coût dont le détenteur du renseignement doit tenir compte, soit le préjudice économique qui pourrait lui résulter d'une éventuelle riposte de l'interlocuteur. Le coût de riposte sera naturellement moindre pour le détenteur d'information qui s'engage dans une relation discontinue, voire unique avec son interlocuteur. Ainsi la famille Evans ne prévoyait pas transiger à nouveau, à l'avenir, avec la famille Simmons. Il en irait différemment dans le contexte d'un contrat dit «de situation».²⁶ Tels paraissent bien être les paramètres à l'intérieur desquels surgira le secret pour autant que la conduite du détenteur de l'information obéisse à des impératifs de logique juridique.²⁷

B. Deuxièmement — et pour autant que l'on reconnaisse au comportement stratégique identifié une valeur économique — il faut s'interroger à savoir quelles règles de droit peuvent en favoriser l'adoption. S'il est sans doute utopique de s'attendre à ce que les règles de droit dans un système juridique donné reproduisent dans toute son intégralité une vision morale transcendante, il demeure raisonnable de croire que celles-ci traduisent un certain sentiment de moralité. Telle moralité procédera notamment des normes gouvernant une culture donnée opérant dans un espace et à une époque donnés.

²⁶ M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, dans MÉLANGES DÉDIÉS À GABRIEL MARTY, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978 aux pp. 238-39. Il convient ici d'établir un parallèle avec la distinction qu'opère M. le professeur Ian Macneil entre deux types de contrats, qu'il qualifie de «*discrete*» et de «*relational*»: I.R. Macneil, THE NEW SOCIAL CONTRACT, New Haven, Yale University Press, 1980 aux pp. 10-35.

²⁷ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 45-52.

L'on constate rapidement, toutefois, que l'identification de normes culturelles propres à une transposition en langage juridique se fait particulièrement ardue lorsque coexistent, au sein d'une même société, divers systèmes normatifs. Il est alors loisible au droit de retenir l'un des systèmes normatifs qui se font concurrence ou encore de tenter l'articulation d'une infrastructure qui leur serait commune. L'on peut penser que dans un ordre constitutionnel où la légitimité de la règle de droit repose sur le consentement des justiciables, le droit devrait refléter cette infrastructure normative commune pour autant que l'identification en soit possible. Or, tout système démocratique paraît bien offrir une telle infrastructure sous forme d'un consentement du justiciable à être gouverné par l'ordre politique qui le régit. Ainsi les règles de droit auxquelles consentent les justiciables sont celles qu'il est légitime pour un système politique d'adopter.

Mais comment formuler les paramètres de ce consentement? Par exemple, pourquoi un individu consentirait-il à être gouverné par une règle de droit dont il sait qu'elle lui sera éventuellement, bien qu'occasionnellement, néfaste? Ce dilemme se manifeste tout particulièrement dans le cadre d'un litige. Les parties ne sont alors, en effet, guère susceptibles de s'entendre sur l'application d'une règle donnée dans la mesure où le choix de celle-ci favorisera inéluctablement l'un des adversaires. Comment, donc, s'assurer du caractère légitime de la règle de droit, non seulement à l'égard de l'ensemble de la société, mais bien encore dans son application à un individu donné dans un ensemble de circonstances particulier? D'emblée, il convient d'apercevoir que la problématique du consentement ne sera aucunement résolue en demandant au justiciable de se prononcer sur la règle de droit dont il souhaiterait l'avènement eu égard à ses circonstances personnelles. Il convient plutôt de demander à l'individu d'identifier la règle de droit qu'il favoriserait dans un contexte d'impartialité. En d'autres termes, l'on doit rechercher le consentement de l'individu dans un désir de souscrire à la règle juridique alors que son intérêt personnel n'est pas en cause.

Appelé à l'impartialité, le justiciable doit adopter l'une de deux attitudes. Il peut, d'abord, se placer dans la position de tout un chacun et s'interroger, de manière systématique et exhaustive, sur les préférences individuelles. De cette cacophonie d'intérêts contradictoires doit émerger la solution optimalisant la satisfaction du plus grand nombre. C'est la thèse de l'utilitarisme — laquelle, quoi qu'en dise Posner,²⁸ paraît bien animer l'analyse économique du droit dans sa version la plus classique. Il est, toutefois, une autre position que le justiciable pourra vouloir retenir. Plutôt que de s'incarner successivement dans une série d'individus et de dégager de ces expériences une solution réalisant une harmonie optimale des intérêts en présence, il lui est

²⁸ *Supra*, note 23 aux pp. 48-87.

loisible de choisir, sans doute de manière plus réaliste, de se camper dans le rôle de l'individu dont le lot lui paraît potentiellement le plus misérable et, du même souffle, de tenter de rendre cette situation aussi intéressante que possible pour le cas où il aurait éventuellement à s'y retrouver. Rawls s'est fait le champion de cette version du contractualisme.²⁹ Tous les individus partageant les mêmes inquiétudes quant à la possibilité de se retrouver tout au bas de l'échelle sociale, tous voudront se placer dans cette position même le temps venu d'adopter une règle de droit donnée. C'est ainsi qu'un accord, un consentement global — si l'on veut, un contrat social — sera généré.

Appliquée à la détermination de règles de droit ponctuelles, la thèse de Rawls mérite cependant d'être qualifiée.³⁰ En effet, il ne paraît guère réaliste d'astreindre l'individu à la détermination d'une règle dans un domaine quelconque du droit sans qu'il ne soit d'abord informé, à tout le moins sommairement, du cadre politique, économique et culturel dans lequel doit s'inscrire l'institution juridique en cause. Il faut donc se demander ce que déciderait un individu non motivé par son intérêt personnel — c'est-à-dire, ne connaissant pas la position qu'il occupera éventuellement dans l'échelle sociale — à la lumière de certaines connaissances générales sur l'état de la société au sein de laquelle la règle de droit sera appelée à opérer. Il faut encore préciser — et à cet égard, il y a lieu d'établir, ici aussi, une distinction d'avec la théorie rawlsienne — que l'approche contractualiste qui retient l'attention n'a pas pour objectif, au contraire de chez Rawls, d'évaluer la structure des institutions politiques appréhendées de manière tout à fait globale. Il convient, en effet, de se démarquer de cette approche holistique dans la mesure où la problématique qui nous occupe tend plutôt à considérer comme acquise la justice de la structure institutionnelle de base, cherchant davantage à déterminer si telle règle de droit particulière plutôt que telle autre devrait y être intégrée.³¹

Ajoutons, enfin, que la thèse contractualiste se révèle sans doute davantage heureuse dans sa version négative. Ceci signifie tout simplement qu'il peut être plus facile de préciser quelle règle de droit serait rejetée par un individu appelé à se prononcer dans les circonstances qui ont été identifiées que de mettre le doigt sur une règle donnée dont il conviendrait de favoriser l'adoption. Cette constatation n'interroge d'ailleurs pas l'utilité de la thèse contractualiste. Dès lors que la règle de droit retenue n'est pas de celles qui eussent été rejetées d'office par des individus auxquels on eut demandé leur avis avant que leur intérêt personnel ne fut engagé, il ne paraît pas choquant de se fixer sur une version de la règle de droit plutôt qu'une autre, étant entendu que chacune d'entre elles rencontre les exigences contractualistes déjà précisées. Il devient alors loisible au législateur ou au juge

²⁹ *Supra*, note 12.

³⁰ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 66-67.

³¹ *Ibid.* aux pp. 68-69.

de puiser au réservoir de règles de droit disponibles en faisant prévaloir d'autres principes de détermination, tels l'efficience. Sur cette toile de fond, il importe maintenant de nous demander quelle règle de droit, s'agissant d'instances de secret, les individus privilégieraient-ils et les juges devraient-ils retenir.

Afin de déterminer quelles doivent être les règles optimales en matière de secret, il faut bien noter que A sera parfois celui qui voudra dissimuler un renseignement à B et qu'en d'autres occasions, B prendra l'initiative d'un tel camouflage. Ainsi tant A que B ont intérêt à retenir une règle de droit qui n'opérera pas à leur détriment dans l'une ou l'autre des situations dans lesquelles ils sont susceptibles de se retrouver un jour. En vue d'éviter que ne prévale l'intérêt personnel de l'individu, il faut ériger en postulat que celui-ci ne sait pas s'il sera détenteur de l'information ou interlocuteur dans une quelconque instance donnée ou même de façon générale. Il s'agit là d'une condition minimale pour empêcher qu'un individu ne tourne les règles à son propre avantage. Ignorant la position qu'il occupera dans le futur, le justiciable ne peut, dès lors, produire des règles qui serviraient un intérêt personnel étroit. Il se voit ainsi nécessairement appelé à une certaine impartialité. A l'instar de Rawls, il y a lieu de conférer aux individus appelés à choisir une règle de droit par anticipation le statut d'êtres rationnels. Comme l'indique cet auteur, la notion de rationalité implique la poursuite par l'individu de son intérêt personnel dans toute la mesure du possible.³² A la lumière des données empiriques disponibles,³³ l'on peut légitimement attendre de l'individu rationnel qu'il requière des garanties visant à le protéger pour le cas où il se retrouverait dans une situation particulièrement pénible. Ce seuil de protection établi, le justiciable rationnel voudra également se réservé une marge de manœuvre afin de pouvoir exploiter la chance ou l'intelligence qui pourrait être son lot.

En matière de secrets, l'individu rationnel sera ainsi conduit à distinguer entre les secrets qui causent un préjudice sérieux et ceux qui ne génèrent qu'un préjudice banal. Ainsi l'information qui, gardée secrète, entraînerait un préjudice d'importance devrait être divulguée alors que le renseignement témoignant d'une faible incidence préjudicelle n'aurait pas à être communiqué. Le droit garantirait ainsi à l'individu qu'il ne se retrouverait pas en-deçà d'un certain seuil à la suite d'un préjudice causé par le maintien d'un secret. Dès lors, une règle de droit qui ne tiendrait pas compte de cette réalité ne susciterait pas le consentement exigé par la thèse contractualiste. Qu'en est-il des situations intermédiaires, localisées entre ces deux extrêmes? S'il est ici question d'un cadre au sein duquel les individus pourront vouloir

³² Rawls, *supra*, note 12 à la p. 174.

³³ *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 72-74.

se garder une marge de manoeuvre, encore faut-il que le droit garantisse, au minimum, une certaine équité dans les règles du jeu. Autrement, personne ne se mêlera de tenter sa chance.

L'individu rationnel, chargé de déterminer le contenu de la règle de droit, se verrait ici appelé à distinguer entre le secret superficiel et le secret profond. Par exemple, l'investissement d'efforts, si sérieux soit-il, ne permet pas pour autant d'accéder au secret profond. En effet, un individu peut se révéler tout à fait intelligent sans pouvoir, malgré tout, accéder à l'information dissimulée dans la mesure où il ignore tout de l'existence même d'un renseignement pertinent. Comment un chercheur pourrait-il rationnellement choisir de se mettre en quête d'information alors que, de son point de vue, celle-ci n'existe même pas? S'agissant des secrets superficiels, au contraire, l'interlocuteur a, au pis-aller, une vague idée de leur présence. Du moins en saura-t-il suffisamment pour être à même de déterminer si une recherche de l'information camouflée mérite d'être entreprise eu égard aux mesures que cette enquête doit nécessiter. Alors que le secret profond résistera aux efforts qui seront faits pour le mettre au jour, il n'en ira donc pas de même du secret superficiel — lequel pourra fort bien céder devant les efforts qui seront déployés pour sa découverte. Ces prolégomènes nous permettent d'aborder la structure même des règles de droit devant être retenues eu égard au secret.

IV

Soit deux individus, A et B, auxquels il est demandé, en tant que justiciables rationnels, de procéder au choix d'une règle de droit devant résoudre les différends entourant la présence d'un secret. Quatre options paraissent ouvertes aux parties:

- (i) A et B doivent tous deux divulguer leur secret;
- (ii) A doit divulguer son secret alors que B n'a pas à le faire;
- (iii) B doit divulguer son secret alors que A n'a pas à le faire;
ou
- (iv) A et B peuvent tous deux garder leur secret.

Que le secret soit superficiel ou profond, A placera systématiquement l'option (iii) au haut de l'échelle de ses préférences. C'est l'option (ii) qui, bien sûr, lui sourira le moins. Le choix de l'option (iii) permettrait ainsi à A de résérer tous ses secrets tout en obligeant B à dévoiler la teneur de tous les siens. La position de B est diamétralement opposée à celle de A. Pour lui, c'est l'option (ii) qui paraît la meilleure alors que l'option (iii) offre les pires éventualités. Mais, dans la mesure où A et B doivent s'entendre quant à la règle à adopter, ni l'une ni l'autre des solutions (ii) et (iii) ne seront retenues. En effet, A n'acquiescera pas à la préférence de B non plus que B ne donnera son assentiment au premier choix de A. Ainsi une solution achevée d'un commun accord devra reproduire, ou l'option (i) — aux termes de laquelle les

deux parties doivent divulguer leur secret — ou l'option (iv), en vertu de laquelle les deux parties maintiennent le caractère secret de l'information par elles détenue.

S'agissant de choisir entre les options (i) et (iv), l'on peut croire que A et B préféreront tous deux l'option (i) si les enjeux sont très élevés alors qu'ils pencheront plutôt pour l'option (iv) si ceux-ci se font de faible importance. Mais qu'en est-il des situations médianes? Si A et B prévoient que le secret sera profond — donc qu'il résistera à leurs efforts — ils opteront tous deux pour la première possibilité. En effet, si le secret n'est pas de ceux dont l'acquisition peut être rationnellement calculée, les parties voudront en être protégées. Une partie n'étant pas en mesure de se défendre à l'encontre d'un comportement stratégique de la part du détenteur d'un secret profond, il n'y a pour l'interlocuteur aucune possibilité de gain dans une telle situation. En conséquence, l'individu rationnel préférera que le détenteur d'un tel secret en fasse la divulgation même si cela implique qu'il doive à son tour communiquer l'information s'il devait se trouver dans des circonstances similaires. La prohibition du secret profond empêche une partie de tirer avantage d'un interlocuteur sans défense. En matière de secret superficiel, toutefois, les décideurs rationnels favoriseront l'option (iv) à l'encontre de l'option (i). Dans une telle situation, l'interlocuteur aura en effet suffisamment d'information à sa disposition pour déterminer si son intérêt sera bien servi par l'investissement d'efforts visant à mettre le secret au jour. L'effort se voit ainsi susceptible d'être récompensé par un gain aux dépens de l'autre partie. Une règle de droit qui obligerait la divulgation systématique des secrets superficiels ne ferait pas leur place à de tels gains potentiels.

Deux réserves doivent toutefois être enregistrées. Tout d'abord, l'individu rationnel ne voudra courir la chance de gain que si la règle de droit a pour effet de lui assurer un seuil de protection au cas où des pertes sérieuses seraient éventuellement encourues. Puis, il faut bien constater qu'il est tout à fait possible que A et B s'engagent dans leur quête respective d'information en partance d'un point de départ radicalement différent. Si tel est le cas, l'individu qui se trouve dans une position de désavantage voit ses chances de gain compromises d'autant. Le justiciable rationnel ayant à décider du contenu de la règle de droit voudra assurément se prémunir contre tel désavantage. Aussi la règle autorisant le maintien des secrets superficiels ne devra-t-elle permettre ceux-ci que dans les situations où ni A ni B ne peut compter sur un net avantage par rapport à l'autre partie.

Une règle de droit qui refléterait les décisions rationnelles opérées eu égard au secret stratégique exigerait ainsi la divulgation de toute information susceptible de causer un préjudice sérieux à autrui. Par ailleurs, la règle de droit retenue commanderait systématiquement la divulgation des secrets profonds, à l'exception des situations dans lesquelles les enjeux seraient très faibles. La règle de droit adoptée, cependant, n'obligerait généralement pas la communication des secrets superficiels à moins que les parties en cause ne soient venues à la

transaction dans des circonstances si différentes que l'information ne leur était pas également accessible.³⁴

V

Il peut paraître opportun, à ce stade, d'établir un parallèle entre les préceptes de l'analyse économique du droit, dans sa forme la plus classique, et la théorie contractualiste ici défendue. L'analyse économique du droit prédit ainsi que le juge recourra à des règles de droit qui optimalisent l'efficience. En ce qui a trait au secret, ceci implique que le juge octroiera des droits de propriété sur l'information qui, en l'absence d'une telle protection, ne serait pas produite et qu'il exigera que les secrets soient dévoilés lorsqu'ils ont trait à des renseignements qui seraient produits en tout état de cause. La thèse contractualiste, quant à elle, prédit que le juge appliquera des règles qui auront été choisies par des individus rationnels ne connaissant pas l'intérêt personnel qui sera le leur dans une affaire donnée mais, plutôt, décidant par anticipation les règles auxquelles ils consentiraient à être assujettis. Utilitariste, l'analyse économique rejette les options juridiques qui ne contribuent pas à la maximalisation d'une fin donnée, par exemple l'efficience ou la richesse. Les implications sur le plan de la justice distributive sont ainsi laissées pour compte. La perspective contractualiste s'inspire davantage de la philosophie kantienne. Outre qu'elle ne participe pas du dogmatisme qui consiste à évaluer le succès d'un arrangement juridique donné en fonction d'une seule échelle de valeurs, la thèse contractualiste paraît bien illustrer, mieux que l'analyse économique, les valeurs que le système juridique doit refléter dans une démocratie, là où le consentement reste le fondement de l'obligation juridique et politique. L'on songe ici aux idéaux d'impartialité, de compassion — au moyen de l'insertion de seuils en-deçà desquels il ne sera pas porté préjudice aux parties — et de justice — par le biais du triomphe de principes transcendant l'intérêt étroitement personnel des parties en cause. Dans la perspective contractualiste — on le voit — la justice distributive acquiert une indéniable importance.

L'affrontement des deux thèses en présence soulève la question de savoir comment il est possible de déterminer qu'une théorie fonctionne mieux qu'une autre. La réponse à cette question passe ultimement par l'adoption d'une théorie d'interprétation. Le droit est une activité interprétative. Ainsi la décision judiciaire est achevée par le biais d'une interprétation de deux textes, c'est-à-dire un texte juridique et un texte social. Le texte juridique consiste, par exemple, en un arrêt antérieur ou en une série d'arrêts. Il peut encore s'agir d'une loi, d'un règlement ou de la Constitution. Le texte social, pour sa part, consiste en un événement social, tel la vente d'une maison donnée. Lorsqu'un juge rend une décision, il décide, du coup, ce qu'un texte juridique

³⁴ Voir *ibid.* aux pp. 74-79.

particulier signifie eu égard à un texte social particulier. En d'autres termes, la question routinière posée par le juge n'a pas trait au sens du texte juridique, mais plutôt au sens du texte juridique *en l'espèce*. Telle question mène à l'intégration du texte social à être interprété avec le texte juridique. Obligé de déterminer les conséquences d'une application de la règle de droit aux faits de l'espèce, le juge doit recourir à une théorie qui lui indiquera ce qu'il doit rechercher dans ses lectures des textes juridiques et sociaux en présence.

Les adhérents au mouvement d'analyse économique du droit défendent une théorie interprétative bien à eux. L'analyse économique du droit retient que les juges rendent leurs décisions comme s'ils cherchaient à optimaliser l'efficience. Or, si les juges agissent comme s'ils cherchaient à atteindre un certain objectif, ce qu'ils disent faire devient tout à fait secondaire aux yeux de l'observateur chargé d'interpréter leur comportement. Celui-ci est, en effet, libre d'ignorer le raisonnement prévalant à la surface de l'opinion judiciaire dans la mesure où telle argumentation ne reflète pas ce qui se déroule véritablement au sein du processus décisionnel. Mais quels sont donc alors les véritables fondements de la décision du juge? Ces vraies assises sont issues d'une logique économique sous-jacente qu'on retrouve dans toute opinion judiciaire. Telle logique économique prétend répondre à la question suivante: est-ce qu'une règle de droit donnée optimalise l'efficience?

Posner écrit lui-même qu'un critère important permettant de juger de la validité d'une théorie a trait à sa capacité d'expliquer la réalité.³⁵ Or, il est précisément des aspects importants du processus décisionnel judiciaire qui semblent vouloir être laissés pour compte dans la théorie interprétative mise de l'avant par l'analyse économique du droit. Par exemple, l'économiste appréhende la règle juridique comme un donné objectif, sans apparemment s'arrêter au fait qu'elle constitue elle-même le fruit d'une interprétation d'un ensemble de décisions judiciaires antérieures. Il n'est pas précisé, non plus, comment un juge en arrive à déterminer ce qu'une règle juridique donnée signifie dans une affaire particulière. Ainsi le juge ne peut refuser de donner effet à une loi au motif qu'il en estime les dispositions inefficaces et tout de même prétendre qu'il opère là une «interprétation» de la règle de droit. Dire qu'une loi signifie ce que l'efficience commande ne rencontre tout simplement pas l'exigence selon laquelle une interprétation, en droit, doit être une interprétation de *ce* texte et non d'un autre. Si le *common law* peut se révéler davantage propice à l'interprétation économique, dans la mesure où les textes juridiques s'y font plus fluides et parce que leurs interprètes ne se voient pas contraints par le langage utilisé dans les décisions antérieures ainsi qu'ils le sont par la lettre d'une loi,³⁶ il n'en reste pas moins qu'un recours aux préceptes de l'analyse

³⁵ *Supra*, note 9 à la p. 16.

³⁶ *Ibid.* à la p. 21, où l'auteur relève que l'analyse économique du droit sera davantage couronnée de succès dans son application au *common law*.

économique risque de conduire le juge au-delà des frontières marquées par les conventions interprétatives en vigueur au sein de la profession juridique. L'on n'ignore pas, en effet, qu'il est des conventions prévalant au sein de toute communauté interprétative ayant pour effet d'exclure certaines interprétations comme étant erronées.³⁷

Il faut ainsi constater un conflit entre l'analyse économique du droit et les conventions interprétatives entourant la fonction judiciaire. S'il est vrai que ceux dont le comportement fait l'objet d'un examen théorique n'ont pas nécessairement à s'exprimer dans le langage de cette théorie — ainsi les juges n'auraient pas à parler la langue économique — il n'en reste pas moins que des théories dont les prémisses interprétatives diffèrent si radicalement des prémisses interprétatives de l'institution sous observation ne peuvent que très difficilement se justifier.³⁸ Aussi y a-t-il lieu de considérer si un autre modèle interprétatif pourra, mieux que le précédent, déterminer si l'analyse économique ou la thèse contractualiste rend plus fidèlement compte de la manière dont les juges rendent leurs décisions.

Rappelons, tout d'abord, la question que se pose le juge: «Que signifie un texte juridique donné *en l'espèce*?» Si telle est l'interrogation, il faut bien en conclure que les faits d'une espèce donnée opèrent comme un frein à la gamme d'interprétations possibles des textes juridiques en cause. Ce sont, en effet, les faits de l'espèce qui détermineront les catégories juridiques qui seront invoquées. Mais, à leur tour, les interprétations des textes juridiques auront un impact sur l'interprétation des faits. Ne sont-ce pas les catégories juridiques qui présideront au tri des faits pertinents de ceux qui ne le sont pas? Et les faits pertinents, une fois identifiés, indiquent les règles de droit auxquelles il devra être recouru. Ainsi l'interprétation, dans le contexte de la décision judiciaire, procède d'une interaction toujours renouvelée entre le texte social et le texte juridique. Il paraît, dès lors, possible de découvrir les valeurs sous-jacentes à la règle de droit, qu'elles soient économiques ou contractualistes, au moyen d'une étude des faits mis en lumière dans les décisions judiciaires.³⁹ La première tâche de l'observateur, à ce titre, est ainsi de dénouer ce que l'interprète — par exemple, le juge — a tissé afin de comprendre, si l'on veut, comment un amas de fils disparates en est venu à constituer un tissu. L'étude de l'interprétation juridique se présente ainsi comme l'étude des mécanismes par lesquels le général et le particulier se voient réunis dans une narration commune. La décision judiciaire, loin de n'être qu'un sec exposé du droit, apparaît ainsi comme l'aboutissement d'un processus itératif. Dans l'examen qu'il opère des faits retenus comme

³⁷ La notion de «communauté interprétative» est redévable à Stanley Fish, *IS THERE A TEXT IN THIS CLASS?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

³⁸ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 91-94.

³⁹ Voir pour un exemple illustrant les différentes étapes du processus interprétatif, à compter de la typification des faits jusqu'au prononcé de la décision judiciaire (et au-delà), *ibid.* aux pp. 96-103.

juridiquement pertinents dans une décision judiciaire donnée, l'observateur doit se poser les questions suivantes: pourquoi ces faits et non pas d'autres, d'une part, et qu'est-ce qui confère à ces faits la pertinence normative, d'autre part? Ayant ainsi établi que l'étude des faits révèle les valeurs que le droit privilégie, il reste à réitérer la question déjà posée, à savoir comment est-il possible de conclure à la suprématie d'une théorie juridique positive — c'est-à-dire descriptive ou explicative — sur une autre.

La réponse paraît bien résider dans la capacité d'une théorie donnée à rendre fidèlement compte des faits retenus par le juge dans le cours du processus d'interprétation judiciaire. Ainsi il a déjà été noté que, pour l'analyse économique du droit, la distinction entre l'information recherchée et l'information rencontrée est essentielle.⁴⁰ Selon la perspective économique, le fait d'une information recherchée doit entraîner une règle selon laquelle la divulgation n'est pas exigée. Au contraire, l'information rencontrée obligera, au vu de l'impératif d'efficience qui préside à la décision judiciaire, à une communication, exception faite des seules situations où les coûts transactionnels afférents à la divulgation se feraient trop élevés. La thèse contractualiste, elle, adopte comme capitale une distinction entre les secrets superficiels et les secrets profonds, doublée d'une préoccupation égalitariste qui se traduit par un souci d'éviter que l'une des parties en présence ne soit désavantagée sur le plan de l'accessibilité à l'information. L'approche contractualiste commande ainsi que le renseignement faisant l'objet d'un secret profond ou l'information plus facilement accessible à une partie qu'à une autre soit divulguée. Toutefois, lorsque le secret est superficiel ou encore lorsque le renseignement se fait également accessible aux deux parties, il n'est alors pas de ceux devant être communiqués. Ces règles sont modifiées lorsqu'un préjudice sérieux résulterait de leur application rigoureuse.

L'évaluation des mérites d'une théorie par rapport à l'autre doit dépendre de l'amalgame de faits qui se voient retenus dans le cadre de la décision judiciaire. Certes — on l'a mentionné — le juge n'a pas à parler le langage de l'économiste, non plus qu'il a à emprunter la langue des contractualistes. Mais, encore faut-il qu'il relève, dans les instances qui se présentent à lui, ces faits centraux à la thèse économique ou contractualiste. Aussi se révèle-t-il impératif d'examiner les décisions judiciaires elles-mêmes afin de découvrir ces faits que les juges retiennent comme étant juridiquement pertinents.⁴¹

VI

Il est donc nécessaire de constituer une base de données, laquelle devra permettre la poursuite d'un examen approfondi d'un ensemble

⁴⁰ Voir Kronman, *supra*, note 24.

⁴¹ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 103-04.

de décisions judiciaires participant d'un domaine choisi du *common law*. Sera retenu pour les fins de la discussion un échantillonnage de décisions en matière d'obligation pré-contractuelle de renseignement.⁴² S'il fallait en croire la maxime aux termes de laquelle ce que l'on ne sait pas ne peut nous faire de mal, le lieu de cette obligation en droit privé serait tout à fait réduit sinon inexistant. La réalité dément toutefois cette conclusion. Souvent, des justiciables camoufleront des renseignements à autrui, séduits par la manipulation de conduite ou d'attitude qu'autorise alors l'exploitation de la condition d'ignorance dans laquelle se trouve l'interlocuteur. Lorsque la dissimulation d'information conduit des interlocuteurs innocents à se comporter différemment de la manière dont ils auraient agi, eussent-ils été adéquatement renseignés, un préjudice leur est, du coup, le plus souvent infligé.

Bien sûr, tous les secrets stratégiques ne donnent pas matière à une cause d'action devant les tribunaux. A ne peut poursuivre B au seul motif que ce dernier lui a dissimulé un renseignement. Le demandeur doit, en effet, faire état d'un préjudice et démontrer que celui-ci découle de ce qu'un renseignement ne lui pas été divulgué. Cette preuve rencontrée, il incombe alors aux tribunaux de déterminer si la perte restera celle de l'interlocuteur ou si, au contraire, les coûts devront en être reportés sur les épaules du détenteur de l'information gardée secrète. Un examen de la jurisprudence en matière d'obligation pré-contractuelle de renseignement — ce groupe de décisions auquel le droit américain renvoie sous la rubrique de «non-divulgation ouvrant un droit de recours» (*actionable non-disclosure*) révèle, à tout le moins en apparence, force inconséquences. Situées à la frontière des catégories juridiques du contrat et des délits, ces décisions sanctionnent tantôt la non-divulgation — c'est-à-dire entérinent l'immunité du détenteur de l'information face à son interlocuteur — tantôt la communication du renseignement — c'est alors le détenteur du secret qui supporte le poids de la perte. Et des instances présentant d'importantes similarités sur le plan factuel se révèlent être décidées dans un sens comme dans l'autre.

L'on peut faciliter l'étude de la matière en s'attardant d'abord aux situations dans lesquelles l'acheteur dissimule un renseignement au vendeur. C'est à cette enseigne qu'il convient de loger la décision *Laidlaw*, dont il a déjà été traité. Cette affaire, dans laquelle le secret stratégique avait été jugé légitime, doit être mise en parallèle avec l'arrêt *Strong c. Repide*.⁴³ Le gouvernement américain, ayant décidé d'acheter certaines terres situées aux Philippines, entame des négociations avec les propriétaires fonciers. Parmi ceux-ci, l'on retrouve une importante compagnie dont Repide est l'actionnaire principal et le directeur. A ce titre, celui-ci agit en tant que négociateur en chef pour

⁴² L'ouvrage en rubrique discute également les thèmes de la vie privée, du secret commercial et de la garantie implicite.

⁴³ 213 U.S. 419 (1909), [ci-après *Strong*].

l'ensemble des propriétaires fonciers. Strong, quant à lui, est l'un des nombreux actionnaires minoritaires dans la compagnie dont Repide assure la direction. Bien que les intentions des États-Unis d'acheter les terrains aient été tout à fait connues, les négociations n'en sont pas moins menées en secret. Plusieurs offres d'achat sont successivement acceptées par les actionnaires minoritaires de la compagnie contrôlée par Repide. Ce dernier, toutefois, se fait fort d'empêcher systématiquement la conclusion de toute transaction. Se fondant sur le déroulement des négociations, Repide est en effet convaincu que le gouvernement américain est prêt à payer davantage que ce qu'il a jusque-là offert aux actionnaires. Repide souhaite ainsi attendre que les offres d'achat gouvernementales se fassent plus alléchantes.

Sachant que les autres actionnaires sont prêts à se défaire de leurs actions sans plus attendre, Repide entreprend d'acheter, pour son propre compte, l'ensemble des actions minoritaires. Les détenteurs de celles-ci n'hésitent pas à s'en départir lorsque des négociants en valeurs mobilières, dont les services ont été retenus par Repide, leur soumettent des offres d'achat. A aucun moment, cependant, les négociants ne divulguent-ils l'identité de leur mandant. Ainsi les actionnaires minoritaires ne réalisent-ils jamais qu'ils cèdent leurs actions à l'actionnaire majoritaire. Dans le cadre de ces transactions, Strong retire 16 000 \$ des huit cents actions qu'il vend aux négociants. A peine deux mois plus tard, alors que Repide procède finalement à la vente des terrains au gouvernement américain, ces mêmes actions valent au-delà de 76 000 \$. Strong réclame de Repide compensation pour les gains que ce dernier a opéré à ses dépens. La Cour suprême des États-Unis tranche en faveur du demandeur. Même si, comme dans l'affaire *Laidlaw*, l'on retrouve ici une dissimulation opérée par l'acheteur à l'encontre du vendeur relativement à un renseignement qui, dans les deux instances, se rattachait à une hausse imminente dans la valeur de l'objet de la transaction et quoique, dans les deux cas, les vendeurs ignorants aient connu l'existence de circonstances susceptibles de modifier les termes de la problématique, la Cour suprême retient — au contraire de sa décision dans *Laidlaw* — que la position occupée par Repide rendait illégitime la non-divulgation de l'information en sa possession.

D'autres situations s'offrent comme des cas où le vendeur connaît davantage que l'acheteur. L'arrêt *Dyke c. Zaiser* est de celles-là.⁴⁴ L'échevin Zaiser, propriétaire d'un entrepôt converti en parc d'amusement, décide de céder à Dyke l'administration exclusive de l'ensemble des concessions pour un loyer mensuel de 2 000 \$. Dès le lendemain de la signature du contrat, la police locale se présente au centre d'amusement pour y ordonner la fermeture de vingt-deux des trente-deux concessions. Du coup, les revenus mensuels de Dyke périclitent;

⁴⁴ 182 P.2d 344 (Cal. Dist. Ct. App., 1947) [ci-après *Dyke*].

il ne retire plus de l'opération que 410 \$ par mois. Enquête faite, Dyke découvre que Zaiser savait que la police s'apprêtait à ordonner la fermeture de ces différentes concessions. Zaiser s'était procuré le précieux renseignement en sa qualité d'officier municipal, dans le cours d'une conversation tenue avec le chef de police. Ayant à prononcer d'une action en résiliation de contrat intentée par Dyke, le tribunal lui donne raison. La Cour insiste sur le fait que, même si Dyke était un expert dans le domaine de l'administration des concessions, il ne pouvait savoir que la police s'apprêtait à ordonner la fermeture du parc d'amusement, dans la mesure où aucune ordonnance municipale n'empêchait l'exploitation des concessions en cause. Zaiser, pour sa part, pouvait plus facilement obtenir des renseignements relatifs à l'imminence du raid policier.

Le pendant à cette décision est offert par l'arrêt *Jappe c. Mandt*.⁴⁵ Ayant résolu de vendre l'entreprise de cueillette de déchets qu'il opérait, Mandt cède le circuit le plus important à Jappe. Avant la conclusion du contrat, Jappe procède à un examen détaillé des états financiers de l'entreprise. Ce que ne révèlent toutefois pas les dossiers, c'est que la municipalité desservie par le circuit faisant l'objet de la vente envisageait alors la conclusion d'un contrat avec un tiers qui eut conféré à ce dernier un droit de cueillette exclusif à l'égard des déchets combustibles. Dans la mesure où l'occurrence de cette éventualité devait inéluctablement conduire à un désastre financier d'envergure pour Jappe, celui-ci prétendit en cour que Mandt avait l'obligation de l'informer de la possibilité d'une telle cession de contrat au moment de la vente. Le tribunal jugea que rien, dans les faits de l'espèce, ne démontrait que Mandt était au fait d'une possible cession de contrat par la municipalité. Mais, le tribunal s'empressa d'ajouter que, même si Mandt eut connu l'existence du fait lui étant reproché par son acheteur, on ne lui eut pas fait, dans les circonstances de l'espèce, l'obligation d'en divulguer la teneur. En effet, les parties négociaient à armes égales et il n'en tenait qu'à Jappe d'effectuer toute enquête jugée par lui comme commercialement nécessaire.

L'on se rappellera les caractères que revêtiraient des règles juridiques modelées sur une logique contractualiste. Celles-ci devraient, en effet, d'abord offrir un coussin protecteur contre les pertes d'importance, puis exiger la divulgation des secrets profonds et, enfin, faire en sorte que, lorsque les secrets sont superficiels, les deux parties à la transaction aient un accès égal à l'information. Peut-être y a-t-il lieu de préciser ici ce que l'on doit entendre par cette dernière exigence. Mentionnons ainsi que l'égalité d'accès à l'information n'implique pas l'égalité dans la possession d'information. Deux parties auront un accès égal à l'information si elles peuvent, par l'investissement d'un même effort, prétendre aux mêmes probabilités de réussite, étant entendu

⁴⁵ 278 P.2d 940 (Cal. Dist. Ct. App., 1955) [ci-après *Jappe*].

qu'elles sont toutes deux en mesure de fournir ce même coefficient d'effort. Il faut bien insister que l'égalité d'accès à l'information n'implique pas que les efforts investis par chacune des parties doivent être systématiquement couronnés de succès. L'accent est ici placé sur la *probabilité* de succès.

Dans quelles circonstances cette exigence ne sera-t-elle pas rencontrée? Une première situation vient à l'esprit qui soulève le cas d'une inégalité d'accès à l'information d'ordre structurel. Une telle circonstance se présente lorsqu'une partie est en mesure d'obtenir l'information plus facilement qu'une autre et ceci, en raison du fait qu'elle occupe une position particulière qui lui offre un accès davantage direct au renseignement. De plus, il peut se faire que deux parties ne soient pas également à même d'investir l'effort nécessaire à la découverte de l'information. Telle inégalité sur le plan de la capacité peut résulter de divers facteurs. Ainsi peut-être l'une des parties ne sait-elle même pas que l'information existe; c'est le cas du secret profond, dont il a précédemment été question. Par ailleurs, l'on conçoit qu'une partie ne puisse investir les ressources nécessaires à l'acquisition d'information alors que l'autre partie se trouve, elle, en position de le faire. Au-delà de cette problématique de l'inégalité économique, il est possible, enfin, que l'une des parties soit tout simplement moins habile sur le plan intellectuel ou jouisse d'une expérience sociale plus limitée et se voit, dès lors, désavantagée par rapport à des partenaires plus doués. Telle situation pose le dilemme de l'inégalité dans la facilité. Retournant à la thèse contractualiste, l'on peut ainsi conclure que le droit n'exigera pas la divulgation d'information dans les cas où les deux acteurs impliqués auront un accès égal à celle-ci. Cependant, le droit requerra la communication du secret dans toutes les situations où les deux acteurs, que ce soit en raison d'une quelconque inégalité structurelle ou encore en vertu d'une absence de capacité de la part de l'un d'entre eux — incapacité générée par une inégalité économique ou une inégalité sur le plan de la facilité — se voient offrir un accès inégal à l'information. L'acteur jouissant d'un meilleur accès au renseignement aura ainsi à dévoiler son secret au partenaire pour lequel les difficultés d'accès à l'information se font plus sérieuses.⁴⁶

Appliquant la thèse contractualiste aux quatre décisions dont il a été question, il nous est d'abord donné de constater qu'aucune d'entre elles n'implique un secret profond non plus qu'une perte d'importance. Seule se pose, donc, la question de l'égalité d'accès à l'information. Or, cet élément paraît précisément pouvoir expliquer la différence des résultats obtenus dans les affaires *Laidlaw* et *Strong*. Dans *Laidlaw*, l'acheteur Organ avait obtenu son renseignement par le biais d'un ami dont le frère connaissait la nouvelle de la signature du traité de paix. Le représentant des négociants en tabac, s'il avait cultivé les mêmes contacts au sein de la marine marchande, eut pu, lui aussi, obtenir

⁴⁶ Voir en ce sens, notre étude, *supra*, note 2 aux pp. 330-41.

l'information en cause. Dans *Strong*, au contraire, il n'était tout simplement pas possible aux actionnaires minoritaires d'accéder à l'information que détenait *Repite*. Celui-ci, de par la position qu'il occupait, jouissait d'un accès nettement supérieur au renseignement qui importait. Il y avait ainsi, dans cette affaire, inégalité structurelle.

Cette notion d'égalité d'accès à l'information semble permettre également une réconciliation satisfaisante des décisions, apparemment contradictoires, rendues dans les arrêts *Dyke* et *Jappe*. Dans *Dyke*, c'est en raison de sa position d'officier municipal que le propriétaire du parc d'amusement avait pu obtenir le renseignement convoité. Même s'il eut conduit une enquête poussée auprès du chef de police, il est peu probable que celui-ci se fut montré prêt à dévoiler à un quidam, tel l'administrateur des concessions, l'imminence du raid policier. Ici encore, l'inégalité structurelle entre les parties en matière d'accès à l'information justifie le tribunal d'imposer une obligation de divulgation au détenteur du renseignement.

Dans *Jappe*, cependant, le tribunal est d'avis que chacune des parties en cause pouvait, de même manière, accéder à l'information litigieuse. Somme toute — et ce, peu importe les similarités sur le plan factuel — le tribunal oblige la communication du secret selon que les parties ont ou non un accès égal à l'information. Lorsque les deux parties connaissent cette égalité d'accès, les tribunaux n'exigent pas la divulgation du secret quoiqu'un seul des acteurs ait pu choisir de tirer partie de l'occasion qui lui était offerte d'acquérir le renseignement. Si, d'autre part, l'information se faisant d'accès inégal aux parties en cause, il advient qu'un acteur acquière le renseignement plus facilement que ne le pouvait son partenaire, le tribunal exigera que l'acteur bien informé dévoile l'information en sa possession. Ainsi l'on constate que, dans tous les cas où les parties ne se trouvent pas au même point en matière d'accès à l'information, le tribunal exige qu'elles soient placées sur un pied d'égalité eu égard à l'information véritablement en leur possession.⁴⁷

La théorie de l'accès égal à l'information, puisant à ses racines contractualistes, rend ainsi fidèlement compte de la jurisprudence étudiée. Qu'en est-il de l'analyse économique du droit, inspirée, pour sa part, de la logique utilitariste? Kronman — faut-il le rappeler — avance que la distinction entre information recherchée et rencontrée explique de manière satisfaisante la jurisprudence en cause.⁴⁸ L'information recherchée doit être mise à l'abri de la communication forcée afin de ne pas décourager les justiciables de se mettre en quête de renseignements dont la mise au jour se révélera efficiente. Lorsque l'information est acquise de façon fortuite — c'est-à-dire, lorsqu'elle est rencontrée — la motivation du justiciable ne joue plus aucun rôle

⁴⁷ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 122-24.

⁴⁸ *Supra*, note 24.

dans le phénomène de production du renseignement; aussi la divulgation de celui-ci sera-t-elle exigée. Si l'on se reporte aux arrêts qui nous intéressent, l'on voit de suite que cette théorie ne les révèle que bien imparfaitement. Par exemple, dans l'affaire *Laidlaw*, il n'était pas question d'information recherchée. Confronté à cette difficulté, Kronman — l'on s'en souviendra — avançait que les tribunaux n'exigeaient la divulgation d'une information que lorsque celle-ci constituait *généralement* une information rencontrée. Le résultat obtenu dans *Laidlaw* s'expliquait ainsi en ce que le type de renseignement en cause était *généralement* le produit d'une recherche. Deux observations doivent être faites à ce stade.

Tout d'abord, comment Kronman en arrive-t-il à déterminer que l'information concernant les conditions du marché est généralement le produit d'une recherche?⁴⁹ Aucune démonstration empirique n'est offerte à l'appui de cette affirmation. Ne peut-on croire, par exemple, que bon nombre des renseignements relatifs à l'état d'un marché donné sont tout simplement le fruit d'une expérience de travail dans le domaine ou encore résultent de banales conversations entre commerçants? Il faut, ensuite, s'interroger à savoir pourquoi Kronman conclut si promptement qu'il sera inefficace pour un tribunal de tenter une détermination du statut de l'information — recherchée ou rencontrée — au vu des faits d'une espèce donnée. Après tout, il ne paraît pas que cette réalité soit plus difficile à cerner que d'autres questions factuelles que les tribunaux doivent résoudre à l'occasion de chaque litige qui leur est soumis. Et la thèse de Kronman ne recèle-t-elle pas ici une contradiction fondamentale? Ne semble-t-il pas, en effet, étrange que les tribunaux considèrent apparemment, d'une part, la distinction entre information recherchée et rencontrée essentielle au prononcé de leurs décisions et se montrent, d'autre part, peu enclins à s'enquérir de la façon dont le renseignement a été acquis?

Les arrêts *Strong* et *Dyke* n'ont pas non plus l'heure de rendre autrement séduisante la théorie de Kronman. N'est-il pas, par exemple, raisonnable d'affirmer que l'actionnaire majoritaire dans *Strong* a obtenu le renseignement litigieux de façon délibérée? N'en va-t-il pas de même de l'échevin Zaiser dans l'arrêt *Dyke*, celui-ci ayant dû s'enquérir auprès du chef de police pour obtenir l'information désirée? Appliquée à chacune des deux affaires, la théorie de Kronman eut, dès lors, conduit au maintien du secret. Dans les deux cas, les tribunaux se prononcent toutefois en faveur de la divulgation. L'arrêt *Jappe* n'est pas plus probant. S'agissant d'information rencontrée — dont Kronman prétend qu'elle doit être divulguée — le tribunal penche en faveur du maintien du secret.⁵⁰ Mais, toute remplie de promesses soit-elle, la considération de quatre décisions jurisprudentielles ne

⁴⁹ Voir pour cette critique, notre étude, *supra*, note 2 à la p. 346.

⁵⁰ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 124-26.

permet pas d'affirmer, de façon concluante, la suprématie d'une théorie sur une autre. Un examen d'un plus vaste échantillonnage d'arrêts, faisant ressortir les traits communs aux faits généralement retenus comme juridiquement pertinents, doit permettre de conforter les résultats préliminaires déjà obtenus.

VII

Une lecture de la jurisprudence révèle sept faits qui paraissent principalement retenir l'attention des tribunaux.

Premièrement, il semble assuré que tout secret ne saurait faire l'objet d'un recours devant les tribunaux. Parce que les inégalités d'accès à l'information sont monnaie courante, les tribunaux se retrouvent, en effet, bientôt inondés de réclamations si toutes ces instances d'iniquité devaient se muer en autant de litiges. Les juges confinent ainsi le type de secret au sujet duquel ils entendront le différend des parties aux cas où la détention du renseignement était essentielle à une transaction donnée. Telle exigence de l'essentialité du renseignement se présente ainsi comme un seuil que les parties doivent franchir avant que le droit ne se penche sur le secret dont question. Les tribunaux semblent s'accorder pour retenir que l'essentialité se rattache à la probabilité qu'un fait, s'il était connu, modifierait la transaction en cause. En d'autres termes, si la partie placée dans l'ignorance aurait pu se comporter différemment eut-elle connu le fait litigieux, celui-ci est alors considéré comme essentiel. Ainsi la notion d'essentialité limite la portée de l'obligation d'information en ce qu'elle circonscrit la divulgation au seul fait qui témoigne d'un impact direct sur la transaction.

Au-delà même de leur souci d'éviter une avalanche de poursuites, cette insistance des tribunaux sur le critère d'essentialité ne doit pas surprendre. En effet, il a déjà été relevé qu'un secret stratégique n'est possible que si le détenteur du renseignement connaît un fait dont il sait qu'il serait pertinent au choix de l'interlocuteur ignorant et qui se trouve être véritablement pertinent au processus décisionnel suivi par ce dernier. L'on rejoint ainsi, à peu de chose près, la définition même de l'essentialité. L'on savait déjà qu'à moins qu'un secret ne soit susceptible d'influer sur la conduite ou l'attitude de l'interlocuteur ignorant ce renseignement, il ne pouvait prétendre à la désignation de secret «stratégique». Ce que nous disent les tribunaux en se prononçant sur l'exigence de l'essentialité de l'information, c'est que seuls ces secrets stratégiques sont perçus comme justifiant le litige.⁵¹

Deuxièmement, les autorités jurisprudentielles révèlent que la qualité du détenteur du secret influe sur la décision du tribunal d'en ordonner ou non la divulgation. En matière de vente, en l'absence de circonstances spéciales telles une obligation fiduciaire, l'exigence de

⁵¹ *Ibid.* aux pp. 127-30.

divulgation se présente davantage comme l'exception que la règle — et ce, peu importe que le renseignement soit détenu par l'acheteur ou le vendeur. Toutefois, lorsqu'il y a une obligation de communiquer un secret, le vendeur est davantage susceptible que l'acheteur d'en être le débiteur. Il est, en effet, présumé avoir une meilleure connaissance du bien faisant l'objet de la transaction. La situation du propriétaire du parc d'amusement dans l'arrêt *Dyke* se présente ainsi comme une application de la règle; le cas de l'acheteur de valeurs mobilières dans *Strong* s'offre, pour sa part, comme l'exception en la matière.⁵²

Troisièmement, les tribunaux estiment que si l'une des parties a un accès facile à l'information faisant l'objet du secret alors que l'autre partie ne peut, pour sa part, y prétendre, le détenteur du renseignement doit en divulguer la teneur. Dans toutes les situations où la communication du secret est ordonnée, le contenu de celui-ci renvoie à un fait que l'interlocuteur ignorant n'aurait pu découvrir à moins d'investir des efforts substantiels dans l'acquisition du renseignement — option du reste impraticable, l'interlocuteur ne connaissant même pas, par hypothèse, l'existence d'un secret. Telle situation de secret profond est bien illustrée par l'arrêt *Simmons*, ayant trait à l'interruption de l'approvisionnement en eau. Dans cette affaire, l'on se rappellera que le tribunal avait tenu le vendeur à la divulgation de son secret. Au contraire, lorsque s'équivalent les moyens d'accès à l'information, les tribunaux retiennent généralement qu'il n'y a pas d'obligation de communiquer le secret. Ainsi il n'y a pas d'obligation d'informer de l'occurrence d'une inondation majeure survenue dans la région l'année précédente,⁵³ non plus que de communiquer un renseignement eu égard à la construction d'une voie ferrée le long du bien-fonds.⁵⁴ De tels arrêts démontrent bien la réticence des tribunaux à imputer une responsabilité à une partie pour n'avoir pas divulgué une information que l'interlocuteur ignorant pouvait facilement se procurer. L'on observe ainsi que le droit impose, comme condition à la non-divulgation du secret, que l'interlocuteur ignorant puisse raisonnablement atteindre à l'information. En d'autres termes, le droit autorise le secret stratégique uniquement dans les situations où il est le plus probable qu'il soit découvert.⁵⁵

Quatrièmement, une lecture des arrêts rend compte d'une distinction à laquelle il est constamment recouru par les tribunaux en matière de secret. La jurisprudence estime, en effet, que les parties engagées dans une relation fiduciaire se doivent une obligation de renseignement plus rigoureuse que ce n'est le cas hors ce type de relation particulière. Quoique la détermination de la nature fiduciaire — c'est-à-dire, si l'on veut, confidentielle — de la relation juridique entre les parties dépende,

⁵² Voir généralement *ibid.* aux pp. 130-33.

⁵³ *Farrar c. Churchill*, 135 U.S. 609 (1890).

⁵⁴ *Jones c. Herring*, 16 S.W.2d 325 (Tex. Civ. App., 1929).

⁵⁵ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 134-38.

dans une large mesure, des faits de l'espèce, il est certaines associations qui, dans une perspective historique, ont depuis longtemps donné naissance à la relation de type fiduciaire et à son corollaire, l'obligation d'information. Ainsi les relations de mandant à mandataire, de fiduciaire (*trustee*) à bénéficiaire (*cestui que trust*), d'associés entre eux, de co-propriétaires, de tuteur à pupille, de parent à enfant, et d'avocat à client ont généralement engendré une obligation de dévoiler tous les faits pertinents aux transactions qui surgissent dans le cadre de ces liens juridiques. Au-delà de ces instances régies par les précédents judiciaires, les tribunaux paraissent vouloir se montrer réticents à avaliser de nouvelles relations fiduciaires. En l'absence de telles relations, les arrêts retiennent que la non-divulgation du secret est la règle. En d'autres termes, le tribunal autorise, en de tels cas, le recours au secret stratégique. Et c'est précisément la notion de secret stratégique qui permet d'apercevoir les raisons qui peuvent présider à la distinction opérée entre les relations fiduciaires et celles qui ne participent pas de ce statut.

L'on se rappelle que la notion même de secret stratégique exige une divergence dans les intérêts des parties en présence. Or, dans une relation fiduciaire, les acteurs sont réputés avoir des intérêts convergents dans le cadre de la relation confidentielle. Si l'une des parties peut ainsi présumer que l'autre agit en ayant à cœur leurs intérêts communs, cette partie est alors en droit de s'attendre à ce que soit évitée toute situation d'asymétrie, c'est-à-dire à ce que toute information soit partagée avec elle et non exploitée à son encontre. Le secret stratégique — on le voit — sape ainsi la relation fiduciaire dans ses fondements mêmes. La présence d'un intérêt commun implique ici une obligation de renseignement.⁵⁶

Cinquièmement, la nature du contrat en cause paraît bien jouer un rôle déterminant aux yeux des juges. Il est ainsi des types de contrats qui sont considérés par la jurisprudence comme étant, pour ainsi dire, intrinsèquement fiduciaires. L'on songe ici aux contrats dits «*uberrimae fidei*». De ces contrats, les conventions d'assurance et de cautionnement sont sans doute les plus fréquemment mentionnées dans la jurisprudence. Ce type de contrat exige, disent unanimement les tribunaux, une divulgation pleine et entière des renseignements en possession des parties. Mais, la question se pose immédiatement de savoir pourquoi ces contrats mêmes et non pas d'autres. Un examen attentif de l'arrêt de principe rendu en matière de contrat d'assurance paraît bien offrir une réponse satisfaisante à cette interrogation.⁵⁷ De cette décision, l'on retient que la divulgation n'est pas imposée simplement parce que certains contrats requièrent une manifestation de

⁵⁶ *Ibid.* aux pp. 138-43.

⁵⁷ Voir *Carter c. Boehm*, (1766) 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162 (K.B.) [ci-après cité aux E.R.].

bonne foi de la part des parties; ceci impliquerait que d'autres contrats ne témoignent pas de cette exigence. Plutôt, la communication du secret est entérinée parce que les tribunaux estiment que les types de contrats jugés intrinsèquement fiduciaires présentent, plus que d'autres, des instances où l'une des parties conclut l'accord forte de connaissances qui se trouvent hors de toute atteinte raisonnable de l'interlocuteur. Dans ces circonstances — et parce que l'interlocuteur ignorant n'est pas susceptible de découvrir les faits à moins que ceux-ci ne lui soient communiqués par la partie détenant le renseignement — la divulgation du secret est requise. L'on rejoint, dès lors, encore une fois, l'idée d'accès inégal au renseignement.⁵⁸

Sixièmement, il appert que lorsque deux parties se trouvent dans une relation de «confiance particulière» (*special confidence*), la partie détenant l'information ne peut tirer avantage de l'ignorance de son interlocuteur. La notion de «confiance particulière» a été utilisée dans la jurisprudence pour englober toutes les relations qui ne constituent pas de véritables relations fiduciaires, mais qui impliquent tout de même l'investissement par l'interlocuteur ignorant d'une confiance légitime dans la personne du détenteur du renseignement. L'on imagine facilement que les critères mis de l'avant par la jurisprudence pour identifier la relation de confiance particulière sont des plus vagues. Un examen des arrêts révèle qu'il est toutefois généralement fait référence à cette notion lorsqu'un justiciable entend tirer avantage d'un autre individu particulièrement vulnérable. C'est le lieu, pour les tribunaux, de se rabattre sur des expressions telles «undue influence» et «fair dealing». Ainsi lorsque l'interlocuteur ignorant se fie au détenteur de l'information pour en révéler la teneur en raison de la condition particulièrement vulnérable qui est la sienne, le détenteur du renseignement n'est pas autorisé à éléver celui-ci au rang de secret stratégique.⁵⁹

Septièmement, de multiples arrêts témoignent de ce que les tribunaux attachent une importance toute particulière à la conduite de la partie détenant l'information en cause. Un examen de la jurisprudence pertinente révèle ainsi qu'un secret ne sera admissible, aux yeux des tribunaux, que si la conduite de l'acteur en possession de l'information est au-dessus de tout reproche. C'est dire qu'un secret ne peut être préservé que dans ces circonstances où le seul silence est la façon choisie pour empêcher la communication du renseignement. Si le détenteur de l'information double son secret d'un mensonge, tente activement de masquer l'information afin de la soustraire à l'interlocuteur ignorant, communique à celui-ci une simple partie du secret de façon à en maquiller la teneur globale ou encore manque d'informer l'interlocuteur ignorant que certains énoncés précédemment émis sont depuis devenus faux, le droit retire à ce justiciable l'autorisation de

⁵⁸ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 143-49.

⁵⁹ *Ibid.* aux pp. 149-51.

garder le renseignement secret. L'un ou l'autre des gestes énumérés ont, en effet, pour conséquence de susciter ou de maintenir de fausses impressions chez l'interlocuteur, ce que le droit ne saurait sanctionner. Les arrêts considérés témoignent ainsi de la reconnaissance par le droit d'une frontière, si ténue soit-elle, entre le simple silence et le geste destiné à empêcher l'interlocuteur de découvrir la vérité. Le droit n'autorise ainsi que le pur secret — aussi difficile le maintien de cette intégrité puisse-t-il parfois se faire pour le détenteur du renseignement.⁶⁰

Au terme de cette identification des sept principaux faits reconnus comme juridiquement pertinents par la jurisprudence, il s'impose de confronter à nouveau les thèses économique et contractualiste afin de déterminer laquelle de ces théories permet, mieux que l'autre, d'expliquer pourquoi les tribunaux choisissent de précisément retenir les faits qui ont été identifiés.

VIII

Si l'on s'attarde, dans un premier temps, à un examen des tenants et aboutissants de l'approche économique défendue par Kronman, l'on constate d'emblée que l'auteur met de l'avant une thèse par trop réductionniste. Ainsi Kronman écarte expressément de son champ d'observation toutes les décisions relevant du domaine des relations de confiance particulière ou des contrats intrinsèquement fiduciaires, d'une part, comme les instances se rattachant aux situations de mensonge (*intentional misrepresentation*) et de tentative délibérée du détenteur de l'information de soustraire celle-ci aux yeux de son interlocuteur, d'autre part. En somme, l'auteur paraît bien n'insister que sur des cas d'inégalité d'accès à l'information. Il est ainsi loisible d'affirmer que Kronman n'a retenu, finalement, qu'un faible échantillonnage de décisions eu égard au nombre d'arrêts traitant de l'obligation pré-contractuelle de renseignement en droit américain. Les raisons avancées par Kronman lui-même pour justifier ces omissions semblent, du reste, peu convaincantes.⁶¹ Il est, dès lors, permis de croire qu'une théorie donnant le moyen de rendre compte tant des décisions retenues par Kronman que de celles que cet auteur a choisi de ne pas considérer se fera davantage séduisante qu'une explication fondée sur un petit nombre d'arrêts — au demeurant non nécessairement représentatifs de l'ensemble.

Comme le démontre l'examen de la jurisprudence précédemment entrepris, la distinction entre information recherchée et rencontrée — dont on se rappelle qu'elle constitue la pierre d'angle de la théorie économique proposée par Kronman — n'est pas élevée au rang des

⁶⁰ *Ibid.* aux pp. 151-60.

⁶¹ Voir Kronman, *supra*, note 24 à la p. 19.

faits retenus comme juridiquement pertinents par les tribunaux. Cette conclusion se fait-elle, toutefois, déterminante? Les partisans de l'analyse économique du droit pourraient, en effet, arguer que si la théorie qu'ils mettent de l'avant permet de prédire le comportement, les attitudes, ou même les décisions des tribunaux, la correspondance entre le cadre conceptuel de l'analyste et celui du sujet — c'est-à-dire, des juges — devient alors accessoire. Mais ne peut-on rétorquer que si une théorie donnée autorise l'explication des phénomènes d'une façon qui corresponde à la manière dont les sujets de la théorie eux-mêmes envisagent la réalité, telle théorie peut alors légitimement revendiquer la suprématie dans la mesure où une théorie qui explique davantage est meilleure qu'une autre qui explique moins. Et l'on imagine mal que, la consultation des décisions judiciaires ayant révélé comment les juges ne se préoccupaient pas de la distinction au coeur même de la thèse défendue — soit celle entre information recherchée et rencontrée — l'intégrité de la théorie économique n'en soit pas affectée. Peut-on accepter la validité d'une prétention doctrinale relative au rôle (prétdument) essentiel d'un élément donné alors que les tribunaux ne s'y intéressent en rien?⁶²

Un bref retour sur certaines des situations discutées par les tribunaux permet de concrétiser l'inadéquation de la thèse de Kronman. L'on songe, par exemple, à un arrêt *Barry c. Orahood*,⁶³ dans lequel le détenteur d'information concernant la présence de dépôts miniers souterrains avait acheté son bien-fonds à un interlocuteur mourant. Même si l'acheteur avait, sans aucun doute, effectué une recherche approfondie pour se mériter l'information en sa possession, le tribunal lui refusa le droit au secret en raison de la condition particulièrement vulnérable de son interlocuteur. Il paraît pourtant bien s'agir ici du type même de situations que M. le professeur Ronald Coase avait en tête lorsqu'il avançait que l'efficience se voit accrue au moyen d'un transfert du bien d'un usage de moindre valeur à un usage de valeur plus élevée.⁶⁴ Or, dans une perspective d'efficience économique, il paraît assuré que le bien-fonds dont question vaut davantage entre les mains d'un exploitant de ressources naturelles que laissé aux soins d'une personne très malade. Si les tribunaux cherchent véritablement à encourager la production d'information utile sur le plan social — ainsi que l'affirme Kronman — l'on se demande, dès lors, pourquoi la condition de l'interlocuteur ignorant devrait influer sur le résultat judiciaire. En effet, l'on constate que la recherche qui se serait vu protégée si le détenteur du renseignement avait négocié avec une personne en bonne santé ne peut rester secrète si cet interlocuteur est

⁶² Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 161-63.

⁶³ 132 P.2d 645 (Okla, 1942).

⁶⁴ Voir R. H. Coase, *The Problem of Social Cost* (1960) 3 J. LAW & ECON.

malade. Une réconciliation de ces solutions divergentes paraît bien pouvoir être opérée par le recours à la notion de confiance particulière — laquelle échappe toutefois à la thèse économique.⁶⁵

L'arrêt *Laidlaw* lui-même — dont Kronman fait pourtant grand cas — interroge l'approche économique. Supposons que, dans cette affaire, l'interlocuteur ignorant — en l'occurrence, le représentant des négociants en tabac — eut interrogé l'acheteur dans les termes suivants: «Connaissez-vous un fait relatif à cette transaction qui la rende plus séduisante pour vous qu'il n'y paraît?» Supposons, de plus, que l'acheteur — c'est-à-dire, le détenteur de l'information — eut répondu par la négative à la question posée. Tel acheteur ne serait alors pas autorisé par les tribunaux à tirer profit du secret en sa possession dans la mesure où il se serait rendu responsable d'un mensonge. Or, comment expliquer que les tribunaux se préoccupent ainsi du coefficient d'honnêteté manifesté par le détenteur du renseignement si, comme l'affirme Kronman, l'objectif principal poursuivi par les juges est d'assurer la rentabilité de l'investissement dans la production d'information socialement utile? L'on n'ignore pas, en effet, que, quoiqu'il puisse se révéler fort difficile de rester silencieux face à un barrage de questions, le droit ne reconnaît que le seul silence comme fondement du secret. Mais, telle conclusion s'explique plutôt mal d'un point de vue économique. Ainsi l'on peut légitimement se demander pourquoi un justiciable investirait dans la production d'information socialement utile lorsque ses efforts peuvent se voir réduits à néant du seul fait du prononcé d'un mot inopportun? Il y a là un dilemme dont la théorie de Kronman n'autorise pas la résolution.

Par ailleurs, l'analyse économique du droit ne permet pas de rendre compte de la distinction retenue par les tribunaux entre les situations de défaut apparent et celles où l'on retrouve un vice caché. Les juges estiment, en effet, que les instances de défaut apparent s'expliquent comme autant de cas où les parties ont un accès égal à l'information. Ils sanctionnent donc le droit au secret. Au contraire, les litiges faisant état d'un vice caché illustrent des instances dans lesquelles l'interlocuteur ignorant n'est pas raisonnablement à même de découvrir ce que sait le détenteur de l'information. Aussi ce dernier doit-il divulguer le secret en sa possession. Pour Kronman, les situations de vice caché impliquent, pour l'essentiel, de l'information rencontrée. Par exemple, le propriétaire d'une maison apprend, en raison du fait qu'il y habite — c'est-à-dire, de façon incidente — que l'approvisionnement en eau est interrompu pendant la nuit. En de telles circonstances — et parce que le détenteur de l'information n'a rien fait de particulier de façon à délibérément se procurer le renseignement — Kronman avance que le droit impose la divulgation du secret. Mais qu'en est-il, alors, des défauts apparents? Ceux-ci n'illustrent-ils pas,

⁶⁵ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 163-64.

par hypothèse, des cas d'information rencontrée? Et de tels cas d'information rencontrée n'imposent-ils pas la divulgation du secret, en conformité avec la théorie économique? L'on sait pourtant que les tribunaux n'exigent pas la communication de ce type de défaut au motif que les deux parties jouissent d'un accès égal à l'information.

En guise de réponse, Kronman propose un (autre) amendement à son équation fondamentale. Quoiqu'il s'agisse bien d'information rencontrée, dit Kronman, le droit n'en requerra pas la communication dans la mesure où le renseignement en cause renvoie à un état de fait nécessairement évident aux yeux de chacune des parties impliquées. Exiger la divulgation de ce type de secret entraînerait, en effet, des délais dans le processus de négociation et de conclusion des contrats, c'est-à-dire un accroissement des coûts transactionnels. Or, l'approche économique ne saurait s'autoriser de telles inefficiencies. La crédibilité de l'argument développé par Kronman souffre ici du fait qu'il se révèle difficile à concilier avec la teneur du principe général mis de l'avant par cet auteur même. En effet, Kronman insiste que l'information recherchée doit entraîner divulgation. Or, il s'agit là d'une règle ayant nécessairement pour effet de hausser les coûts transactionnels. L'on songe ici aux modifications de leur comportement auxquelles se livreront les interlocuteurs ignorants en réaction à la reconnaissance d'une telle règle de droit. Par exemple, l'interlocuteur ignorant, en tant que justiciable rationnel, se fera fort de consacrer temps et énergie à tamiser ses partenaires contractuels éventuels afin de s'assurer que ceux-ci sont à la fois honnêtes et ouverts. Comment Kronman peut-il s'accommoder, s'agissant de la mise en application du principe directeur de sa thèse, de coûts transactionnels à la hausse pour ensuite fonder une dérogation à ce principe même sur un argument favorisant des coûts transactionnels à la baisse? Il ne paraît pas exagérer de conclure que la notion de «coûts transactionnels», entendue de façon aussi protéiforme, se révèle, somme toute, inutile.⁶⁶

Ainsi l'on constate que la présence d'information recherchée ne suffit pas à expliquer pourquoi certaines décisions exigent la divulgation du secret alors que, dans d'autres affaires, les juges s'abstiennent de toute ordonnance en ce sens. La présence d'information rencontrée, par elle-même, n'est guère plus concluante. La thèse de Kronman pêche, dès lors, par schématisation. Ce simplisme se trouve encore accentué du fait que l'auteur ne se penche que sur un sous-ensemble nettement circonscrit de décisions rendues en matière d'obligation pré-contractuelle de renseignement.

Dans ce contexte, il paraît impératif de s'attarder à démontrer par le menu combien la thèse contractualiste autorise une explication plus fidèle de la jurisprudence. Un examen successif de chacun des sept faits juridiques pertinents précédemment identifiés doit emporter la conviction. En toile de fond à cet exercice, il faut rappeler que la

⁶⁶ Voir *Simmons, supra*, note 20.

thèse contractualiste met l'accent sur l'égalité d'accès à l'information, tout en assurant une protection aux parties contre les pertes d'importance et en exigeant la divulgation des secrets profonds.

Premièrement, la règle selon laquelle un fait ne peut être l'objet d'une obligation de divulgation que s'il est essentiel à la transaction en litige apparaît comme une circonscription du principe d'accès égal à l'information aux seules situations dans lesquelles l'une des parties pourrait cacher un renseignement afin de contrôler l'attitude ou les gestes de son interlocuteur. Si l'information possédée par le détenteur du renseignement n'est pas essentielle à la transaction en cause, celle-ci ne peut alors être élevée au rang de secret stratégique. Ainsi la règle de l'essentialité, qui limite à certains cas les affaires devant être entendues par les tribunaux, sert à confiner la portée du principe d'égalité d'accès au renseignement aux seules instances dans lesquelles l'une des parties peut contrôler l'autre par le biais d'une divulgation sélective d'information. En somme, seuls les secrets stratégiques retiennent l'attention du droit. Telle réalité se voit d'ailleurs dictée par la logique contractualiste. Si un secret n'a pas d'impact sur quelqu'un d'autre, il n'y a alors pas de raison de faire obstacle au droit du détenteur de l'information de la maintenir cachée.

Deuxièmement, la jurisprudence s'attache à la qualité des parties en présence. Les acheteurs sont ainsi, le plus souvent, tenus à une obligation de renseignement de moindre portée que les vendeurs. Les tribunaux reconnaissent, en effet, que les acheteurs ont généralement un accès moins facile à l'information et ce, quoique dans une affaire donnée l'acheteur puisse, de fait, jouir d'une information plus complète que son interlocuteur. L'arrêt *Laidlaw* offre une heureuse illustration du phénomène. Dans ce cas, l'acheteur possédait davantage d'information au sujet de l'objet de la transaction que n'en détenait le vendeur, sans qu'il ne puisse toutefois prétendre à un *accès* supérieur au renseignement.

Si, sous cette rubrique, certains arrêts paraissent consacrer une distinction entre l'information recherchée et rencontrée, c'est tout simplement que l'information rencontrée peut généralement n'être ainsi acquise que par *l'une* des parties à la transaction — le co-contractant potentiel devant, quant à lui, accéder à ce renseignement par le biais d'une recherche. L'information rencontrée qui peut être ainsi acquise par chacune des *deux* parties n'a pas à être divulguée. A cet égard, les décisions en matière de vice caché offrent d'excellentes illustrations. Si l'une des parties se trouve en aussi bonne position que l'autre pour établir l'existence du défaut, il n'y a pas lieu d'imposer une obligation de communication du secret. Et il n'est pas nécessaire de recourir à la notion éminemment malléable des coûts transactionnels pour expliquer de telles décisions; elles offrent tout simplement des instances d'application du principe d'égalité d'accès à l'information. Ce principe s'applique également, du reste, aux cas d'information recherchée. L'on constate ainsi que les tribunaux se refusent souvent à obliger la divulgation en raison de la nature même du renseignement, lequel

impose, pour sa découverte, une recherche comparable à chacune des parties. Il en va ainsi, par exemple, de l'arrêt *Laidlaw*, dans lequel le secret fut autorisé puisque chacune des parties pouvait accéder au renseignement par le biais d'un effort similaire. Au contraire, lorsque l'une des parties jouit d'un accès particulièrement facile au renseignement, la divulgation du secret est exigée.⁶⁷

Il paraît, dès lors, que les décisions qui imposent des obligations de divulgation distinctes selon que le débiteur a la qualité d'acheteur ou de vendeur procèdent ainsi en raison de ce que ces types de contractants n'ont pas la même possibilité de jouir d'un accès structurellement supérieur au renseignement. Les vendeurs, plus souvent que les acheteurs, se retrouvent dans cette position favorisée, d'où les tendances rencontrées dans la jurisprudence. La théorie avancée par Kronman pour expliquer ces décisions en matière de vente apparaît, dès lors, comme une application particulière de la théorie de l'égalité d'accès au renseignement. L'information obtenue au moyen d'une recherche n'a donc pas à être divulguée si l'autre partie eut pu, en investissant le même effort, l'acquérir également. Quant à l'information rencontrée, elle ne devra être communiquée que lorsque l'autre partie eut dû investir un effort considérablement plus grand que le détenteur du secret afin d'accéder à celui-ci. C'est, en d'autres termes, l'inégalité d'accès à l'information qui donne naissance à l'obligation de divulguer le secret. Et, en cela, la thèse contractualiste — qui privilégie une analyse *relative* des efforts investis par les parties en cause — se distingue de l'approche économique, laquelle n'insiste, de manière absolue, que sur les efforts investis par la partie détenant le secret.⁶⁸

Troisièmement, les tribunaux tiennent compte — ce qu'illustre parfaitement l'arrêt *Simmons* — des connaissances supérieures détenues par une partie par rapport à l'autre. Or, cet élément ne paraît en rien se distinguer de la notion d'accès supérieur à l'information mise en valeur par la thèse contractualiste comme en témoignent, d'ailleurs, les termes mêmes dans lesquels les juges formulent leurs décisions.⁶⁹

Quatrièmement, les relations de confiance, ou relations fiduciaires, confortent, encore une fois, la thèse contractualiste en ce qu'elles présentent des situations dans lesquelles l'une des parties est davantage susceptible que l'autre d'avoir un accès facile au renseignement. Qu'il s'agisse de la relation entre l'avocat et son client, entre le tuteur et son pupille, ou encore entre le fiduciaire (*trustee*) et le bénéficiaire (*cestui que trust*), il y a là des circonstances dans lesquelles une partie jouit d'un meilleur accès à l'information que son partenaire. Au titre des renseignements pertinents, précisons qu'il est une information que toute partie à une relation contractuelle devrait connaître, soit les

⁶⁷ Voir *LEGAL SECRETS*, *supra*, note 16 aux pp. 165-66.

⁶⁸ *Ibid.* à la p. 170.

⁶⁹ Voir *ibid.* aux pp. 167-70.

intérêts servis par son partenaire. La configuration des intérêts en cause est, en effet, l'un des facteurs influant directement sur l'interprétation de l'attitude et des gestes du partenaire. Tout comme le fait de savoir si la guerre faisait toujours rage ou si la paix avait été signée importait dans l'affaire *Laidlaw* en raison de son impact sur le cours du tabac, la question de savoir si quelqu'un d'autre agit dans la poursuite de ses intérêts propres est cruciale en ce que telle information a un impact direct sur l'évaluation faite du conseil reçu d'autrui. Si le détenteur d'information relative aux intérêts qu'il sert choisit de garder celle-ci secrète, la transaction s'en trouve, somme toute, aussi affectée que si le secret avait trait au bien même en faisant l'objet.

Il demeure, toutefois, des décisions en matière de relations fiduciaires dont ne peut *a priori* rendre compte la théorie de l'égalité d'accès à l'information. Il en va ainsi, par exemple, du cas de relations fiduciaires offert par le contrat de société. Quoique les modalités d'accès au renseignement ne diffèrent pas fondamentalement d'un associé à un autre, le droit retient tout de même l'imposition d'une obligation de divulgation. Un recours à un principe complémentaire, également d'origine contractualiste, se révèle donc être nécessaire. Il est ainsi permis de croire que plusieurs instances de relations fiduciaires gagnent à être entendues comme donnant son expression au principe de promesse obligatoire.

Tel principe énonce tout simplement que, lorsque les parties se sont expressément mises d'accord à l'effet qu'elles allaient partager des intérêts communs dans le cadre d'une relation contractuelle donnée, elles devraient se communiquer toute information pertinente et, de plus, ne devraient pas recourir aux renseignements récoltés en vertu de cette relation au détriment de leur partenaire. Eu égard à l'ensemble des décisions en matière de relations fiduciaires, le principe d'égalité d'accès à l'information paraît ainsi céder le pas au principe de promesse obligatoire. Cette conclusion ne remet toutefois pas en cause la thèse contractualiste dans ses fondements mêmes. L'on peut, en effet, comprendre pourquoi, dans une perspective contractualiste, les justiciables privilégieraient un régime fondé sur la promesse obligatoire dès lors qu'ils soient placés à l'abri de toute perte importante. En effet, sans la possibilité de se fonder sur une promesse, il serait impossible à un justiciable de se procurer ce qu'il estime être digne d'intérêt dans l'existence. Dans les seuls cas où la promesse n'a pas été faite volontairement et dans les seules situations où l'exécution de la promesse entraînerait une perte importante pour le justiciable doit-on surseoir à y donner suite. Dans cette perspective, il convient de s'attendre à ce que les relations fiduciaires s'accompagnent de l'imposition d'une obligation d'information, à moins que la divulgation du secret ne soit susceptible de causer un préjudice sérieux à l'une des parties.⁷⁰

⁷⁰ *Ibid.* aux pp. 170-71.

Cinquièmement, l'on sait que les tribunaux, en matière d'obligation de renseignement, estiment qu'il est certains types de contrats entraînant, du fait même de la nature de l'entente, l'obligation de divulguer toute information pertinente. Telles instances de contrats retenus comme intrinsèquement fiduciaires soulèvent, elles aussi, la problématique de l'égalité d'accès à l'information. Si l'on songe, par exemple, au contrat d'assurance — sans doute la convention la plus typique de cette catégorie — l'on constate que celui-ci cristallise des relations juridiques auxquelles président, le plus souvent, une inégalité d'accès à l'information eu égard à l'objet de la transaction. C'est là, du reste, l'explication qui a été expressément mise de l'avant par les tribunaux à titre de justification de l'imposition d'une obligation de divulgation en matière d'assurance.⁷¹ Un examen du détail des décisions portant sur le contrat d'assurance devrait ainsi révéler, si celles-ci reproduisent fidèlement les préceptes de la thèse contractualiste, que l'information à laquelle l'une des parties a un meilleur accès doit être divulguée, d'une part, et que le secret auquel les parties peuvent également prétendre n'a pas à être communiqué, d'autre part. Or, l'arrêt de principe rendu dans le domaine de l'assurance confirme précisément ces attentes.

Dans *Carter c. Boehm*, Lord Mansfield écrit que «[t]he special facts, upon which the contingent chance is to be computed, lie most commonly in the knowledge of the insured only.»⁷² Le savant juge en conclut que cette information n'avait donc pas à être divulguée. Mais, Lord Mansfield poursuit en soulignant que «either party may be innocently silent, as to grounds open to both, to exercise their judgment upon». ⁷³ Loin d'avoir retenu — comme on le prétend parfois — qu'une partie à telle transaction doit communiquer tout ce qu'elle sait peu importe ce que son partenaire eut pu découvrir, Lord Mansfield estime plutôt qu'il convient d'imposer une obligation d'information dans les seules instances où les parties en cause ne jouissent pas des mêmes possibilités d'accès à l'information, c'est-à-dire ne peuvent semblablement atteindre à l'information par le biais d'un investissement d'efforts similaires. Si, par exemple, l'assuré est tenu de communiquer un renseignement à l'assureur, c'est que cet assuré se sera procuré l'information beaucoup plus facilement que ne pourrait jamais le faire l'assureur. La règle de l'égalité d'accès à l'information comme condition préalable à l'imposition de l'obligation de renseignement paraît bien s'appliquer à l'ensemble des contrats intrinsèquement fiduciaires.

Sixièmement, les décisions rendues en matière de relations de confiance particulière s'offrent également comme une application de la thèse contractualiste et du principe d'égalité d'accès à l'information

⁷¹ *Ibid.* aux pp. 172-73.

⁷² Citée dans *LEGAL SECRETS*, *Ibid.* à la p. 173.

⁷³ *Supra*, note 57 à la p. 1164.

sous-jacent. Il est ici question d'instances dans lesquelles l'une des parties se voit assujettie à une condition de vulnérabilité, par exemple en raison de son état de santé. Dans de telles circonstances — c'est-à-dire lorsque l'une des parties se trouve placée dans une position rendant sa quête d'information particulièrement difficile — le droit n'en maintient pas moins son principe d'égalité d'accès au renseignement. Mais, dans les situations qui nous intéressent, l'application du principe d'égalité d'accès exige que la partie détenant le renseignement divulgue celui-ci en raison de ce que la condition dans laquelle se trouve l'interlocuteur ignorant suscite une inégalité qui n'existerait pas dans la plupart des cas.

Pour qu'il y ait égalité d'accès à l'information dans une situation donnée, l'on se rappellera que les deux parties doivent être en mesure d'investir, dans la recherche du renseignement, des efforts similaires. Or, il est certain que la personne dont l'état de santé se révèle particulièrement précaire n'est pas en mesure de se mettre en quête de renseignements au sujet des richesses minières recelées par son bien-fonds.⁷⁴ Et c'est pour cette raison que, quoique la partie détenant ce renseignement ait investi des efforts importants visant à son obtention, il ne lui sera pas permis de tirer profit du secret en sa possession à l'encontre d'un justiciable qui n'était pas en mesure de s'engager à des efforts similaires. Ainsi les tribunaux retiennent que l'inégalité d'accès au renseignement provenant de l'incapacité de l'interlocuteur ignorant doit entraîner une obligation d'information à l'encontre de la partie détenant le secret.⁷⁵

Septièmement, il nous est donné de constater que la règle selon laquelle seul le silence peut fonder le maintien du secret s'explique, elle aussi, en termes contractualistes. Par exemple, lorsqu'une partie s'affaire à activement soustraire l'information aux yeux de son interlocuteur ignorant, elle accroît, du même coup, l'effort auquel tel interlocuteur devra s'astreindre pour découvrir le secret. Dans la mesure où le droit se préoccupe d'assurer un accès égal à l'information, il s'empressera, dès lors, de prohiber ce type d'activités. Il en va, du reste, de même des instances de mensonge, demi-vérité et omission de mise à jour du renseignement. Pour que deux parties puissent également accéder à l'information, elles doivent être en mesure d'investir un effort similaire avec, à la clef, une probabilité similaire de succès. Or, cette analyse suppose que les parties sachent, d'emblée, qu'il existe une information à découvrir. C'est ainsi que les secrets profonds suscitent d'importantes inégalités d'accès à l'information.

Les tribunaux reconnaissent nettement, en effet, que si l'une des parties n'a aucune idée de l'existence même du renseignement, la sauvegarde du principe d'égalité d'accès à cette information doit alors

⁷⁴ Voir *Barry c. Orahood, supra*, note 63.

⁷⁵ Voir *LEGAL SECRETS, supra*, note 16 aux pp. 174-75.

impliquer davantage qu'une simple exigence d'investissement d'efforts de la part de l'interlocuteur ignorant. Ainsi dans l'arrêt *Simmons*, le tribunal n'hésite pas à mentionner que même si les acheteurs auraient pu facilement s'enquérir des conditions d'approvisionnement en eau auprès des voisins, telle situation était si étrange qu'on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'ils estiment nécessaire de poser la question. De même, dans les cas de mensonge, demi-vérité et omission de mise à jour, les gestes de la partie détenant le secret conduisent l'interlocuteur ignorant à croire que l'information a été obtenue et qu'il n'est, dès lors, pas nécessaire pour lui d'investir dans la recherche du renseignement dans la mesure où telle quête serait opérée en pure perte.

En d'autres termes, l'effet du mensonge, de la demi-vérité ou de l'omission de mettre à jour l'information est de faire croire à l'interlocuteur ignorant qu'il a en sa possession tous les renseignements pertinents et de l'amener ainsi à cesser toute recherche ultérieure. Parce qu'il cesse de chercher, la véritable information devient ainsi véritablement hors d'atteinte. Telle distorsion délibérée de l'information entraîne, en ce sens, les mêmes conséquences que la soustraction volontaire; elle rend la découverte du renseignement réel davantage improbable.⁷⁶ Un système juridique qui se préoccupe d'égalité d'accès à l'information doit, dès lors, sanctionner tout mensonge, demi-vérité et omission de mettre à jour un renseignement, sauf les cas où le détenteur d'information entreprend de tromper l'interlocuteur ignorant eu égard à un fait évident.

A l'issue d'un examen minutieux des thèses économique et contractualiste, il ne paraît pas faire de doute que cette dernière approche, mieux que sa rivale, est en mesure de rendre compte du *common law* américain en matière d'obligation pré-contractuelle de renseignement. Une exigence de divulgation des secrets profonds et des renseignements auxquels les parties n'ont pas un accès égal s'inscrit naturellement dans le cadre contractualiste. L'analyse économique du droit, pour sa part, n'arrive pas vraiment à intégrer ces réalités, s'empêchant ainsi de légitimement prétendre au titre de théorie positive. De plus, l'approche contractualiste insiste sur les faits mêmes que les juges mettent en valeur dans leur opinion. Telle identité confère à cette théorie un avantage, non seulement sur le plan de la capacité de prédiction des jugements à venir, mais également eu égard à sa capacité de refléter plus fidèlement ce que les juges prétendent réellement faire.

CONCLUSION

En bref, une théorie sociale implique l'appréhension de tendances et leur interprétation. Du point de vue de l'individu, les tendances opposées de la divulgation et du secret sont susceptibles de privilégier

⁷⁶ Voir pour diverses illustrations, *ibid.* aux pp. 176-77.

trois types différents de relations sociales. Il s'agit, premièrement, de l'autonomie du sujet. Privé de la capacité de garder un secret, l'individu perd la possibilité de se distinguer d'autrui, de mener une vie indépendante, d'être, enfin, une personne entièrement autonome. Ceci n'est certes pas dire qu'un justiciable doive maintenir des secrets afin d'être autonome, mais bien qu'il lui faut posséder la *capacité* de ce faire. La possibilité de garder des secrets implique encore la capacité d'en divulguer la teneur de manière sélective; or, telle possibilité de communication du renseignement à la discrétion du détenteur du secret conforte également l'autonomie de l'individu.

Par ailleurs — et c'est là le deuxième type de relations sociales envisagé — le secret peut favoriser l'émergence d'une solidarité avec autrui. La capacité de l'individu de partager un secret ou, au contraire, de camoufler un renseignement est fondamentale au pouvoir de telle personne d'influer sur la réalité sociale dans son environnement immédiat; telle capacité est, à son tour, essentielle à la sauvegarde de la liberté même. Ce qui distingue ceux dont l'individu se sent proche de ceux dont il se trouve à une plus grande distance sociale a bien souvent trait à la quantité et à la qualité d'information qu'il accepte de partager avec telle personne plutôt qu'avec telle autre. C'est ainsi que le partage d'un secret permet la création d'un lien social.

Au-delà de la sauvegarde de l'autonomie et de la promotion de la solidarité, le secret permet, en troisième lieu, la manipulation stratégique d'autrui. Afin d'amener une personne à agir de la façon voulue, un individu peut recourir à une gamme de méthodes allant de la persuasion à la coercition physique. Il peut notamment choisir de cacher un renseignement que la personne trouverait pertinent à l'étape de la prise de décision et qui pourrait même, le cas échéant, la conduire à changer d'avis. Il s'agit ici d'une forme aussi puissante qu'invisible d'exercice de contrôle sur autrui. En modifiant la configuration des données qui se présentent à la personne ayant à effectuer un choix, il est souvent possible de déterminer l'aboutissement de sa réflexion.

L'interaction entre ces diverses formes de relations sociales peut se révéler conflictuelle. Quoique le partage d'un secret ait pu, à l'origine, exprimer l'autonomie de l'individu, les liens suscités par le secret peuvent rapidement prendre l'allure d'un esclavage. Le cas du chantage illustre cette réalité. Par ailleurs, l'achèvement de son autonomie par l'individu à travers le maintien d'un secret peut compromettre l'autonomie d'un autre justiciable, lequel ne sera sans doute pas en mesure — vu l'information qui ne lui est pas communiquée — de prendre une décision parfaitement éclairée. Et ces remises en cause de l'autonomie du justiciable paraissent bien se distinguer de celles qui surgissent dans d'autres champs d'application de la liberté. Ainsi les restrictions qui agissent sur la liberté sont le plus souvent apparentes; une personne sait que sa liberté a été affectée. Or, en matière de secret, ce renseignement essentiel peut lui-même se voir caché au justiciable. Ainsi il est tout à fait possible à une personne de croire qu'elle opère de façon autonome alors que ses perceptions de la réalité

ont été radicalement modifiées par la manipulation par autrui de l'information à laquelle elle a accès. A travers le maintien d'un secret, le détenteur du renseignement suggère ainsi à son interlocuteur que ce dernier demeure autonome, alors qu'il n'en est plus rien.

La notion de secret opère également sur le plan collectif. Dans un premier temps, le secret joue un rôle d'importance en ce qui a trait au phénomène de stratification. En effet, le secret peut produire et conforter, tout à la fois, des systèmes d'inégalité. L'inégalité dans la répartition de l'information à travers la société — dont le secret est l'une des causes importantes — entraîne d'autres inégalités qui se manifestent eu égard à d'autres ressources sociales d'importance.⁷⁷ Dans un deuxième temps, le secret met en lumière la relation entre la connaissance et le contrôle social. Afin qu'un système de contrôle social se révèle efficace, les règles devant être observées doivent être généralement connues de ceux dont on attend qu'ils s'y conforment et — de manière plus importante encore — les gestes des justiciables assujettis à ces règles doivent être surveillés. Le maintien d'un secret, que ce soit sur le plan individuel ou collectif, s'offre donc comme un moyen d'échapper à tel contrôle sur soi. Dans un troisième temps, le secret se présente comme le brouillon d'une structure sociale. En d'autres termes, le partage d'information apparaît comme une étape préliminaire nécessaire à la formalisation de toute organisation et à la mise sur pied d'une association durable. Vu cette triple fonction que peut jouer le secret sur le plan collectif — et parce qu'il recèle, paradoxalement, des moyens de miner l'ordre établi et de mettre de l'avant d'autres formes sociales, par exemple par le biais d'une rébellion ou d'un complot — et parce que la notion opère également à divers égards sur le plan individuel, le contenu des règles que se donne une société en la matière se fait d'importance primordiale.

L'on a pu constater que, s'agissant de l'explication du droit positif, la thèse contractualiste doit l'emporter sur l'approche économique. Dans quelle mesure cette supériorité sur le plan descriptif se manifeste-t-elle également d'un point de vue normatif? Il est trois caractéristiques principales auxquelles un système juridique de type contractualiste peut prétendre — lesquelles doivent échapper à un système fondé sur les seuls préceptes de l'analyse économique du droit.

Premièrement, le contractualisme met l'accent sur les individus en tant qu'individus et non comme éléments de groupements sociaux élargis. La question que pose le défenseur du contractualisme se formule comme suit: «A quels arrangements sociaux les individus seraient-ils susceptibles de consentir, même s'ils devaient occuper la pire position qui soit au sein d'un système social donné?» Ainsi formulée, telle interrogation met en lumière la condition du plus démunie; dès lors, les solutions de type contractualiste impliquent souvent l'adoption d'un seuil minimum de bien-être en-deçà duquel

⁷⁷ *Ibid.* à la p. 306.

aucun justiciable ne peut se retrouver. Pour les tenants de l'analyse économique du droit, au contraire, l'accueil fait à un tel seuil va à l'encontre de l'opération d'un libre marché et se révèle donc indésirable du point de vue de l'efficience. Or, pour les contractualistes, le maintien d'un seuil est essentiel à la légitimité du système en place. Selon le contractualiste, en effet, la question de la légitimité n'est pas résolue du seul fait qu'on informe un justiciable donné que son sacrifice est nécessaire au mieux-être de la collectivité. En de telles circonstances, il paraît tout à fait raisonnable que tel justiciable demande pourquoi *il lui* incombe de supporter les coûts relatifs au maintien de structures sociales efficientes.

Si l'on entend assurer la légitimité d'un système politique face à un individu donné, il faut être en mesure de lui expliquer pourquoi il doit être un participant volontaire à la structure sociale en cause et le convaincre que celle-ci n'est pas simplement juste dans la majorité des cas mais se révèle, en outre, équitable dans son cas particulier. Les économistes qui avancent que les justiciables sont, dans l'ensemble, mieux lotis en vertu d'une structure sociale optimalisant l'efficience auront du mal à rallier le justiciable devant accepter la perte — ce qui sera d'autant plus vrai si la perte est élevée et si tel justiciable est seul à en supporter le poids. Le point de vue contractualiste exige précisément que l'on détermine comment une structure sociale donnée se présente aux yeux des individus appréhendés sur le plan personnel, et tout particulièrement des individus subissant le détriment le plus sérieux. La thèse contractualiste rejette donc l'évaluation globalisante, chère aux analystes économiques.

Les contractualistes réclament une garantie que les individus seront protégés, au-delà de certaines limites, d'un empiètement du bien public sur leur bien-être personnel. Un système contractualiste va donner effet à cette réclamation — cette revendication d'un droit — car les justiciables ne peuvent raisonnablement être tenus de se contenter de moins. Un système juridique façonné à l'aune des thèses économiques, au contraire, ne donnera suite à ces réclamations que si elles servent le bien public.

Deuxièmement, les économistes — on le sait — se préoccupent des règles juridiques en tant que facteurs de motivation. Le droit étant perçu comme un cadre au sein duquel des acteurs rationnels prennent des décisions, la tâche la plus importante du juge reste encore d'encourager, par le biais de son jugement, la prise de décisions efficientes à l'avenir. Mais, cette perspective se révèle rapidement favoriser l'efficience à long terme aux dépens de la justice de l'espèce. Ici encore, l'analyse économique accepte de sacrifier l'individu à un objectif social plus largement entendu. D'un point de vue contractualiste, il convient d'affirmer que la résolution par le juge du litige de l'espèce d'une manière équitable pour les parties en cause doit l'emporter sur le désir de faire de l'instance une simple étape dans un processus de réalisation d'un système juridique efficient. Certes, le juge contractualiste se préoccupe également de l'impact de ses jugements sur les décisions

futures. Ce qu'il faut voir, toutefois, c'est que, contraint à un choix, celui-ci n'acceptera pas de faire de l'une des parties un bouc émissaire afin d'atteindre au résultat approprié à l'échelle de la société.⁷⁸

Troisièmement, la thèse contractualiste défendue met en lumière l'égalité plutôt que l'efficience comme principe fondamental dans les domaines du droit qui retiennent notre attention. A cet égard, le principe d'égalité d'accès à l'information a déjà été relevé à maintes reprises. Mais, il y a plus. Sous-jacent à ce principe, l'on en retrouve, en effet, un autre — de plus grande envergure, cette fois — soit le principe de symétrie. Si l'on demande à un justiciable de préciser la teneur des règles auxquelles il accepterait de se voir assujetti s'il se trouvait dans la peau de l'un quelconque des membres de la société, cette question exige de lui qu'il s'imagine vivant successivement les vies de A, B et C. L'on conçoit facilement qu'un individu, confronté à cette problématique, concluerait qu'il est injuste d'exiger d'autrui ce qu'il ne serait pas lui-même prêt à octroyer si une requête lui était faite en ce sens. Ainsi l'expérience contractualiste limite l'éventail des options possibles à celles qui rejoignent le principe de symétrie.

L'argument normatif selon lequel un système juridique devrait refléter une logique contractualiste plutôt qu'économique implique une prémissse selon laquelle il est des limites aux exigences qu'une collectivité peut faire valoir à l'encontre des individus. Il serait toutefois erroné d'en conclure que le contractualisme est hostile à la notion de communauté. En effet, la vision contractualiste est celle d'une société dans laquelle les membres sont quotidiennement requis de rendre les institutions politiques et sociales acceptables à ceux qui pourraient en subir préjudice. Lorsque les individus se voient ainsi garantir un seuil en-deçà duquel ils ne peuvent se retrouver — un minimum de bien-être — la communauté se voit mobilisée derechef. Tel seuil de bien-être exige, en effet, l'affirmation d'une empathie avec autrui, la capacité de connaître et de sentir ce que ce serait que de se trouver dans la position occupée par autrui. La réalité contractualiste exige, en outre, que des mesures soient prises pour venir en aide aux individus requérant assistance. Dans un tel cadre, la notion de communauté — celle dont les membres partagent une vision commune de la valeur de l'individu — est promise à un essor certain.⁷⁹

*
* *

Que les conclusions tirées par l'auteur de l'ouvrage en rubrique, au terme d'une réflexion puisant largement à la philosophie politique américaine, rejoignent les arguments mis de l'avant en droit positif

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 310, not. 7.

⁷⁹ *Ibid.* aux pp. 308-12.

français pour justifier l'obligation pré-contractuelle de renseignement à l'heure de surprendre et de conforter tout à la fois. L'étonnement jaillit de la coïncidence aperçue entre certains thèmes du contractualisme rawlsien et la jurisprudence française, par exemple le rejet du dogme de l'efficience. Plus familière est la convergence des critères jurisprudentiels retenus aux États-Unis et en France, notamment cette insistence sur l'égalité d'accès à l'information.⁸⁰ Une sorte de prescience, inspirée par la *praesumptio similitudinis* dont font état MM. les professeurs Konrad Zweigert et Hein Kötz,⁸¹ autorisait, en effet, le comparatiste à deviner une identité de résultats sous ce rapport, étant entendu que les systèmes juridiques occidentaux répondent généralement aux questions qui les retiennent au moyen de solutions fonctionnellement identiques.

Mais, il serait erroné de conclure à l'inaffabilité de la méthode heuristique prônée par Zweigert et Kötz. Ainsi un examen de la jurisprudence anglaise révèle que l'obligation pré-contractuelle de renseignement n'y est reconnue, au mieux, que de façon tout à fait embryonnaire.⁸² A l'instar d'Eugène Scribe, certain justiciable serait tenté d'affirmer: «Oui . . . l'air de France est mauvais pour les secrets . . . il est trop vif, trop léger . . . voilà pourquoi je préfère celui d'Angleterre, qui est plus épais, plus sombre.»⁸³ Et c'est une ironie de cette matière que de constater qu'il y a davantage en commun entre le droit français — système juridique de tradition civiliste — et le droit américain qu'entre ce dernier et le droit anglais — deux systèmes juridiques issus de la tradition de *common law*. Les ressemblances ne sont pas toujours où l'on pense.

*
* * *

⁸⁰ Voir notre étude, *supra*, note 2 aux pp. 338-41.

⁸¹ Voir K. Zweigert et H. Kötz, *AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW*, 2e éd., t. I: *THE FRAMEWORK*, Oxford, Oxford University Press, 1987 à la p. 36.

⁸² Voir notre étude, *supra*, note 2, *passim*.

⁸³ E. Scribe, *La reine d'un jour* dans *THÉÂTRE DE EUGÈNE SCRIBE*, t. III, Paris, Lévy, 1856, act. I, sc. xii.

