

Commentaire d'arrêt – *Girouard c Druet* – Peut-on Acheter un Condominium par Courriel?

Andréa Ouellet*

Dans le jugement majoritaire rendu dans l'affaire *Girouard c Druet*, les juges de la Cour d'appel ont indiqué que la question qui retiendrait l'attention dans cette affaire serait celle de savoir si l'on peut ou non conclure un contrat valable pour la vente d'un bien réel par le moyen de correspondance électronique (en l'espèce, par courriel)¹. Cependant, comme il est souvent le cas en common law, l'affaire est un peu plus complexe et soulève plus d'une question.

Les faits de l'affaire

Le demandeur, M. Girouard, voulait acheter une unité condominiale à la défenderesse, Mme Druet. Après une conversation initiale au téléphone, les parties ont convenu de communiquer par courriel. Selon le demandeur, les parties en seraient venues à une entente par courriels; selon la défenderesse, les parties n'avaient pas conclu de contrat valide. La Cour doit donc déterminer s'il existe un contrat d'achat-vente valide entre le demandeur, M. Girouard, et Mme Druet.

La décision de première instance

Le juge Rideout, de la Cour de Banc de la Reine, a décidé que les parties avaient conclu un contrat d'achat-vente valide pour la vente de l'unité condominiale appartenant à Mme Druet². Il a donné raison à M. Girouard, le demandeur. Le juge Rideout a énuméré les éléments jugés « essentiels » pour la formation d'un contrat valide en matière de transactions immobilières et il a déterminé la présence de chacun de ces éléments. Il a par la suite discuté de la question qui semble plus problématique, ou du moins plus novatrice, soit celle de savoir si le moyen utilisé, c'est-à-dire la correspondance électronique, pouvait empêcher de qualifier le contrat

* Professeure, Faculté de droit, Université de Moncton.

¹ 2012 NBCA 40 au para 2, [2012] ANB no 136 (QL). Voir Kendyll Sebaska, « You Can Sell Property Via E-mail, N.B. Court Rules » (27 avril 2012), en ligne: Canadian Lawyer, www.canadianlawyermag.com.

² 2011 NBBR 204 au para 26, [2011] ANB no 260 (QL), 379 NBR (2d) 1.

d'«écrit» tel que l'exige la Loi relative aux preuves littérales³. Le juge Rideout a aussi examiné la question de la validité de la signature « électronique » pour déterminer si le contrat en l'espèce comportait une signature valide sous le régime de cette Loi. Pour répondre à ces deux questions, le juge de première instance a tenu compte de la Loi sur les opérations électroniques⁴ et de l'article 38 de la Loi d'interprétation⁵ de la province, qu'il a appliquée.

Les éléments essentiels d'un contrat d'achat-vente d'un bien réel sont bien connus. À première vue, le juge de première instance ne semble avoir fait aucune erreur lorsqu'il a décidé que les éléments étaient présents en l'espèce. On avait argumenté que les parties n'avaient pas convenu de la date précise de la clôture. Règle générale, cependant, la date n'est pas qualifiée d'élément « essentiel » d'un contrat d'achat-vente, à moins que les parties ne le précisent clairement dans leur contrat. Si la date de clôture n'est pas expressément qualifiée de condition essentielle dans le contrat, les tribunaux exigeront que la clôture ait lieu dans un délai raisonnable⁶. Pour ce qui est de l'absence d'un dépôt, comme l'a fait remarquer le juge Rideout, le versement d'un dépôt n'est qu'une coutume et non un élément essentiel du contrat d'achat-vente. Finalement, le juge de première instance a expressément rejeté l'argument de la défenderesse voulant que l'offre de faire rédiger un document plus formel de la part de M. Girouard constitue une preuve que les parties n'avaient pas encore atteint le consensus requis pour conclure un contrat valide⁷. En se fondant sur la preuve qui lui avait été présentée, le juge Rideout a conclu que les négociations avaient pris fin et que les parties avaient conclu un contrat valide avec l'acceptation de Mme Druet dans un de ses derniers courriels, dans lequel elle a écrit : « Excusez-moi d'avoir mis du temps à vous répondre. J'y ai pensé et je vais accepter votre offre. Comment voulez-vous procéder? »⁸

Selon le juge de première instance, « l'acceptation était claire »⁹. Il ne tient pas compte d'un prochain courriel envoyé par la défenderesse, daté du même jour, qui indique qu'elle est revenue sur sa décision après une discussion avec un tiers (son compagnon) qui se disait insatisfait du prix. Le juge ne s'arrête pas sur ce

³ LRNB 1973, c S-14, art 1(d).

⁴ LNB 2001, c E-5.5, aujourd'hui LRNB 2011, c 145.

⁵ LRNB 1973, c I-13.

⁶ J Victor Di Castri, *Law of Vendor and Purchaser: The Law and Practice Relating to Contracts for Sale of Land in the Common Law Provinces of Canada*, 3e éd, Toronto, Carswell, 1988 à la p 1-8.

⁷ *Supra* note 2 au para 16. Le juge cite un long passage de l'ouvrage de Di Castri, *ibid*.

⁸ *Ibid* Il s'agit du courriel identifié comme suit : « le 25 octobre 2010 14:57:01 », para 3 de la décision de première instance.

⁹ *Ibid* au para 17.

dernier courriel, étant d'avis que les parties se sont déjà engagées par un contrat valide d'achat-vente.

Le juge Rideout avait-t-il raison de trancher en faveur de la validité du contrat entre les parties dans cette affaire? La réponse n'est pas évidente; plusieurs questions demeurent, et celles qui nous intéressent et qui touchent davantage les transactions immobilières sont celles de savoir si un ou plusieurs courriels peuvent servir de preuve écrite sous le régime de la Loi relative aux preuves littérales et si la cour doit tenir compte du media dans son analyse et son application des critères relatifs à la validité d'un contrat. Faut-il tenir compte du moyen de communication utilisé par les parties et se montrer plus exigeants lorsque les parties utilisent des moyens de communication nouveaux et avec lesquels elles ont peu d'expérience?

La décision de la Cour d'appel

Dans un jugement rédigé conjointement, les juges Robertson et Richard ont infirmé la décision de première instance en se fondant sur une analyse quelque peu différente de celle du juge de première instance. Ils ont conclu qu'il n'existait aucun contrat valide entre les parties à l'instance. Les juges qui ont signé ce jugement ont eux-mêmes souligné l'importance de la décision en tant que précédent sur la question de la rédaction de contrats de vente de biens réels par courriel :

Du point de vue de l'avocat, la valeur de précédent de la présente instance pourrait être considérable. Les interactions entre les contrats, les courriels, les obligations de mise par écrit et les signatures électroniques ne relèvent plus uniquement de la simple curiosité lorsque la Loi relative aux preuves littérales est placée en regard de la Loi sur les opérations électroniques [...]¹⁰.

La décision est détaillée et les juges se sont penchés sur le fond de l'affaire après que la défenderesse, qui n'avait pas eu gain de cause en première instance, ait obtenu le droit d'interjeter appel de la décision interlocutoire en vertu de la règle 62.21(1) des Règles de procédure du Nouveau-Brunswick. L'aspect procédural pourrait sans doute faire l'objet d'un commentaire distinct. Relativement à la question qui nous intéresse, il suffit de faire remarquer que l'absence de preuve détaillée peut avoir eu des conséquences sur la conclusion de l'affaire¹¹.

¹⁰ *Supra* note 1 au para 2.

¹¹ *Ibid* au para 22. Les juges sont d'avis que « [l]es faits essentiels ne sont pas contestés ».

Les circonstances de l'espèce

Selon les juges de la Cour d'appel, il y a lieu d'examiner les circonstances spéciales des négociations des parties en faisant une analogie entre la communication par courriel et la communication par téléphone :

L'autre façon d'aborder la question consiste à considérer les courriels comme étant l'équivalent de conversations téléphoniques enregistrées qui révèlent la mesure dans laquelle les parties avaient entrepris des discussions officieuses susceptibles de donner lieu à un contrat solennel et obligatoire. À notre avis, ce dernier point de vue correspond davantage aux attentes raisonnables du consommateur d'aujourd'hui [...] ¹².

Certains pourraient voir dans cette comparaison une perception quelque peu négative de la part de la Cour d'appel relativement à la correspondance par courriel et autres moyens électroniques. Si la Cour d'appel semble reconnaître la possibilité de conclure des contrats par le moyen de courriels, il ne fait aucun doute qu'elle ne cherche pas à encourager la pratique. On peut mettre en doute le bien-fondé de l'analogie entre la correspondance par moyen électronique et la conversation téléphonique et se demander si cette analogie doit servir dans l'analyse des questions juridiques qui nous intéressent ici. Premièrement, si l'objectif est de démontrer le manque de formalisme et de réflexion de la part des parties, on devrait sans doute prendre comme référence le message texte sous toutes ses formes, qui s'apparente davantage aux conversations téléphoniques informelles et spontanées entre amis ou entre connaissances. Le courriel, pour sa part, est plus souvent utilisé en milieu de travail et, de façon générale, dans des circonstances où l'on veut documenter la communication, c'est-à-dire dans le domaine des affaires. Dans certains milieux, le courriel semble en voie de remplacer la lettre, et il semble être perçu comme un moyen de communication plus « formel » que la conversation par téléphone ou par texte. Le courriel est utilisé de façon générale pour des communications en affaires, y compris celles entre un avocat et son client, et il existe des moyens pour en assurer la confidentialité; son utilisation est devenue courante comme moyen de communication acceptable pour transiger des affaires ¹³. Deuxièmement, il existe d'autres caractéristiques qui peuvent servir à distinguer entre les courriels et les

¹² *Ibid* au para 41.

¹³ *GRI Simulations Inc c Oceaneering International Inc*, [2010] NJ no 155 (QL) aux para 22 et 23. Le courriel semble être un choix plutôt intuitif lorsqu'on veut documenter une entente : *Salminen c Garvie*, [2011] BCJ no 465 (QL). L'affaire porte sur une entente de séparation, qui n'avait pas à être constatée par écrit. Cependant, les courriels ont permis de démontrer le « consensus » auquel étaient arrivées les parties, et ce malgré l'intention exprimée de transcrire leur entente dans un document plus « formel ». Le demandeur aurait donc pu exiger l'exécution de l'entente, mais il avait accepté la répudiation de l'entente de la part de son ex-conjointe. Voir aussi *Leopky c Meston*, [2008] AJ no 55 (QL), où l'entente de séparation visait le partage d'un bien réel, et où la Cour aurait accepté la correspondance par courriel comme une preuve « écrite » suffisante pour satisfaire aux exigences de la loi applicable.

conversations téléphoniques, dont, par exemple, l'instantanéité de la conversation téléphonique. Aussi, en discutant de la question relative au critère de l'acceptation dans une situation de contrat, règle générale, on ne retient pas l'analogie entre le courriel et la communication par téléphone :

In some cases, an electronic message can be delayed for hours. Acceptances sent electronically are thus more akin to acceptances by regular mail than to acceptance by means of communication, such as telephone, that are “substantially instantaneous” and “two-way”. Consequently, the mailbox rule should apply, given the nature of electronic communication- fast mail in effect, but not instantaneous mail¹⁴.

Les juges de la Cour d'appel ont souligné le manque de réflexion et les circonstances particulières qui, selon eux, ont marqué les négociations des parties dans l'espèce¹⁵ :

La notion voulant qu'une personne puisse passer au crible une série de courriels, identifier les trois éléments essentiels, trouver une signature qui satisfasse à la Loi sur les opérations électroniques et, corrélativement, à la Loi relative aux preuves littérales, et demander ensuite à la Cour de combler les lacunes en ajoutant les clauses contractuelles nécessaires n'est pas conforme aux attentes raisonnables du consommateur type actuel. Il y a encore des situations où les formalités comptent. L'achat d'une maison en est une [...] ¹⁶.

La preuve factuelle est peut-être incomplète. La date du premier contact entre les parties semble être le 22 octobre, soit trois jours avant le courriel de Mme Druet à M. Girouard dans lequel elle dit accepter une offre d'achat pour son condominium¹⁷. En se fiant aux dates des courriels qui sont reproduits dans la décision, on pourrait argumenter que les négociations dans cette affaires se sont déroulées sur plus d'une journée. En d'autres mots, il semble que les parties ont eu tout le loisir pour bien réfléchir à leur entente¹⁸. Bien des conventions d'achat-vente

¹⁴ Valerie Watnick, « The Electronic Formation of Contracts and the Common Law “Mailbox Rule” (2004) 56 Baylor L Rev 175.

¹⁵ Il est vrai que l'action de signer un contrat formel de plusieurs pages pourrait assurer une plus grande réflexion, et peut-être davantage de précaution, que le fait de répondre à un simple courriel, et ce surtout si la personne correspond régulièrement à l'aide de courriels : Ryan A Ray, « You've Got Mail... But Do You Have a Contract?: Does an E-Mail Satisfy the Arkansas Statute of Frauds? » 60 Ark L Rev 707 aux pp 719-720.

¹⁶ *Supra* note 1 au para 4.

¹⁷ *Ibid* aux para 6 et s.

¹⁸ *Girouard c Druet*, *supra* note 1 au para 6. En effet, le premier contact a eu lieu le 22 octobre, par téléphone, et la correspondance par courriel a débuté avec un premier courriel de la défenderesse daté du 24 octobre 2010. Il s'en est suivi une série de six courriels au cours de deux journées.

sont signées dans des conditions plus pressées et avec moins d'occasion de réfléchir. Rare est le vendeur immobilier qui cherche à convaincre l'acheteur éventuel de prendre quelques jours de réflexion avant de faire une offre.

Qui plus est, on ne peut pas regrouper en une seule catégorie toutes les situations de négociation en ligne. Il faudrait distinguer les circonstances d'un contrat rédigé sous format électronique et du commerce électronique; les différences entre les faits de l'espèce et des situations de commerce électronique nous paraissent nombreuses et importantes. Dans le cas du commerce électronique, par exemple, le media joue un rôle plus important¹⁹ :

One feature that distinguishes online methods of communication from traditional media is that software now assumes an instrumental role in constituting agreements. If the buyer intends to make a purchase online, he will need to engage with the code. The software interprets the steps in the negotiations purely on the basis of the clicks made by the buyer. If the buyer does not communicate the range of predicted responses, either the process will cease or a new range of options will be presented for consideration. [...] Refusal to assent to the terms will lead to the termination of the transaction²⁰.

Le consommateur qui entreprend de faire l'achat d'un produit en ligne et qui se trouve obligé à communiquer, ou « négocier », avec un programme informatique qui le guide vers la conclusion du contrat est sans doute dans une situation qui exige une analyse différente que la situation dans laquelle se trouvaient les parties en l'espèce. Pour ce qui est du véritable « commerce électronique », certains sont d'avis que de telles situations exigeraient que l'on reconsidère en profondeur les règles traditionnelles et fondamentales du contrat²¹. Mais telle n'est pas la situation en l'espèce. C'est pourquoi il ne paraît pas nécessaire d'assurer une plus grande protection à la personne qui opte pour une correspondance électronique plutôt que celle sur un bout de papier. Dans une négociation entre deux parties de force égale, le media a peu d'influence. Alors pourquoi insister sur un formalisme qui a été abandonné depuis des décennies :

Legal writing requirements serve many purposes. Nevertheless, since the basic function of writing is to provide a record of information that may be reproduced and read, an electronic record with the same core functionality should be treated as equivalent. Similarly, since paper documents need not have particular attributes of reliability, authenticity, integrity, security,

¹⁹ En anglais, « electronic commerce », ou « e-commerce ». Voir Joseph Savirimuthu, « Online Contract Formation: Taking Technological Infrastructure Seriously » (2005) 2 UOLTJ 105 (QL).

²⁰ *Ibid* au para 57.

²¹ *Ibid* au para 59.

confidentiality or durability to have legal effect, there is no reason in principle to impose stricter requirements on electronic writings²².

La forme de correspondance choisie par les parties a influencé la Cour dans cette affaire; il semble évident que les juges y voient une circonstance nouvelle, pour ne pas dire exceptionnelle. Cependant, en bout de ligne, les principaux motifs sur lesquels se sont fondés les juges de la Cour d'appel ne portent pas directement sur la forme du contrat, ou le moyen de communication « électronique » utilisé par les parties. Ils se sont plutôt arrêtés sur les éléments essentiels à la formation d'un contrat, et plus particulièrement sur la question de l'intention des parties. Dans le jugement, les juges reprennent les éléments essentiels d'un contrat, mais en examinant de plus près l'intention et les preuves de l'intention qui sont exigées pour pouvoir conclure à l'existence d'un contrat valide. En première instance, le juge Rideout s'était fondé sur un assez long passage cité de l'ouvrage de Victor Di Castri, sommité en matière de transactions immobilières, ainsi que sur les éléments de preuve à sa disposition; selon lui, l'intention ne faisait pas de doute²³.

Règle générale, le critère applicable pour déterminer l'intention de conclure un contrat exige qu'une personne raisonnable au courant des mêmes faits que les parties conclurait que les parties ont conclu un contrat valide :

[T]he test of whether or not there is a contract does not depend upon the parties' subjective understanding. Rather, it depends upon what an objective reasonable bystander would conclude based on all of the material facts. If it is shown that the parties reached a meeting of the minds and « that the parties intended to contract and the essential terms of that contract can be determined with a reasonable degree of certainty », the law will find a contract [...]²⁴.

Cependant, en se fondant sur ce critère, les juges Richard et Robertson en sont venus à la conclusion que l'intention de conclure un contrat était loin d'être

²² Bradley J. Freedman, « Electronic Contracts Under Canadian Law – A Practical Guide » (2000) 28 Man LJ 1 (QL) au para 86; Shawn Pompian, « Is the Statute of Frauds Ready for Electronic Contracting? » 85 Va L Rev 1447 à la p 1452 et s; et Nathan A Huey, « E-Mail and Iowa's Statute of Frauds: Do E-Sign and UETA Really Matter? » 88 Iowa L Rev 681 à la p 704. Voir aussi la Loi sur les opérations électroniques, LRNB 2011, c145, art 7.

²³ *Supra* note 2 au para 15, où le juge discute des éléments essentiels d'un contrat de façon plus générale et mentionne l'offre et l'acceptation, sans toutefois s'arrêter à ces principes fondamentaux dont la présence lui semblait peut-être plus évidente.

²⁴ *Leopky c Meston*, [2008] AJ no 55 (QL), où l'on semblait disposé à reconnaître l'entente négociée par courriel, dans la mesure où l'on aurait pu faire la preuve du contenu. Voir aussi S M Waddams, *The Law of Contracts*, 5e éd, Aurora, Canada Law Books, 2005 aux pp 28 et s.

évidente en l'espèce. C'est là, nous le verrons, que la forme (et le manque de formalités) du contrat semble prendre de l'importance :

Il ne d'agit pas ici d'une opération commerciale au titre de laquelle la loi imposerait une présomption réfutable d'intention d'établir des rapports contractuels obligatoires. Il s'agit d'une transaction de consommateur concernant la vente d'un bien à usage d'habitation et au titre de laquelle des négociations ont été tenues dans le cyberspace sans l'intervention ou le concours de professionnels [...]²⁵.

Et plus loin, on trouve des observations qui vont dans le même sens et qui démontrent bien l'importance que prend le format novateur du contrat dans cette affaire :

Et pour en revenir à ce qui a été dit plus tôt, on s'étonne de ce que le contrat type en vue de l'achat et de la vente d'un bien à usage d'habitation puisse compter deux pages ou plus d'un texte à simple interligne et de ce que la common law n'exige pourtant que la seule mention des trois éléments essentiels sur une serviette de table, les tribunaux demeurant quant à eux persuadés de pouvoir combler les lacunes apparentes. Si l'apparence de vraisemblance dans la façon d'aborder la décision judiciaire n'est pas vide de sens, le droit devrait reconnaître une présomption d'absence d'intention de créer un contrat obligatoire dans des circonstances comme celles qui nous occupent en l'espèce²⁶.

Les juges de la Cour d'appel se sont aussi arrêtés à la mention qu'a faite l'acheteur à la rédaction future d'un contrat formel :

Il faut examiner toutes les circonstances de l'espèce. Cela comprend le courriel de M. Girouard à Mme Druet dans lequel il dit qu'il était disposé à faire rédiger un projet de convention d'achat-vente afin qu'elle l'examine. Pour formuler les choses à l'avantage de Mme Druet, le courriel pertinent pourrait être assimilé à une clause qui serait ainsi rédigée : « [TRADUCTION] « sous réserve de la rédaction d'un contrat solennel pour examen par le vendeur ». Ce genre de clause nous amène à nous demander si la préparation du contrat solennel dénote une intention de différer le caractère exécutoire d'une convention jusqu'à ce que le document officiel soit signé [...].

²⁵ *Supra* note 1 au para 4.

²⁶ *Ibid* au para 41.

[L]'insertion de l'expression « sous réserve de contrat » suffit pour soulever la question de savoir s'il y avait une intention immédiate d'établir des rapports contractuels obligatoires [...]²⁷.

Or, s'il s'agit d'un fait dont il faut tenir compte, on pourrait argumenter qu'il ne devrait pas être déterminant. Le seul fait de s'entendre pour la rédaction éventuelle d'un document formel n'est pas une preuve décisive de l'absence d'un contrat déjà conclu:

Where there is a memorandum evidencing a final and complete agreement, the mere fact that the parties have also expressly stipulated for a more formal document being prepared and executed later does not, by itself and in the absence of any uncertainty as to the essential terms of the contract, manifest an intention to continue negotiations²⁸.

Il n'est pas facile de déterminer l'intention des parties. Qui plus est, on doit quand même tenir compte de certains faits importants. L'offre de faire rédiger un contrat formel a été faite après la soi-disant « acceptation » déjà communiquée de la part de Mme Druet, la défenderesse, au demandeur, M. Girouard.²⁹ Selon les juges de la Cour d'appel, ce fait n'est pas déterminant, puisque l'on doit tenir compte de toute la correspondance entre les parties :

Cette décision est importante pour les fins de la présente instance parce que l'offre de M. Girouard de faire préparer un projet de contrat afin que Mme Druet puisse l'examiner a été faite après que celle-ci lui a fait part de son consentement au prix d'achat. Si nous appliquons l'arrêt Langley Lo-Cost Builders Ltd [2000] BCCA 365], la recherche de l'intention ne doit pas se limiter aux quatre courriels à l'issue desquels Mme Druet se dit disposée à accepter la contre-offre de M. Girouard. Nous devons examiner les sept courriels afin de déterminer, suivant une norme objective, si la mention de la rédaction d'un document en bonne et due forme témoignait de l'intention des parties de ne pas être déjà obligées par contrat l'une envers l'autre³⁰.

²⁷ *Ibid* aux para 43, 44 et 51.

²⁸ Di Castri, *supra* note 6 à la p 4-29, qui cite notamment les propos du juge Judson dans l'affaire *Calvan Consol Oil & Gas Co c Manning* (1959), 17 DLR (2d) 1 (CSC). *Supra* note 2 au para 16 (le juge Rideout cite ce passage de Di Castri dans son jugement). Voir aussi *Mason Homes Ltd c Oshawa Group Ltd.*, [2003] OJ no 3826 (QL), conf par [2005] OJ no 4344 (QL), et *Salminen c Garvie*, *supra* note 13 au para 32.

²⁹ *Supra* note 1 au para 11 : « Dans la demi-heure qui a suivi l'envoi des courriels susmentionnés, M. Girouard a répondu à Mme Druet. Il a laissé entendre pour la première fois qu'un projet de convention d'achat-vente serait préparé et a proposé une date de clôture possible pour l'opération [...] »

³⁰ *Ibid.* au para 49.

On remarquera que ce n'est pas Mme Druet qui insistait pour faire préparer un contrat « en bonne et due forme »; l'offre de faire rédiger un contrat formel a été faite par le demandeur, M. Girouard, qui, à cet instant, semblait croire fermement qu'ils avaient conclu un contrat valide³¹. Selon la décision de la Cour d'appel, il s'agit d'une preuve que l'intention d'être lié par contrat n'était pas mutuelle. Or, si M. Girouard n'avait pas offert de faire rédiger un contrat formel, le contrat par courriel aurait-il été reconnu comme un contrat valide pour autant? On peut aussi se demander quelle aurait été la réaction de Mme Druet si M. Girouard l'avait informée, après son avant-dernier courriel (du 25 octobre, envoyé à 18h37), qu'il ne voulait pas, après tout, acheter le condominium. Aurait-elle cru qu'elle était en mesure de le poursuivre? Certains argumenteraient que oui.

Comme l'a fait remarquer la Cour, c'était la première fois qu'un contrat relatif à la vente de biens réels « rédigé » sous forme électronique se retrouvait devant la Cour d'appel de cette province. Comme elle l'a aussi fait remarquer, ce ne sera sûrement pas la dernière, puisque des transactions de tous genres se font à l'aide d'un moyen électronique ou d'un autre³². Ce n'était donc qu'une question de temps avant que les tribunaux doivent en trancher la validité.

Le contrat en ligne et les formalités essentielles

Peut-on conclure un contrat d'achat-vente d'un bien réel par courriel? Si oui, quels sont les critères applicables dans de telles circonstances? La décision est intéressante en partie parce qu'elle énumère, et discute, les éléments dont il faut alors tenir compte.

Alors que l'on peut négocier et conclure un contrat de vente de biens réels de manière informelle, et verbalement, il est bien établi depuis longue date qu'il faut en avoir conservé une preuve écrite si l'on veut éventuellement poursuivre en se

³¹ La mention d'un contrat formel futur devient une condition suspensive du contrat dans la mesure où la disposition est insérée dans le contrat lui-même : « the writing must constitute a signed admission that there was a contract and what that contract was. These admissions are not present in a writing which contains the subject to contract », Di Castri, *supra* note 6 aux pp 4-1 et 5-51, au para 199.

³² Mark Lewis, « Digital Signatures: Meeting the Traditional Requirements Electronically - A Canadian Perspective » (2002) 2 *Asper Rev. of Int'l Bus and Trade Law* 63. L'auteur commence son commentaire en faisant remarquer qu'à la date de publication de son article (il y a déjà une décennie), il se faisait approximativement un billion (ou un million de millions) de dollars de vente par commerce électronique, toutes catégories confondues. On ne peut plus parler de tendance, mais bien de coutume établie. *Girouard c Druet*, *supra* note 1 au para 26 (on renvoie à cet article dans la discussion sur la question de la signature sous forme électronique).

fondant sur l'entente à laquelle on est arrivé. La Loi relative aux preuves littérales du Nouveau-Brunswick l'exige clairement :

1 Il ne peut être intenté d'action

[...]

d) sur la base d'un contrat, d'une vente de biens-fonds ou de tout droit y afférent,

[...]

que si la convention qui donne lieu à l'action est constatée par un écrit ou que s'il en existe un mémoire ou une note et que si la convention, le mémoire ou la note porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée ou de toute autre personne autorisée par elle³³.

La loi ne précise pas le format de l'écrit; il faut simplement que cet écrit puisse servir de preuve de l'entente. En l'espèce, le média utilisé pour le contrat est nouveau, et il reste à voir quelle importance accorder à ce facteur, et pourquoi. Donc, l'aspect du jugement qui nous intéresse davantage porte sur les propos des juges de la Cour d'appel lorsqu'ils discutent de la nature du courriel, comme par exemple dans le paragraphe suivant :

Le tiers raisonnable sait également que l'échange de courriels constitue une esquisse de cadre contractuel conçue sans le secours de conseils professionnels. En résumé, les courriels ne correspondent pas au genre de conventions détaillées qui ont amené certains tribunaux à conclure que la passation d'un document solennel ne remplirait aucun[e] fin valable si ce n'est donner à une des parties une faible excuse, sur le plan juridique, pour renier une entente³⁴.

Exige-t-on un contrat d'achat-vente formel pour la conclusion d'un contrat valide relatif à un bien réel? Non, on ne le fait pas dans les circonstances ordinaires, où le contrat n'implique pas l'utilisation de moyens électroniques de communication. Il n'existe pas de forme reconnue pour qu'un contrat d'achat-vente soit valide :

[a]s even the oddest document may, it would seem, qualify as an agreement of sale and purchase, and as the character of a contract is determined by its provisions and not its label [...]³⁵.

³³ Loi relative aux preuves littérales, *supra* note 3 à l'art 1.

³⁴ *Supra* note 1 au para 50.

³⁵ *Guitard c Poirier* (1979), 25 NBR (2d) 697 (QL), CarswellNB 122, et *Di Castri*, *supra* note 6 à la p 1-3 : « The court seeks not the intention of the parties, but only evidence under the hand of one of the parties to the contract that he entered into it. » Voir aussi *ibid.* à la p 5-14 au para 185A; *Mason Homes Ltd c Oshawa Group Ltd.*, [2003] OJ no 3826 (QL), conf par [2005] OJ no 4344 (QL), qui démontre clairement l'importance des faits et de la crédibilité des parties dans une telle cause.

Et encore :

A memorandum sufficient to satisfy the statute may be in any form, informality is immaterial if the essential terms appear expressly or by necessary inference³⁶.

L'écrit n'étant que la preuve écrite de l'entente des parties, aucune forme spéciale n'est exigée. Il est bien reconnu que la forme de l'écrit comme telle a peu d'importance. L'essentiel est de déterminer l'intention des parties :

[w]here no particular mode of acceptance is expressly required, the offer may be accepted in the manner to be implied from the nature of the offer and the surrounding circumstances. For example, in the case of an offer in writing made through a real estate broker or salesman, the normal and usual mode of acceptance is in writing. When the parties have previously communicated by telephone and correspondence, a telephone message may be a proper method of acceptance. [...]

It has been held that a purchaser's cheque in the amount of \$600 and made payable to the vendor with the following words written on the back thereof was sufficiently complete to evidence a contract enforceable under the statute: "Down payment on Parcel of Land at end of Minn. St. 165 x 245 Except Part S. East of Small Water-Course- Purchase Pr. \$6000"³⁷.

En l'espèce, la Cour a consacré beaucoup d'espace à la forme du contrat. Or, y a-t-il lieu d'examiner de plus près le contrat, et la forme de l'écrit, dans ces circonstances ou dans des circonstances semblables, où deux parties choisissent d'utiliser le courriel comme moyen de communication et décident d'y inscrire l'essentiel de leur entente³⁸? Certains répondront par l'affirmative; d'autres argumenteront qu'il faut présumer qu'il appartient aux parties de choisir la forme qui leur convient et, une fois le contrat conclu, on devrait accepter que la forme du contrat en soi ne peut pas servir d'argument pour en contester la validité. Pour ceux-

³⁶ Di Castri, *supra* note 6 à la p 4-27; voir la jurisprudence citée, dont *Fysh c Armstrong* (1913), 3 WWR 747 (une affaire qui portait sur une correspondance par télégramme), et *ibid* à la p 4-28, où l'on cite une décision qui a reconnu comme preuve suffisante du contrat une correspondance qui avait pour objet de le répudier. Aussi, *ibid* à la p 5-4 au para 176, où l'on reconnaît la possibilité de conclure un contrat par correspondance.

³⁷ *Ibid* à la p 4-2.

³⁸ N'importe quel type d'« écrit » peut servir de preuve du contrat, dans la mesure où les éléments essentiels s'y retrouvent; Bryan D. Grayton « Canadian Legal Issues Arising From Electronic Data Interchange » (1993) 27 UBCL Rev 257 (QL). L'année de publication de cet article et d'autres semblables démontre bien que les questions soulevées dans cet arrêt ont quand même fait l'objet de plusieurs études, et que l'utilisation des moyens de communication électronique date déjà de plusieurs années. À titre d'exemple : Pompian, *supra* note 22 à la p 1455.

ci, la question ne se pose plus : That the requirements for writing can be satisfied by electronic correspondence is clear, as well, from a number of decisions³⁹.

Les législateurs semblent être du même avis. Ayant prévu, dès le début du siècle, les incertitudes qui pourraient survenir devant les nouveaux moyens de communication électronique, et espérant sans doute éviter que les moyens de communication puissent servir à des arguments permettant de réfuter un contrat sur la base de la définition à donner au terme « écrit », la province du Nouveau-Brunswick, comme d'autres, a adopté la Loi sur les opérations électroniques⁴⁰. Cette loi semble vouloir annuler toute différence entre la preuve écrite sous format électronique et la preuve écrite sur papier. Dans les définitions, la Loi sur les opérations électroniques de 2001 établit la portée générale de ses dispositions :

« exigence légale » désigne une exigence imposée par une Loi du Nouveau-Brunswick, un règlement ou autre législation subordonnée établi en vertu d'une Loi du Nouveau-Brunswick, ou une exigence imposée par la common law;⁴¹

Pour que la Loi ne s'applique pas à une telle « exigence », il faudrait le prévoir dans les exceptions qui sont énoncées par règlement :

1(2) Les dispositions de la présente loi qui portent sur les exigences légales s'appliquent même si le droit
a) crée une obligation, ou
b) prévoit des conséquences pour avoir fait ou ne pas avoir fait quelque chose.

Et encore, pour que ce soit aussi clair que possible :

Effet juridique

6 Sous réserve de l'article 3, une information ne peut être privée d'un effet juridique ou de sa force exécutoire pour l'unique raison qu'elle est sous forme électronique.

³⁹ *Leopky c Meston* [2008] AJ no 55 (QL) au para 38 (on cite plusieurs exemples où l'exigence de la preuve écrite d'un contrat a été satisfaite par une correspondance « électronique »).

⁴⁰ Loi sur les opérations électroniques, supra note 4. La Loi est entrée en vigueur au Nouveau-Brunswick en 2002; on pourrait argumenter que la question avait donc déjà été étudiée il y a plus d'une décennie. La version appliquée dans l'arrêt est bien celle de 2001, malgré le fait que la Loi faisait partie de la révision de 2011. Le juge Rideout, de la Cour du Banc de la Reine, a tenu compte de ceci et a confirmé que la version de 2011 de la Loi n'aurait eu aucune conséquence sur l'affaire. La Cour d'appel a également confirmé ceci; supra note 1 au para 2.

⁴¹ Loi sur les opérations électroniques, LNB 2001, c E-5.5, définitions.

À priori, la forme électronique du contrat ne devrait pas être problématique. La Loi sur les opérations électroniques ne semble pas avoir comme but de modifier l'état du droit, mais semble plutôt vouloir annuler les conséquences qui pourraient découler du fait que les parties choisissent de communiquer leur intention par écrit, mais en utilisant un moyen de communication électronique.

Le bien vendu – l'objet du contrat

On s'est questionné sur la désignation du bien qui faisait l'objet du contrat allégué; les juges ont fait remarquer que les courriels n'incluaient aucune description de ce bien :

En effet, aucun des courriels ne décrit l'unité condominiale qui fait l'objet de la vente (l'unité no 203). Il est simplement question d'un condo [...]⁴².

Cependant, tel qu'il a été reconnu dans le jugement, il est bien établi que le contrat d'achat-vente n'a pas à inclure une description détaillée du bien. L'important est de pouvoir en arriver à identifier l'objet du contrat entre les parties :

L'intimé prétend en premier lieu que la description du terrain dans la convention rédigée par ses soins n'est pas assez précise pour répondre aux conditions de la Statute of Frauds.

Sur la question de la précision d'une description de terrain, c'est à la suite d'une longue évolution que les tribunaux en sont venus à juger qu'une note est suffisante aux fins de la Statute of Frauds. Les juges ont invariablement cherché à déterminer l'intention des parties et à y donner effet, malgré les lacunes du langage utilisé pour l'exprimer⁴³.

Il n'est pas interdit d'avoir recours à de la preuve extrinsèque s'il y a lieu de le faire pour bien identifier le bien à vendre :

Nevertheless, a sufficient certainty of description to enable the property to be identified may be found in the surrounding facts⁴⁴.

⁴² *Supra* note 1 au para 36.

⁴³ *Dynamic Transport Ltd c OK Detailing Ltd*, [1978] SCJ no 52 (QL); Di Castri, *supra* note 6 à la p 4-40, au para 161.

⁴⁴ *Ibid* à la p 4.40.1, au para 161.

En l'espèce, l'objet du contrat est clairement identifié. Pour les parties, comme pour le lecteur, il ne semble y avoir aucune ambiguïté sur le bien à vendre⁴⁵.

Un autre aspect sur lequel la Cour s'est arrêtée est le fait que l'acheteur n'avait pas visité le bien qu'il prévoyait acheter. Le fait a été mentionné à quelques reprises :

[n]i [l'acheteur] ni son épouse n'avaient jamais posé le pied dans le condominium et n'avaient donc aucune idée de l'état, bon ou mauvais, dans lequel il se trouvait. [...] L'acheteur type n'achète pas un bien existant sans l'avoir vu et le vendeur type ne s'attend pas à ce qu'il le fasse [...] ⁴⁶.

On revient sur la question vers la fin du jugement en ces termes :

Ce qui est plus important encore, ni M. Girouard ni Mme Girouard n'avaient vu l'unité condominiale de Mme Druet. M. Girouard était encore en train d'essayer de prendre des arrangements pour que son épouse visite le condo au moment où Mme Druet s'est retirée de l'opération. Aux yeux de tiers impartial, l'acheteur type n'achète pas un bien existant sans d'abord le voir [...] ⁴⁷.

Est-il possible d'acheter un bien réel sans l'avoir vu? Certainement, rien n'exige une inspection de la part de l'acheteur, bien que ce soit conseillé, pour protéger les intérêts de l'acheteur. Qui plus est, dans l'affaire qui nous intéresse, vu le peu de preuve factuelle, l'étendue des connaissances qu'avait acquises l'acheteur sur le condo à acheter n'est pas connue. Il avait parlé au locataire, et à la propriétaire lors de conversations téléphoniques. Il avait visité, avec son épouse, une unité située dans le même édifice que l'unité qu'il prévoyait acheter⁴⁸. Qui plus est, le condo avait été offert en location sur un site Web. Des sites comme le site Kijiji permettent l'affichage de photos, et on y trouve des biens réels à louer et à vendre. Certains sites Web offrent des descriptions très détaillées et de nombreuses photos de l'intérieur des maisons et des autres bâtiments. On peut même inclure une vidéo des pièces qui offrent une visite « virtuelle » des lieux. Il semble que la pratique d'offrir en location des biens réels par ce moyen n'est pas contestée⁴⁹. En outre, si un acheteur décide

⁴⁵ *Revoir Guitard c Poirier, supra* note 35.

⁴⁶ *Supra* note 1 au para 5.

⁴⁷ *Ibid* au para 51.

⁴⁸ *Supra* note 2 au para 4.

⁴⁹ *Richarson c RxHousins Inc*, [2010] NSJ no 631 (QL). En l'espèce, il semble que le demandeur ait découvert l'unité condominiale en question sur le site Kijiji, où Mme Druet avait choisi de faire sa publicité dans le but de louer la propriété.

d'acheter un bien réel sans avoir pris les précautions recommandées, il pourrait être argumenté qu'il lui appartient alors d'en assumer le risque. Cependant, il ne s'agit pas d'un critère relatif à la validité du contrat.

Le prix de vente

On s'est posé la question de savoir si le prix était fixé de manière suffisamment précise, puisque l'acheteur acceptait d'assumer une hypothèque déjà existante sur le bien :

Le tiers raisonnable sait que M. Girouard devait encore prendre connaissance des obligations qui lui incomberaient lorsqu'il [TRADUCTION] « assumer[ait] » l'hypothèque existante. Plus précisément, il ne connaissait pas le montant de l'hypothèque qu'il devrait assumer ni la lourdeur des clauses de l'hypothèque⁵⁰.

Il est vrai qu'il faut un élément de certitude sur le prix du bien et il est aussi bien reconnu qu'il suffit que les moyens de quantifier le coût final aient été convenus par les parties. Donc, dans des cas comme celui en l'espèce, où l'on fait référence à la prise en charge d'une hypothèque existante, on peut présumer que les parties savent qu'un prêt hypothécaire est assujéti à des intérêts, et l'absence de certains détails tels que l'échéancier du prêt hypothécaire ou les modalités des paiements n'est pas nécessairement fatale à la validité du contrat⁵¹. Si la question est importante, elle n'est pas facile à trancher en l'espèce, peut-être en raison du manque de preuve factuelle. Il n'est pas clair si les parties avaient discuté de l'hypothèque lors d'une conversation téléphonique⁵². En outre, tout dépend de l'intention des parties. La certitude relative au prix du contrat dépend de l'interprétation que l'on fait de leur intention, et la preuve factuelle peut être importante dans la détermination d'une telle question.

⁵⁰ *Supra* note 1 au para 51.

⁵¹ Di Castri, *supra* note 6 à la p 4-44, au para 163. Voir aussi *Peterson c Bitzer*, [1922] 1 WWR 141 et *Thomson Groceries c Scott*, [1943] OR 290. Aussi, Di Castri, *ibid* aux pp 5-51 à 5-54, au para 199 (l'auteur donne de nombreux exemples qui témoignent de l'importance d'examiner les faits de chaque cas).

⁵² *Burritt c Stone*, [1917] 3 WWR 978. et *Skoko c Chychrun Const Ltd* (1982), 23 RPR 262. En cas d'ambiguïté, on peut tenir compte des circonstances et de preuves extrinsèques pour mieux interpréter l'intention des parties.

La signature

On a remarqué, à la Cour d'appel, que le demandeur n'a pas inclus son nom à la fin de chaque courriel comme l'a fait la défenderesse, et le fait a été discuté dans la décision :

M. Girouard n'a jamais mentionné ni son nom de famille ni son prénom à la fin de ses courriels. Par conséquent, s'il avait décidé de se retirer de l'opération, il aurait vraisemblablement pu le faire sans engager sa responsabilité envers Mme Druet en invoquant l'al. 1d) de la Loi relative aux preuves littérales [...]⁵³.

L'article 1 de la Loi relative aux preuves littérales exige « que la convention, le mémoire ou la note porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée [...] »⁵⁴. La signature ne semble pas être exigée en tant que preuve de l'intention des parties, et il n'est pas essentiel que l'écrit porte la signature des deux parties :

The court seeks not the intention of the parties, but only evidence under the hand of one of the parties to the contract that he entered into it⁵⁵.

Il semble aussi clair que la signature exigée est celle de la partie qui conteste l'existence d'un contrat valide, en l'espèce, la défenderesse :

Where an agreement is so signed, the other party need not also sign it in order to enforce it, providing he is ready, willing and able to complete his part of the agreement⁵⁶.

Alors que la Cour du Banc de la Reine avait expressément reconnu que cet élément était conforme en l'espèce, la Cour d'appel ne tranche pas la question, puisque l'argument n'a pas été soulevé par les parties⁵⁷. Cependant, elle en discute et, malgré une certaine réticence, reconnaît la possibilité d'accepter comme preuve suffisante la présence d'un prénom, ou d'un nom, à la fin d'un courriel. Mais, encore une fois, la forme prend beaucoup d'importance :

⁵³ *Supra* note 1 au para 52.

⁵⁴ *Supra* note 3.

⁵⁵ Di Castri, *supra* note 6 à la p 4-1, et Waddams, *supra* note 24 à la p 165.

⁵⁶ *Ibid* aux pp 4-1 et 4-5. Voir aussi *Mills c Marriott* (1912), 3 WWR 841, autorisation d'appeler à la CSC refusée, [1912] SCJ no 52 (QL), et *Hudon c Cyr*, [1973] NBJ no 94 (QL), 6 NBR (2d) 711.

⁵⁷ La Cour d'appel a déterminé que la « question [...] n'est pas en litige », *supra* note 1 au para 24.

Dans le cas de la convention type sous forme électronique, le droit considérerait-il comme une signature valide le seul prénom ou nom de famille de la personne concernée? Par contraste, le droit en viendrait-il à la même conclusion s'il s'agissait, dans les faits, d'une série d'échanges de courriels? Les questions posées nous amènent à nous demander si la forme de l'écrit est aussi importante, ou plus importante, que la forme de la signature. Ensuite, nous ne pouvons pas ne pas nous demander s'il y a chevauchement entre l'intention d'authentifier le document et son contenu et l'intention d'établir des rapports juridiques⁵⁸.

Règle générale, les tribunaux se sont montrés très peu exigeants sur la forme de la signature dans le passé, et l'ajout d'un prénom à la fin d'une lettre, par exemple, semble suffire :

The signing of the memorandum by the party to be charged or his lawful agent need not be in any particular form, provided the signatory authenticates the whole of the writing and expressly or by necessary intentment recognizes it as a true exposition of his contract⁵⁹.

Cependant, alors que dans les circonstances, la question ne se posait pas directement, les juges Robertson et Richard ont raison de soulever certains problèmes relatifs à la signature qui pourraient se poser dans le cas d'un contrat sous forme électronique.⁶⁰ Il est vrai que dans certaines situations, la forme électronique du contrat pourrait permettre de mettre en doute la provenance, ou l'authenticité de la « signature » d'une des parties; on peut penser à l'interception d'un courriel ou d'un contrat sous format électronique par un tiers malveillant⁶¹. Il existe des mécanismes pour prévenir ce type d'interférence et pour s'assurer de la provenance de la « signature » électronique d'une partie, dont notamment le chiffrement, qui devrait, de toute manière, être utilisé dans le contexte de communications confidentielles, comme celles entre l'avocat et son client :

The answer to this dilemma lies in a « security procedure », defined as a methodology or procedure used for the purpose of (1) verifying that an electronic record is that of a specific person, or (2) detecting error or

⁵⁸ *Ibid* au para 30.

⁵⁹ Di Castri, *supra* note 6 à la p 4-49, au para 166.

⁶⁰ Lewis, *supra* note 32 au para 2. L'auteur fait remarquer que le simple manque d'uniformité dans le pays suffit pour créer de l'incertitude. Aussi, *Leoppky c Meston*, *supra* note 39 (une des parties avait utilisé l'adresse courriel d'une tierce partie).

⁶¹ Certains analystes accepteraient l'adresse courriel qui paraît dans l'en-tête de la communication comme « signature » car selon leur perception, il s'agit là d'une excellente preuve de la provenance, et de l'authenticité, de la communication : Nathan A Huey, « E-Mail and Iowa's Stature of Frauds : Do E-Sign and UETA Really Matter? » 88 Iowa L Rev 681, aux pp 704-705.

alteration in the communication, content, or storage of an electronic record since a specific point in time. While there are a number of security procedures available, the most developed and widely used procedure at present is that of the digital signature⁶².

Ce type de précaution est probablement utilisé davantage entre des parties plus averties, qui ont une certaine expérience des moyens techniques modernes. Il ne serait pas impossible d'imposer ce type de précaution aux agents immobiliers, à titre d'exemple. Cependant, pour le vendeur et l'acheteur ordinaire, comme en l'espèce, ce n'est pas ce qu'exige la Loi sur les opérations électroniques⁶³. Et il est peu probable que le consommateur ordinaire, auquel semblent penser les juges, apprenne à maîtriser ces moyens préventifs dans un proche avenir. Il nous faut donc déterminer le minimum qui puisse permettre à la Cour de reconnaître la validité de contrats d'achat-vente rédigés et signés sous forme de courriels, ou autre format électronique. Reste aussi à voir l'interprétation à donner à la disposition de la Loi sur le commerce électronique qui semble avoir comme but d'annuler toute conséquence majeure découlant du seul fait qu'un contrat prend la forme d'un document électronique :

Une information électronique satisfait à l'exigence légale portant qu'une information doit être consignée dans ou sur un même formulaire ou un formulaire qui est essentiellement le même⁶⁴.

Devrait-on exiger davantage dans les circonstances comme celles de l'instance devant la Cour? Selon certains auteurs, cela ne serait pas nécessairement souhaitable:

Since the basic function of a signature is to link the signatory with a particular document, an electronic signature with the same functionality and created with the requisite intention should be treated as equivalent. Similarly, since a signature on a paper document need not have particular attributes of reliability, authenticity, integrity, or security to have legal

⁶² Lewis, *supra* note 32 au para 22. Pour les communications avocat - client, Association du Barreau canadien, Renseignements complémentaires au Code de déontologie professionnelle – « Lignes directrices pour un exercice du droit conforme à la déontologie dans le cadre des nouvelles technologies de l'information », Ottawa, ABC, 2008.

⁶³ Loi sur les opérations électroniques, *supra* note 4, art 8. Ce qui doit constituer la signature d'une personne semble dépendre de l'intention qu'a la personne de considérer son nom, sous forme électronique, comme sa signature, et ce indépendamment de la méthode utilisée : *ibid* définition de « signature électronique » et art 11.

⁶⁴ *Ibid* art 8. Voir aussi Grayton, *supra* note 38.

effect, there is no reason in principle to impose stricter requirements on electronic signatures⁶⁵.

Selon les tribunaux qui ont eu à se pencher sur la question, la tendance semble être de reconnaître la signature d'une partie, indépendamment de la forme du contrat ou du média que les parties ont choisi, dans la mesure où elles ont fait preuve d'un minimum d'effort⁶⁶.

L'alternative serait l'équivalent d'exiger la présence d'une convention d'achat vente formelle, un peu comme on le fait pour l'acte de transfert, ce qui constituerait un recul qui paraît peu probable.

L'intention – une nouvelle présomption?

Comme on l'a vu, l'intention, ou l'absence d'intention d'être lié par contrat, est le motif sur lequel se fondent expressément les juges de la Cour d'appel. Dans leur analyse de la question de savoir si les parties avaient l'intention d'être liées par contrat, les juges discutent d'une présomption qui jouerait à l'encontre de la reconnaissance d'un contrat valide dans les circonstances. Selon eux, lorsque les parties négocient par courriels, ou utilisent des moyens techniques de communication rapides, elles doivent avoir le droit à une certaine protection de la part des tribunaux. Ils font l'analogie avec des circonstances où les parties se trouvent dans des positions de négociation inégales, c'est-à-dire où l'une des parties semble plus vulnérable que l'autre. On discute d'une présomption contre la conclusion d'un contrat valide en ces termes :

Cela nous amène néanmoins à nous demander si le droit serait mieux servi si l'on reconnaissait l'existence d'une présomption réfutable d'absence d'intention de cette nature dans des circonstances où il y a échange rapide de courriels entre deux consommateurs agissant seuls. Nous estimons justifié de répondre à cette question par l'affirmative. Une présomption de cette nature s'accorde avec ce que nous estimons être l'opinion populaire qui veut qu'en général, un échange de courriels soit assimilable à des négociations préliminaires qui peuvent mener à la signature d'un contrat solennel et obligatoire [...]⁶⁷.

⁶⁵ Freedman, *supra* note 22 au para 91. Voir aussi Grayton, *supra* note 38 aux para 45 et 46. La revue de cas dans ces textes permet de bien comprendre la distinction entre les faits de l'espèce et des situations plus complexes de commerce électronique.

⁶⁶ *Re Newbridge Networks Corp*, [2000] OJ no 1346, 48 OR (3d) 47.

⁶⁷ *Girouard c Druet*, *supra* note 1 au para 41.

Il pourrait être argumenté que la jurisprudence citée à l'appui de cette proposition découle de circonstances qui pourraient être distinguées de celles en l'espèce⁶⁸. En l'espèce, les circonstances « exceptionnelles » se limitent au fait que les parties ont choisi de correspondre par courriel. Les juges de la Cour d'appel rejettent expressément la comparaison entre la lettre et le courriel et décident que le courriel s'apparente davantage à la conversation téléphonique, ce qui, selon eux, justifierait une plus grande précaution. Il est évident que la Cour n'est pas à l'aise avec la formation d'un contrat d'achat-vente de biens réels sans formalités, et c'est l'argument qui, selon les juges de la Cour d'appel, justifierait l'application d'une présomption contre la validité du contrat dans de telles circonstances :

À notre avis, ce dernier point de vue correspond davantage aux attentes raisonnables du consommateur d'aujourd'hui. Et pour en revenir à ce qui a été dit plus tôt, on s'étonne de ce que le contrat type en vue de l'achat et de la vente d'un bien à usage d'habitation puisse compter deux pages ou plus d'un texte à simple interligne et de ce que la common law n'exige pourtant que la seule mention des trois éléments essentiels sur une serviette de table, les tribunaux demeurant quant à eux persuadés de pouvoir combler les lacunes apparentes. Si l'apparence de vraisemblance dans la façon d'aborder la décision judiciaire n'est pas vide de sens, le droit devrait reconnaître une présomption d'absence d'intention de créer un contrat obligatoire dans des circonstances comme celles qui nous occupent en l'espèce⁶⁹.

Pourtant, s'il est vrai que la rédaction d'un contrat d'achat-vente peut s'avérer une tâche relativement compliquée dans certaines circonstances, spécialement pour les personnes qui n'ont aucune formation juridique, il faut reconnaître que le contrat informel, ou rédigé sans l'avantage d'un formulaire spécial, a été reconnu il y a longtemps. Et dans les circonstances où le contrat d'achat-vente est constaté par un écrit informel, tel qu'une série de lettres, par exemple, il n'existe aucune présomption. Règle générale, on se limite à examiner la preuve et les faits pour déterminer, de manière aussi objective que possible, si les parties avaient l'intention de conclure un contrat valide⁷⁰.

⁶⁸ On cite l'arrêt *Massey Ferguson Ltd c Canada*, [1976] ACF no 196, une décision qui devait déterminer la nature véritable d'une entente qualifiée de « prêt » qui avait été conclue entre deux corporations, et ce dans le but d'en décider les conséquences en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu. Voir l'explication dans *Wong c Canada*, [2011] ACI no 44 (QL), au para 24. Il paraît clair qu'on exige davantage de formalités lorsqu'il s'agit de compagnies, et plus spécialement quand on a à trancher des questions en matière de fiscalité.

⁶⁹ *Girouard c Druet*, *supra* note 1 au para 41. Voir des propos semblables relativement au manque de formalisme, au para 37, *ibid.*

⁷⁰ *Waddams*, *supra* note 24 à la p 164.

Il peut y avoir lieu de prendre des précautions spéciales dans certaines circonstances, par exemple dans une situation de commerce électronique où le consommateur doit réagir aux consignes données par un programme informatique dont les différentes étapes dirigent la transaction de manière peu ou non négociable⁷¹. Dans de telles circonstances, et selon les critères qui restent à élaborer, il faudra déterminer si le consommateur visé mérite ou non une protection spéciale de la part des tribunaux :

[t]he question of binding commitment will boil down to a policy question of whether the law should now use as a benchmark the innocent-but-unsavvy internet surfer or the informed-and-calculating internet surfer intending to benefit at another's expense⁷².

Il va sans dire que si l'on considère que la personne raisonnable ordinaire est « naïve » devant les programmes informatiques qui jouent un rôle actif lors de certaines transactions, il faut reconnaître qu'elle a alors besoin d'une certaine protection vu l'inégalité des parties. En l'espèce, les juges tiennent compte du moyen de communication utilisé par les parties :

Il s'agit d'une transaction de consommateur concernant la vente d'un bien à usage d'habitation et au titre de laquelle des négociations ont été tenues dans le cyberspace sans l'intervention ou le concours de professionnels⁷³.

Cependant, dans l'affaire qui nous intéresse, il ne s'agit pas de commerce électronique, mais plutôt d'une situation de fait qui met en cause deux parties de capacité et de pouvoir de négociation apparemment égaux. Le fardeau de preuve applicable devrait donc être celui de la personne raisonnable. On pourrait argumenter qu'aucune circonstance exceptionnelle n'existait pour justifier une protection accrue de la vendeuse dans les circonstances; Mme Druet avait déjà utilisé l'Internet pour tenter de louer son bien sur un site Web. M. Girouard avait pris connaissance de la disponibilité de ce bien en parcourant ce site. On pourrait aussi argumenter que la simple introduction d'un nouveau moyen de communication ne justifie pas l'adoption d'une approche différente lorsque vient le temps de déterminer la question fondamentale de savoir si les parties avaient l'intention d'être liées par un contrat valide⁷⁴. La personne qui négocie informellement la vente d'un bien réel par

⁷¹ On se trouve alors plus près du discours utilisé en droit du consommateur, où l'objectif des interventions est de protéger celui-ci dans des situations où il n'a pas l'occasion de négocier les conditions d'un contrat d'achat de biens; Freedman, *supra* note 22 au para 111.

⁷² Savirimuthu, *supra* note 19 aux pp 141-142.

⁷³ *Girouard c Druet*, *supra* note 1 au para 4.

⁷⁴ Savirimuthu, *supra* note 19 à la p 109. Voir aussi l'affaire *Salminen c Garvie*, *supra* note 13 (l'affaire mettait en cause une entente de séparation; le fait que le contrat se retrouvait dans des courriels ne semble avoir eu aucune conséquence).

correspondance écrite sur papier ne reçoit aucune protection spéciale du tribunal, et ce malgré le fait qu'elle n'est pas accompagnée de conseillers juridiques ni d'agents immobiliers et que la rédaction finale d'un tel contrat n'est pas nécessairement plus claire que celle que l'on peut trouver dans des courriels.

Conclusion

Au Nouveau-Brunswick, le courriel peut-t-il être qualifié de document « écrit » aux fins de la Loi relative aux preuves littérales⁷⁵? La réponse est oui, sans aucun doute. Mais, comme dans le cas de toutes autres formes d'écrits, on examinera les circonstances pour déterminer si les éléments essentiels du contrat s'y trouvent, et on appliquera les critères généraux de la formation d'un contrat valide. Si la Cour d'appel a exprimé certaines réserves devant ce type de contrats, elle a quand même reconnu la possibilité qu'ils soient valides selon les circonstances :

Sur le plan des principes généraux, nous reconnaissons qu'un échange de courriels peut satisfaire à l'obligation de mise par écrit énoncée dans la Loi sur les opérations électroniques et, corrélativement, la Loi relative aux preuves littérales [...]⁷⁶.

Devrait-on exiger une convention d'achat-vente semblable à celles utilisées par la majorité des agents immobiliers⁷⁷? Les juges de la Cour d'appel semblent le préférer pour des ventes de biens réels, et ils ont montré une certaine réticence à conclure que des parties puissent s'engager par contrat sans bénéficier d'avis « professionnels indépendants ». L'analyse du contrat fondée sur les éléments essentiels doit-elle être adaptée selon la forme utilisée? Les juges sont d'avis qu'il faut tenir compte des circonstances de la situation, du moins quand vient le moment de déterminer l'intention des parties :

Tous ces faits, lorsqu'examinés collectivement, renforcent la présomption selon laquelle il n'y a jamais eu d'intention de créer des rapports obligatoires par Internet [...]⁷⁸.

Il est difficile de concilier l'application d'une analyse différente à cause de l'utilisation d'un moyen électronique de correspondance et l'objectif évident des dispositions législatives adoptées, telles que celles de la Loi sur les opérations électroniques, *supra* note 4.

⁷⁵ *Supra* note 3.

⁷⁶ *Girouard c Druet, supra* note 1 au para 3.

⁷⁷ La common law a répondu à cette question par la négative depuis un bon moment : voir *Di Castri, supra* note 6 à la p 4-27 et s.

⁷⁸ *Girouard c Druet, supra* note 1 au para 51.

L'attention spéciale attachée aux circonstances semble particulièrement importante, et justifiée, lorsqu'un consommateur fait affaire avec un programme informatique auquel il doit réagir lors d'une transaction. Peut-on imaginer le jour où un entrepreneur audacieux mettra en vente sur Internet les unités de son nouveau projet condominial? Après un tour « virtuel », le consommateur pourrait alors se porter acquéreur de sa nouvelle résidence en cliquant sur les bonnes cases, quitte à offrir un dépôt par le biais d'un des mécanismes bien connus et relativement sécuritaires de paiement direct en ligne. À ce jour, rien ne semble l'en empêcher pour ce qui est du contrat d'achat-vente. Il va de soi que le transport du titre comme tel exige toujours la signature du concédant et la conservation d'une copie « écrite » sur papier, du moins au Nouveau-Brunswick⁷⁹.

De manière plus générale, la décision de la Cour d'appel illustre bien la difficulté qu'ont les tribunaux à trancher des questions nouvelles dans des domaines où la législation et la jurisprudence n'arrivent pas à suivre la réalité de tous les jours⁸⁰. Cela étant dit, rien n'empêche le législateur de réviser quelques-uns des articles de la Loi relative aux preuves littérales pour mieux l'adapter aux réalités d'aujourd'hui. Le juge Rideout avait sans doute raison lorsqu'il faisait remarquer :

Il va sans dire, selon moi, que l'Internet et les courriels font maintenant partie de la vie de tous les jours des entreprises et particuliers. On fournit presque quotidiennement aux tribunaux des courriels de certains échanges entre les parties comme éléments de preuve [...] ⁸¹.

⁷⁹ Loi sur l'enregistrement foncier, LNB 1981 c L-1.1, art 17.

⁸⁰ Cette décision illustre bien les difficultés pour le tribunal de trancher des questions innovatrices et importantes dans une affaire où une des parties ou les deux se représente elle-même, sans l'avantage de conseils et de représentation juridiques. L'avocat ou l'avocate possède les connaissances nécessaires pour présenter les faits et l'état du droit, ainsi que des arguments fondés sur ces éléments essentiels en common law et a l'obligation de le faire. En l'espèce, en partie à cause d'une question de procédure (Règles 23.01 et 23.02 des Règles de procédure), les faits avaient été présentés de façon plutôt sommaire en première instance, supra note 2 au para 2. Et, l'une des parties, Mme Druet, n'avait pas d'avocat ni à la Cour du Banc de la Reine ni à la Cour d'appel. Il s'agit de facteurs dont on pourrait tenir compte dans l'application future de la décision. Voir *General Electric Company c CSC Transportation Inc*, [2011] OJ no 6225 (QL), au para 24: « Novel, unsettled areas of the law should not be decided on a motion for summary judgment but only after trial on a full record. In cases involving the meaning of statutory provisions, where the ultimate interpretation of those provisions could have a broad impact, before deciding the issue, the Court would also benefit from a fuller argument of the issue on the basis of a complete evidentiary record. »

⁸¹ *Girouard c Druet*, supra note 2 au para 20. Le législateur pourrait revoir le libellé de la Loi sur les opérations électroniques afin d'assurer qu'elle est rédigée dans un langage assez clair pour atteindre son objectif et avoir l'effet désiré, qui est d'annuler toute différence d'analyse résultant du seul fait qu'un contrat soit constaté sous forme électronique plutôt que sur papier.

La décision de la Cour d'appel démontre aussi clairement que les tribunaux ne sont pas prêts à abandonner toutes formalités relatives à la conclusion d'un contrat de vente de biens réels. C'est un rappel que les tribunaux continueront d'exiger un minimum de formalités, et ce dans le but de protéger les parties et de leur permettre de négocier un contrat de façon sereine tout en sachant que n'importe quel « écrit » sous format électronique, ou sous format plus traditionnel, ne sera pas nécessairement qualifié de contrat valide à moins de pouvoir faire la preuve d'intention de la part de chacune des parties.

Cette décision peut aussi servir de rappel que l'on continue à se montrer plus prudent dans les circonstances où l'objet d'une transaction est un bien réel. Elle sert également de rappel que les biens réels demeurent une catégorie de biens toujours régis par des règles traditionnelles, certains diraient anciennes, de la Common Law.