

ÉTUDE COMPARATIVE DANS LE CONTEXTE BIJURIDIQUE CANADIEN : LA CRÉATION DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE DANS LE DOMAINE DE LA VENTE

Etienne Giasson *

INTRODUCTION

Les échanges commerciaux ne sont pas l'apanage de nos marchés modernes puisqu'il s'agit d'un mode d'interaction très ancien. Par contre, l'époque actuelle a vu s'effacer graduellement les frontières économiques grâce au développement des communications. La pratique du droit commercial s'est transformée et doit fréquemment tenir compte de la présence de plus d'une tradition juridique. Au Canada, la pratique est marquée par la coexistence et la cohabitation de deux systèmes de droit : le droit civil québécois et la common law des neuf autres provinces et des trois territoires. Ces deux traditions juridiques ont conservé leurs territoires d'application respectifs et leurs identités propres.

Cependant, le nombre de contrats de vente interprovinciaux intéressant la province de Québec augmente notablement. Selon un rapport de Statistique Canada,¹ les échanges interprovinciaux s'élevaient à 176,5 milliards de dollars en 1998, alors qu'ils n'étaient que de 134 milliards de dollars en 1992. À lui seul, le Québec représente, pour les années 1992 et 1998, 31 et 38 milliards de dollars respectivement en échanges commerciaux avec les autres provinces.

C'est dans ce contexte qu'il devient impératif d'analyser certaines règles concernant la formation des contrats de vente, contrats propres aux deux systèmes de droit. Le but visé est de prévenir les problèmes de rédaction des contrats de vente interprovinciaux impliquant le Québec, de contribuer à une meilleure compréhension

* Avocat au cabinet *Tremblay Bois Mignault Lemay*, à Québec. L'auteur tient à remercier M^e Aline Grenon, professeure agrégée au Programme de common law en français de la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, de ses précieux conseils durant la rédaction de ce texte.

Cette recherche s'inscrivait à l'origine dans le cadre du Programme de contrat de recherche du Ministère de la Justice du Canada en bijuridisme canadien. Ce programme vise à appuyer les travaux d'harmonisation portant sur la coexistence et la juxtaposition des deux systèmes de droit privé au Canada, soit la common law et le droit civil. Pour plus d'information voir : Canada, Ministère de la Justice, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, en ligne : <<http://www.canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/hfl/table.html>>; voir aussi Josée Touchette, «Le bijuridisme canadien : coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels» (2002) 32 R.G.D. 117.

¹ Statistique Canada, *Le commerce interprovincial et international au Canada 1992-1998*, Ottawa, 2000.

globale réciproque et de collaborer au travail d'harmonisation.² Cette démarche s'inscrit dans la nature même du bijuridisme :

L'analyse comparative de la common law et du droit civil qui est exigée dans les circonstances permet d'identifier leurs valeurs et leurs limites respectives. Cette analyse contribue ainsi à l'amélioration et à la rationalisation du droit au Canada et ailleurs dans le monde. Cette analyse contribue, enfin, à un questionnement sur nos modes d'interprétation du droit et sur les valeurs qui ont présidé à l'élaboration de nos normes juridiques.³

C'est aussi à l'étape de la formation des contrats qu'il convient de préciser quelle est la loi du contrat. Puisque le système idéologique canadien prône la liberté contractuelle, les parties sont maîtresses du contenu obligationnel de leur contrat, sous réserve des questions relevant de l'ordre public. Cependant, malgré leur bonne foi, il pourrait survenir des situations imprévues ou la rédaction pourrait être entachée d'ambiguïtés et, dès lors, le droit applicable prendra toute sa valeur.⁴ C'est dans le contexte du choix du droit applicable qu'il importe de connaître non seulement les règles de common law, mais celles, aussi, du droit civil.⁵

Le bijuridisme canadien soulève parfois des problèmes de dialogue entre les deux traditions. L'inadéquation de certains concepts peut s'expliquer par la nature intrinsèque des systèmes de droit. En effet, il existe des différences fondamentales entre la common law et le droit civil. Le droit civil repose sur un raisonnement déductif et s'appuie sur un droit écrit et codifié. La common law, de nature inductive, repose plutôt sur les précédents jurisprudentiels et sur un droit non écrit. Un des domaines du droit privé qui présente plusieurs divergences et qui est par

² Dans cette recherche, le terme « harmonisation » s'entend au sens de l'adaptation des lois fédérales au droit privé des provinces canadiennes, dans sa définition nord-américaine, visant la complémentarité des deux systèmes de droit tout en conservant l'économie respective de la loi ou des principes de droit et non la conception d'un droit unique et uniforme. En Europe, il est plutôt question de l'uniformisation des concepts basées sur la vision communautaire du droit. Pour une réflexion approfondie sur le processus d'harmonisation en Europe, voir Nicolas Charbit, « L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », dans *La semaine juridique, Edition générale* (2 janvier 2002) à la p. 9.

³ Marie-Claude Gervais et Marie-France Séguin, « Le bijuridisme au Canada et dans le monde : Quelques considérations », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, 2^e éd., fascicule 2, Ottawa, Ministère de la Justice, 2001 à la p. 21.

⁴ La plupart des contrats de vente conclus au Canada omettent la question du droit applicable après une négociation plutôt axée sur le prix de vente, les frais et la livraison. Les tribunaux sont donc souvent appelés à intervenir sur la question. À ce sujet, voir Henri Batifol, *Les contrats en droit international privé comparé*, Montréal, McGill University Press, 1981 aux pp. 27-30; Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 1997 à la p. 96.

⁵ Pour les règles de droit international privé régissant la vente, voir art. 3109, 3111 à 3114, 3135 et 3148 C.c.Q.; voir aussi *Spar Aerospace Ltée. c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, au sujet de l'application de l'art. 3148 C.c.Q.; *Kingsway General Insurance Co. c. Komatsu Canada Ltée*, [1999] R.J.Q. 2715 (C.S.), conf. par [2001] J.Q. n° 550 (C.A.) (QL); *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Morguard Investments c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

conséquent susceptible de faire apparaître des problèmes d'interaction est celui des obligations. Dans cette recherche relevant du droit comparé, l'analyse se limitera à deux éléments de la formation des contrats de vente; il sera question successivement de l'intention des parties et du contrat unilatéral. Bien que ce choix puisse paraître arbitraire, il s'explique surtout par l'absence d'études canadiennes sur ces questions. L'approche consiste de la présentation des positions respectives des deux systèmes de droit sur chacune des questions, suivie par l'exposition de constats sur la coexistence et l'interrelation des concepts au Canada.

D'emblée, la définition du contrat diffère selon les régimes de droit. Au Québec, le contrat s'entend de « l'accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ». ⁶ Dans ce système, le but recherché est la production d'effets juridiques. ⁷ Le Canadien voulant faire affaire au Québec doit donc connaître ce principe qui gouverne l'ensemble du droit des contrats en droit civil. Ailleurs au Canada, le contrat est envisagé soit comme une entente (*agreement*) reposant sur un échange de promesses, ⁸ soit comme un marché (*bargain*). ⁹ Cette définition représente un sens véritablement lié au commerce.

La dualité juridique ne présente pas que des divergences conceptuelles. En effet, plusieurs caractéristiques relatives à la formation des contrats sont identiques ou semblables. C'est notamment le cas de l'offre et de l'acceptation, ¹⁰ du prix de

⁶ Art. 1378, al. 1 C.c.Q.

⁷ Paul-André Crépeau, «La théorie générale des contrats dans le droit civil de la province de Québec» dans Edward McWhinney, dir., *Canadian Jurisprudence: The Civil Law and Common Law in Canada*, vol. 4, Toronto, Carswell, 1958, 119.

⁸ G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 11^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2003 à la p. 1; G.H.L. Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1999 aux pp. 5-8.

⁹ Fridman, *supra* note 8 aux pp. 8-11.

¹⁰ Il est toutefois possible d'observer des divergences quant à la révocation et à la caducité de l'offre.

Pour le droit civil, voir : art. 1388-1395 C.c.Q.; *Bissel & Bissel Ltd. c. Zwaig*, [1975] C.A. 853 (Qué); *Entores Ltd. v. Miles Far East Corp.*, [1955] 2 All E.R. 493 (C.A.); Louise Langevin et Nathalie Vézina, «Le contrat» dans *Collection de droit 2006-2007 : Obligations et contrats*, vol. 5, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 aux pp. 37-40; Ralph B. Lake et Ugo Draetta, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, Stoneham (Massachusetts), Butterworths, 1989 aux pp. 29-30, 42-46; René Rodière, dir., *La Formation du contrat : Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun*, Paris, Éditions A. Pedone, 1976 aux pp. 35-38; Rudolf B. Schlesinger, dir., *Formation of Contracts : A Study of the Common Core of Legal Systems*, vol. 1, Londres, Stevens and Sons, 1968 à la p. 141.

Pour la common law, voir : *Henthorn v. Fraser*, [1892] 2 Ch. 27 (C.A.); Treitel, *supra* note 8, aux pp. 8-47; Jean-Claude Montanier, *Le contrat en droit anglais*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1999 aux pp. 27-30; John A. Manwaring, *Les contrats*, La common law en poche, vol. 12, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999 aux pp. 10-34.

vente, du consentement et du formalisme.¹¹ La nature de cette recherche fait en sorte que ces similitudes ne seront pas traitées spécifiquement. Aussi, ce texte n'a pas la prétention de traiter de façon exhaustive le sujet de la formation des contrats de vente. Le domaine est vaste et le comparatiste ou l'harmonisateur désireux d'explorer d'autres points auront plusieurs sujets à épurer, tel que les contrats de consommation,¹² et les contrats d'adhésion.¹³

L'INTENTION DES PARTIES (L'*ANIMUS CONTRAHENDI*)

En principe, un contrat se forme par le consentement des parties, sans quoi il est susceptible d'être résolu, annulé ou résilié. Selon le système juridique et le type d'entente, d'autres conditions de formation peuvent être nécessaires. Le consensualisme sous-tend une notion fondamentale qui justifie et permet la création de l'obligation contractuelle et de son caractère contraignant : l'intention. L'intention des parties n'est certes pas l'élément qui produit le plus de rapports antagonistes dans le bijuridisme canadien. Cependant, il existe quelques différences importantes pouvant mener à une impasse à l'étape de l'interprétation du contrat ou au moment de la rédaction. L'analyse qui suit portera une attention particulière à l'intention des parties dans les contrats de vente de type commercial.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il paraît important de rappeler le cadre juridique général de la vente au Canada. Dans le *Code civil du Québec* (C.c.Q.), on trouve ce contrat sous le titre « Des contrats nommés ». ¹⁴ L'article 1708 le définit comme un contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer. En plus de ces règles particulières, il faut aussi lire les principes de base sur les contrats¹⁵ ainsi que les dispositions générales relatives aux obligations.¹⁶ Dans les provinces de common law, où les principes des obligations et de la vente ne sont pas codifiés, le résultat est une approche moins conceptuelle. Par contre, le

¹¹ Parfois la loi exige la forme écrite. Par exemple, au Québec, c'est le cas de certains contrats de consommation (*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 23-24. [L.p.c.]), des actes notariés tels que le contrat de mariage (art. 440 C.c.Q.), le contrat d'hypothèque (art. 2692-2693 C.c.Q.) et le contrat de donation (art. 1824 C.c.Q.). Dans certaines provinces canadiennes, le législateur a aussi prévu certaines situations dans le droit législatif : voir, par exemple, en Ontario, la *Loi relative aux preuves littérales*, L.R.O. 1990, c. S.19.

¹² Au Québec, le contrat de consommation est régi par le droit commun (art. 1384, 1525, al. 3 C.c.Q.) et la L.p.c. Voir notamment Claude Masse, *Loi sur la protection du consommateur, Analyse et commentaires*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, à la p. 28. Également sur la notion d'entreprise : Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, aux n^{os} 66 et 158. La plupart des provinces de common law ont aussi légiféré sur le sujet. Par exemple, en Ontario, voir la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.O. 1990, c. C.31.

¹³ Au Québec, art. 1379 C.c.Q. Voir aussi : Baudouin et Jobin, *supra* note 12 aux n^{os} 55-57. En common law, voir *A. Schroeder Music Publishing Co. v. Macaulay*, [1974] 3 All E.R. 616 (H.L.).

¹⁴ Art. 1708-1805 C.c.Q.

¹⁵ Art. 1377-1456 C.c.Q.

¹⁶ Art. 1371-1376 C.c.Q.

droit législatif n'est pas complètement silencieux et certains textes, notamment la *Loi sur la vente d'objets*,¹⁷ apportent des précisions.

Québec

Le processus global de la formation du contrat apparaît principalement dans les étapes de l'offre et de l'acceptation. Dans ce processus, l'intention est un élément essentiel pour faire naître un contrat valable et potentiellement exécutoire. Au Québec, le droit commun exige une manifestation mutuelle de l'intention des parties, désignée par les expressions « échange de consentement » ou « accord des volontés ».¹⁸ Sous le Chapitre deuxième du Titre des Obligations, une section complète traite de la question du consentement.¹⁹ Dans les termes du droit de la vente, on dira que l'entente doit porter sur les éléments essentiels de l'objet et du prix. Le prix, s'il n'est pas fixé, peut reposer sur un mécanisme pour sa détermination future. Dès que les parties se mettent d'accord sur les clauses et les stipulations du contrat envisagé, le simple échange de consentement est alors suffisant pour former le contrat.²⁰ Le législateur a donc bien encadré et défini les exigences de cet élément, ce qui contribue à la conceptualisation du droit civil.

La notion d'intention est une véritable condition de formation des contrats, y compris pour les contrats de nature commerciale. De plus, elle occupe une place importante dans l'interprétation ultérieure de l'entente des parties, puisque le C.c.Q. énonce que c'est la commune intention des parties qui doit guider cette interprétation et non le sens littéral des termes.²¹ Cette commune intention est quelque peu différente de l'intention en tant que condition de base parce qu'elle représente la rencontre des volontés. En somme, la commune intention des parties doit l'emporter sur la lettre,²² car il ne faut pas confondre le contrat avec l'écrit qui en constate les termes. Le contrat est l'entente issue de la commune intention des parties et l'écrit en est la preuve. Vu l'importance accordée au concept de l'intention, le juriste doit connaître ses caractéristiques.

¹⁷ *Loi sur la vente d'objets*, L.R.O. 1990, c. S.1.

¹⁸ Art. 1378, 1385 C.c.Q. Sur la notion de consentement en droit québécois, voir Baudouin et Jobin, *supra* note 12 aux n^{os} 173-80; Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 aux n^{os} 35-127; Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006 aux n^{os} 273-932.

¹⁹ Art. 1386-1408 C.c.Q.

²⁰ Voir notamment *Ameublement 640 inc. c. Meubles Canadel inc.*, [2001] J.Q. n^o 7620 (C.S.) (QL), conf. par [2006] J.Q. n^o 13219 (C.A.) (QL); *Astral Communications inc. c. Complexe du Fort enr.*, [1999] J.Q. n^o 4708 (C.S.) (QL); Lluelles et Moore, *supra* note 18, aux n^{os} 170-71.

²¹ Art. 1425 C.c.Q.; *Alimport c. Victoria Transport Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 858 aux pp. 868-69 : « La règle invariable, à tout le moins dans les contrats consensuels ... c'est qu'il suffit que l'intention des parties soit suffisamment exprimée ».

²² *Informatique L.G.A. inc. c. Cie d'arrimage de Québec ltée*, [1991] R.J.Q. 1767 (C.Q.) à la p. 1769; *Hydro-Québec c. Laval Fortin ltée*, [1994] A.Q. n^o 922 (C.A.) (QL) à la p. 3; *Gilo Système inc. c. Aupel inc.*, 1994 CarswellQue 1780 au para. 35 (C.S.) (WeC), conf. par *Gilo Système inc. c. Aupel inc.* [Règlement hors cour] (14 avril 1998) Québec 500-09-001600-949 (C.A.) [*Gilo Système*]; *Tremblay c. Construction Gérard Doyon de Beauce inc.* [1997] R.D.I. 440 (C.S.) à la p. 442.

Le consentement est certainement la condition la plus importante de la formation des obligations contractuelles commerciales. Il doit être donné par une personne, ordinairement une personne morale dans le contexte qui nous intéresse, afin d'assurer la légitimité de la volonté à assumer les obligations du contrat projeté. Le consentement doit représenter la volonté réelle et intime du contractant selon l'approche choisie par le droit civil québécois. L'analyse de l'intention est alors soumise à l'approche dite subjective.²³ Il s'agit de la distinction la plus considérable sur le sujet de l'intention dans la comparaison avec la common law. Cet élément peut engendrer des problèmes dans la confection ou l'interprétation d'un contrat impliquant la dualité juridique. Par conséquent, dans le droit québécois, l'intention comporte nécessairement un élément interne, voire un aspect psychologique, dont l'analyse sera subjective. Selon cette approche, l'intention contractuelle existe au moment où une partie entend s'engager dans son for intérieur. Par conséquent, il faut se replacer à l'époque de la formation du contrat pour évaluer l'intention réelle des parties.

L'intention à cerner est l'intention véritable au moment de la conclusion du contrat. L'exercice n'exige pas l'abandon du recours à la lettre du contrat, ce qui reviendrait à rendre le recours au contrat écrit dépourvu de sens et de justification. Il s'agit plutôt d'une complémentarité des deux techniques.²⁴ La recherche de l'intention réelle des parties ne doit pas faire en sorte qu'un contrat clair et sans ambiguïté soit dénaturé. Le principe veut que le recours à l'interprétation et à la recherche de la commune intention des parties s'effectue seulement lorsque l'interprétation est douteuse. Cette exigence vise, entre autres, à s'assurer de l'aptitude intellectuelle minimum requise pour comprendre le sens et la portée de l'engagement²⁵ et à vérifier que la volonté est sérieuse et libre. Les personnes plus vulnérables sont ainsi protégées.²⁶ L'évaluation subjective est aussi motivée par le principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi, les parties ne sont liées que par les obligations pour lesquelles elles ont eu l'intention de s'engager au moment de la formation du contrat.²⁷

Le droit civil ne se limite pas à cette approche et exige parfois une analyse objective. C'est le cas des contrats conclus sous la *Loi sur la protection du consommateur* (L.p.c.)²⁸ et pour certains contrats favorisant la protection d'une partie vulnérable. Il est possible de s'interroger sur la pertinence de l'exigence subjective dans le contexte de la conclusion de contrats commerciaux. Tant que

²³ Art. 1425, 1426 C.c.Q.

²⁴ Maurice Tancelin, *Sources des obligations : l'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p. 57.

²⁵ *Ibid.* à la p. 53.

²⁶ Art. 1398 C.c.Q.; *Snee c. Hébert*, [1997] R.D.I 65 (C.S.).

²⁷ *Exportation Consolidated Bathurst Ltée. c. Mutual Boiler and Machineries Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; Vincent Karim, *Les obligations : articles 1371 à 1496*, vol. 1, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 à la p. 334.

²⁸ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

l'intention exprimée est la représentation de la volonté réelle intrinsèque, il n'y a pas de problème d'application. Cependant, cette correspondance n'est pas nécessairement réaliste dans le domaine des affaires. Un premier constat porte sur le danger de fragilisation du système d'échanges économiques actuel par l'insertion d'une insécurité contractuelle. Le droit des obligations est le fondement de l'activité économique et de la sécurité juridique. Sous la norme purement subjective, les individus sont à la merci des aléas de la psychologie. Aussi, la nature de la phase précontractuelle des négociations exige une certaine réserve quant aux intentions véritables et fait place aux tactiques de persuasion. En outre, le monde des affaires ne peut supporter un système contractuel où les vices de consentement, qui seront d'ailleurs abordés un peu plus loin, occuperaient une place démesurée. Enfin, selon la théorie générale, si les exigences juridiques relatives à l'existence d'un contrat se limitaient à la volonté interne, la communication de cette dernière au monde extérieur serait inutile. Le juge Jean-Louis Baudouin formule d'ailleurs sur cette question le commentaire suivant :

Admettre ou considérer uniquement le mécanisme psychologique interne du contractant serait se heurter à des difficultés pratiques considérables. Comment, en effet, parvenir à déterminer avec précision quand et si le contractant a véritablement voulu s'engager dans son for intérieur et, si oui, à quelles conditions? Il faudrait alors se livrer à une sorte de psychanalyse du contractant et cette recherche, pour le monde juridique, resterait aléatoire, périlleuse et incertaine, eu égard aux difficultés de preuve.²⁹

Afin de répondre à cette insuffisance, le droit québécois exige une condition supplémentaire à la seule volonté interne. Il exige une manifestation externe de l'intention afin d'obtenir un effet générateur d'obligations.³⁰ Les cocontractants doivent exprimer clairement leur intention d'être liés, puisqu'il s'avère impossible de présumer l'intention qui n'a pas été manifestée.³¹ Il s'agit de l'élément externe de l'intention. Une illustration se trouve dans le principe civiliste bien connu selon lequel le silence ne vaut pas acceptation.³² La manifestation peut être expresse ou tacite.³³ Il faut percevoir l'intention dans l'optique de cette dualité car l'extériorisation à elle seule, tout comme l'intention réelle, est insuffisante, et ce, pour diverses raisons. Tout d'abord, la lettre d'un contrat peut trahir le sens que les parties avaient réellement en tête. Ainsi, la forme peut facilement l'emporter sur le

²⁹ Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n° 177. Voir également Lluellas et Moore, *supra* note 18 au n° 517.

³⁰ Art. 1386 C.c.Q.; *Gingras c. Prud'homme*, [1997] R.J.Q. 664 (C.S.); *Vallée c. Bottino*, [1995] R.R.A. 1076 (C.S.); *Société hypothécaire Scotia c. Immeubles Connolly Inc.*, [1993] R.D.I. 572 (C.S.); *Pineau, Burman et Gaudet*, *supra* note 18 au n° 37.

³¹ *Vidéo L.P.S. Inc. c. 9013-0451 Québec Inc.*, [1996] A.Q. n° 4064 (C.S.) (QL).

³² Art. 1394 C.c.Q. Pour les exceptions à ce principe, voir Karim, *supra* note 27 aux pp. 141-43.

³³ Art. 1386 C.c.Q. Si le consentement est tacite, l'intention de renoncer ou d'acquiescer doit être prouvée. Sur ce point, voir *Mile End Milling Co. c. Peterborough Cereal Co.*, [1924] R.C.S. 120.

fond.³⁴ Ensuite, lorsque ce qui a été exprimé représente clairement l'intention, les vices de consentement n'ont pratiquement plus d'application dans la théorie des obligations. Enfin, les motivations représentant la cause du contrat en droit civil n'ont plus alors d'utilité. Le juge Baudouin s'exprime ainsi sur cette option :

Sanctionner tel quel le système de la volonté déclarée équivaudrait ainsi à admettre qu'une personne, signant un contrat sans en comprendre tous les termes, se trouverait obligée même à des choses qu'elle n'a pas véritablement voulues et aboutirait alors à faire primer l'expression sur la volonté elle-même et à ressusciter ainsi le formalisme. La conclusion de l'engagement dépendrait de la seule manifestation extérieure de volonté et de son rite d'expression.³⁵

Doit-on opter pour la volonté interne ou pour celle exprimée par des manifestations externes? À cette question, la common law répond, comme il sera examiné plus loin, que la deuxième évaluation est celle à retenir. Au Québec, l'approche retenue est de nature fondamentalement subjective, confirmant la primauté de l'intention réelle des parties sur le sens des termes d'un contrat écrit ou sur les mots employés pour un contrat verbal. Cette position est codifiée à l'article 1425 du C.c.Q.³⁶ La doctrine va même jusqu'à affirmer que « la déclaration de volonté, si elle constitue un élément nécessaire d'une part, ne joue, en principe, aucun rôle créateur du contrat ». ³⁷ Ainsi, en cas de doute sur l'intention des parties, il faut rechercher l'intention commune et ne pas s'arrêter au sens littéral des termes employés. Conséquemment, un contrat écrit qui semble à première vue un contrat de location, alors que les parties avaient plutôt l'intention claire d'effectuer une vente, sera traité comme une vente par les tribunaux. La Cour suprême est d'ailleurs formelle à propos de ce raisonnement.³⁸ L'inverse est tout aussi possible : si une compagnie québécoise proposait à une société albertaine de désigner l'entente comme un contrat de vente de marchandises, alors que le prix des biens vendus serait dérisoire et qu'une entente secrète prévoit l'exclusivité pour cinq ans, ce contrat s'éloignerait de la nature d'une vente.³⁹ Néanmoins, un tribunal pourrait malgré tout qualifier ce contrat de contrat de vente, spécialement dans un litige fiscal. En bref, selon le droit québécois, l'intention représente un caractère interne, un attribut psychologique, qui doit être extériorisé par une manifestation tacite ou expresse. Ce n'est que si ces deux conditions sont respectées que le contrat pourra être formé.

³⁴ Alors que le principe veut que le fond l'emporte sur la forme : *Provencher (Syndic de)*, [1996] R.D.F. 271 (C.S.); *Gilo Système*, *supra* note 22.

³⁵ Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n° 178.

³⁶ Voir également Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 18 au n° 223. Voir cependant la réflexion de Lluellas et Moore, *supra* note 18 au n° 1593. Pour des applications spécifiques aux contrats de vente, voir *Bilodeau c. Kates*, 1998 CarswellQue 1908 (C.S.) (WeC); *Pétroles Crevier Inc. c. Ratté*, 1998 CarswellQue 108 (C.A.) (WeC).

³⁷ Crépeau, *supra* note 7 à la p. 123.

³⁸ *Tétrault c. Gagnon*, [1962] R.C.S. 766.

³⁹ Le prix est un élément essentiel du contrat et il ne peut être fictif selon l'art. 1708 C.c.Q. Le caractère gratuit ne s'estompe pas au profit de la vente : *Denault c. Denault*, [1997] R.D.I. 602 (C.S.).

L'intention que les parties ont extériorisée peut donc facilement contredire leur intention réelle et intime. C'est pourquoi le législateur et les tribunaux ont apporté quelques tempéraments afin d'assurer la stabilité des relations contractuelles. Ainsi, seuls les vices de consentement les plus graves sont sanctionnés et, parfois, pour éviter les aléas de l'évaluation de l'intention réelle, la loi exige une manifestation déterminée de l'intention.⁴⁰ Par exemple, ce formalisme peut être l'exigence d'une habilitation,⁴¹ l'exigence de publicité,⁴² ou d'une formalité solennelle.⁴³ De plus, les tribunaux ont tendance à reconnaître le caractère obligatoire d'un contrat écrit, même lorsqu'une des parties n'a pas pris connaissance de l'ensemble de ses clauses,⁴⁴ afin d'assurer une stabilité relative des transactions commerciales. L'intention comporte donc deux attributs fondamentaux pour être génératrice d'obligations.

L'évaluation peut représenter tout un défi dans le contexte québécois, où l'intention réelle et subjective des parties est prise en compte, car cette intention peut être extrêmement difficile à cerner.⁴⁵ Lorsqu'elle est incertaine, l'article 1426 du C.c.Q. prévoit qu'il est possible de considérer les circonstances de la conclusion de l'entente, les usages entre les parties et l'interprétation donnée par elles⁴⁶. Il est aussi possible d'avoir recours aux documents préparatoires, aux offres effectuées dans les négociations, à la conduite des parties et aux usages actuels dans le domaine concerné.⁴⁷

De plus, l'intention dont il est question ici est celle qui est présente à l'époque de la formation des obligations contractuelles. Le traitement donné à l'intention doit être nuancé lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente commerciale à exécution prolongée. Ce contrat doit s'interpréter avec une plus grande souplesse d'adaptation qu'un contrat à court terme et à exécution immédiate. Cela s'explique par le fait que les cocontractants sont dans l'impossibilité de prévoir, au moment de la formation du contrat, les changements qui surviendront pendant son exécution et les façons d'adapter l'exécution des obligations conformément à leur intention. Ces précisions ont été apportées par les tribunaux, notamment dans l'arrêt *Viau c. Québec (P.G.)*.⁴⁸

⁴⁰ Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n° 180.

⁴¹ Art. 161-163, 211-213 C.c.Q.

⁴² Art. 2938, 2942, 2695 C.c.Q.

⁴³ Art. 1414, 1824, 2693 C.c.Q.

⁴⁴ Voir notamment : *Giroux c. Lesieur* (1926), 41 B.R. 446 (C.S.); *Banque Toronto-Dominion c. Société en commandite Ascot*, [1997] R.J.Q. 586 (C.S.).

⁴⁵ Dans certains cas, le texte du contrat peut être clair et l'intention commune totalement inqualifiable : *Poirier c. Faubert*, [1959] R.C.S. 459; *Lefebvre c. Laliberté*, [1991] R.D.I. 657 (C.S.); 3092-4484 *Québec inc. c. Turmel*, [1996] R.J.Q. 128 (C.S.), conf. par 1997 CarswellQue 74 (C.A.) (WeC).

⁴⁶ Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 18 au n° 227. Pour une analyse jurisprudentielle de ces facteurs, voir Karim, *supra* note 27 aux pp. 340-44.

⁴⁷ Luelles et Moore, *supra* note 18 aux nos 1600-09; Voir aussi Karim, *ibid.* pour l'analyse de l'art. 1426 C.c.Q.

⁴⁸ *Viau c. Québec (P.G.)*, [1978] C.A. 223 (Qué) à la p. 228.

Les principes applicables à l'intention sont-ils encore adéquats dans le contexte juridique actuel? Les moyens de manifester l'intention ont beaucoup évolué et, comme dans bien d'autres domaines, le droit ne s'adapte pas instantanément et accuse un retard. C'est le cas pour les transactions électroniques, véritable révolution dans la pratique commerciale.⁴⁹ Dans ce domaine, les distances et les délais étant virtuellement éliminés, la conclusion d'un contrat de vente n'aura jamais été aussi accessible et rapide. Or, l'intention des parties est de plus en plus difficile à cerner. Souvent, dans les contrats à portée extraprovinciale, les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre et ne communiquent pas par téléphone. Le consentement peut prendre alors des formes diverses. Quelquefois, il peut s'agir d'un formulaire préconçu de type contrat d'adhésion ou d'un simple clic à l'aide d'une souris sur un onglet pour manifester l'acceptation des clauses proposées.⁵⁰ On peut, bien sûr, se demander si les mécanismes classiques d'offre et d'acceptation sont adaptés à ce nouveau mode de transaction.

Au Québec, l'intention d'une partie peut comporter des lacunes pouvant être fatales à la relation contractuelle envisagée : ce sont les vices de consentement.⁵¹ Il faut comprendre que, si le contrat est formé par l'échange des consentements, ceux-ci doivent absolument être intègres pour être créateurs d'obligations. Le C.c.Q. énonce quatre principaux vices entachant la qualité du consentement : l'erreur, le dol, la crainte, et la lésion.⁵² Vu la nature de cette recherche, ces éléments ne feront pas l'objet d'un développement approfondi. Il paraît néanmoins utile de rappeler les grandes lignes descriptives de ces notions. L'erreur simple est une représentation inexacte de la réalité, une fausse croyance.⁵³ Le dol est une erreur simple mais provoquée volontairement par l'autre partie ou à sa connaissance. La crainte est une expression non volontaire du consentement, sous l'effet de menaces ou de pressions indues. La lésion est principalement réservée aux mineurs⁵⁴ et aux incapables.⁵⁵ Il s'agit alors d'une perte ou d'un préjudice subi par une partie en raison d'une disproportion sérieuse des prestations par rapport à celle de l'autre partie.

⁴⁹ Sur cette question de droit nouveau, la France montre une certaine avance avec l'adoption de plusieurs lois sur les transactions électroniques; voir Marcel Fontaine, *Le processus de formation du Contrat : Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruyant, 2002 aux pp. 767-69. Certaines juridictions de common law, telle la Colombie-Britannique, ont emboîté le pas avec l'adoption de l'*Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10.

⁵⁰ L'alinéa 15(1)(b) de l'*Electronic Transactions Act*, *ibid.* prévoit ces manifestations de l'intention.

⁵¹ Art. 1398-1409 C.c.Q.

⁵² Art. 1399, al. 2 C.c.Q.; Baudouin et Jobin, *supra* note 12 aux n^{os} 211-316; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 18 aux n^{os} 70-107; Lluellas et Moore, *supra* note 18 aux n^{os} 515-919; Langevin et Vézina, *supra* note 10 aux pp. 41-49; Karim, *supra* note 27 aux pp. 110-12, 160-68.

⁵³ Dans la définition de l'erreur, la jurisprudence ajoute aussi le défaut de concordance entre la volonté interne et la volonté déclarée. Voir notamment *Vêtement Paul Allaire inc. c. Citadelle (La), cie d'assurances générales inc.*, [2000] R.R.A. 957 (C.S.).

⁵⁴ Art. 1405, 1406 C.c.Q. Il existe aussi une conception subjective de la lésion pouvant s'appliquer entre majeurs dans les cas assujettis à la L.p.c.

⁵⁵ Art. 153 C.c.Q.

En terminant, la relation qui existe entre les parties n'influence pas le traitement de l'analyse de l'intention, contrairement à ce qui sera examiné pour la common law. Qu'il s'agisse d'une relation d'affaires ou d'une relation familiale, le raisonnement juridique demeure le même et il suffit de prouver qu'il y a accord de volontés. Ainsi, un contrat de vente à portée extraterritoriale dont le droit applicable est celui du Québec doit se plier à ces exigences. À ce sujet, une précision s'impose. Pour être légalement reconnue, l'intention doit nécessairement comporter la finalité de créer des rapports juridiques entre les parties.⁵⁶ Ces principes liés à l'intention sont applicables à tout contrat en vertu du droit commun.

Provinces de common law

Contrairement au droit codifié du Québec, les principes qui s'appliquent aux contrats de vente de nature commerciale dans les provinces de common law sont issus d'une longue évolution jurisprudentielle. Ainsi, l'analyse débutera souvent par un regard sur des principes établis par des tribunaux anglais.⁵⁷

Tout d'abord, la common law exige certains éléments de base pour assurer la validité de la création de l'obligation contractuelle commerciale. Le mécanisme de formation prend aussi la forme d'une offre et d'une acceptation, exigeant l'échange d'un consentement. On ne peut parler de contrat s'il n'est pas conclu dans l'intention de créer des rapports juridiques. En fait, les tribunaux reconnaissent l'intention comme constituant un véritable critère indépendant à la détermination de la validité d'un contrat.⁵⁸ Cela s'explique en grande partie par le courant idéologique de la liberté contractuelle. De plus, l'intention est l'élément d'interprétation de prédilection et représente un facteur très important dans la formation des contrats commerciaux.

Dans le processus de sa détermination, l'intention des parties est soumise à l'approche objective. Ce principe gouverne l'étude de l'intention en common law. L'arrêt de principe *Smith v. Hughes* établit le test suivant pour procéder à l'évaluation de l'intention des parties :

⁵⁶ Cette caractéristique amène à conclure que les accords purement sociaux, comme une invitation à dîner, ne sont pas des contrats : voir Rodière, *supra* note 10 à la p. 31. Voir également *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62 : Il s'agissait, en l'espèce, d'un conducteur bénévole. Pour rendre service à un de ses convives, il lui a offert de le reconduire chez lui. Cette proposition a été faite au Québec, mais l'invité en question demeurait en Ontario. Un accident s'est produit dans cette province en raison de la négligence du conducteur. La cour a reconnu que les parties n'avaient aucunement l'intention de se lier par contrat. La proposition était un acte de courtoisie, d'obligeance morale seulement.

⁵⁷ Généralement, la théorie de la réception a permis l'application de ces principes dans la juridiction coloniale canadienne. De nos jours, les jugements des cours supérieures anglaises ne lient plus les cours canadiennes, mais ont une valeur hautement persuasive. À ce sujet, voir Henri Pallard, «La common law et ses institutions 1066-1875», dans Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir., *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough (Ont), Carswell, 1997 aux pp. 51-55.

⁵⁸ Manwaring, *supra* note 10 à la p. 62.

*If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms.*⁵⁹

Ce principe a été reçu et appliqué en droit canadien.⁶⁰ Le postulat mérite quelques explications. L'analyse et l'interprétation judiciaires de l'intention se font *in abstracto*. Quand un litige survient, le processus consiste à se poser la question suivante : Un observateur représentant la personne raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, aurait-il eu l'intention de s'engager? Par conséquent, la recherche est axée sur la lettre du contrat et sur l'interprétation objective de son texte.⁶¹ L'intention réelle et les motivations existant au moment de la formation du contrat ne sont pas pertinentes quant à la détermination des obligations. Cette intention ne peut produire d'effet juridique que dans la mesure où elle prend appui sur un comportement univoque. Cependant, au regard du principe de la préséance de la loi du contrat, si les parties ont énoncé par écrit leurs intentions respectives, le critère objectif ne s'appliquera pas, s'il n'y a pas d'ambiguïté sur leur formulation.⁶²

L'intention seule n'est pas suffisante, puisque le droit exige une manifestation pour pouvoir lui reconnaître un caractère légal. L'extériorisation peut être tacite ou expresse. Par contre, toute communication sera évaluée objectivement puisque les tribunaux dans les provinces de common law ne vérifient pas l'état d'esprit réel des parties.⁶³ Si l'intention n'est pas expressément établie, ils pourront la déduire du comportement des parties. De plus, si une entreprise fait une offre à une autre et que cette dernière l'accepte, elle sera liée par le contrat, même si elle change secrètement d'avis entre le moment de l'offre et celui de l'acceptation. Cette obligation s'explique par le fait qu'il faut une nouvelle manifestation objective de l'intention pour modifier le processus de création contractuel.⁶⁴

L'interprétation de l'intention varie selon les circonstances, comme l'affirme l'arrêt *J. Evans & Son (Portsmouth) Ltd. v. Andrea Merzario Ltd.*⁶⁵ Dans cette décision, le représentant d'une société d'expédition avait promis à un client que ses biens seraient placés dans des conteneurs, lesquels seraient ensuite déplacés selon

⁵⁹ *Smith v. Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597 à la p. 607.

⁶⁰ *Lawson v. Utan Enterprises Ltd.* (1982), 39 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Sandford v. Senger*, [1977] 3 E.E.R. 399 (C. dist. Sask.); *Staiman Steel Ltd. c. Commercial & Home Builders Ltd.* (1976), 13 O.R. (2^e) 315 (H.C.J.); *Lindsey v. Heron Co.* (1921) 64 D.L.R. 92 (C.A. Ont.).

⁶¹ Il est à noter que, dans la recherche de l'intention dans d'autres systèmes de common law, notamment aux États-Unis, l'interprétation s'en remet presque totalement au sens littéral des mots. À ce sujet, voir Lake et Draetta, *supra* note 10 aux pp. 40-41.

⁶² Joseph M. Chitty, *Chitty on Contracts*, vol. 1, 28^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999 à la p. 156.

⁶³ Manwaring, *supra* note 10 à la p. 15.

⁶⁴ Stephen M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5^e éd., Toronto, Canada Law Book Inc., 2005 à la p. 103.

⁶⁵ *J. Evans & Son (Portsmouth) Ltd. v. Andrea Merzario Ltd.*, [1976] 2 All E.R. 930 (C.A.).

une nouvelle façon de procéder. Le trajet promis passait sous le pont d'expédition. Or, un des conteneurs a été déplacé sur le pont et son contenu a été endommagé. La cour a reconnu l'existence d'un contrat valide dans la promesse faite en invoquant tant l'importance qu'avait attachée le client à ce que ses biens soient transportés sous le pont que le fait qu'il n'aurait pas accepté la proposition sans cette promesse expresse.

Il importe de souligner ici une distinction fondamentale. Il n'y aura pas de contrat commercial, malgré le fait qu'il y a apparence objective d'une intention, si une partie sait que l'autre ou les autres n'a pas ou n'ont pas l'intention réelle de contracter. Le critère objectif ne s'applique pas quand l'état d'esprit est connu par l'autre partie.⁶⁶ Ce facteur de connaissance représente un petit apport de l'évaluation subjective. De plus, il est accepté qu'en l'absence d'ambiguïté, si les parties déclarent expressément qu'elles ne seront pas liées par une entente, la déclaration sera considérée comme représentant la juste intention des parties, et les tribunaux l'entérineront.⁶⁷

Le critère objectif trouve sa justification dans l'exigence de la stabilité des échanges commerciaux. Il faut se rappeler que la fonction principale de la loi régissant les contrats est de protéger les attentes raisonnables engendrées par les promesses données dans le domaine commercial.⁶⁸ Le professeur Waddams ajoute ce qui suit sur cette question : « *So it is a proper part of the objective theory of contract formation that reasonable expectations will be protected even though the promisee had not subjectively directed her mind to the particular circumstances that in fact arise.* »⁶⁹ L'objectivation de l'intention permet d'éviter la situation dans laquelle une partie, ayant objectivement laissé croire qu'elle consentait au contrat, pourrait se retirer et éviter toute responsabilité légale en affirmant simplement qu'elle n'avait pas l'intention réelle de s'engager.⁷⁰ Furmston s'exprime ainsi sur la pertinence de l'objectivisme : « *Agreement, however, is not a mental state but an act [...] a manner of inference from conduct. The parties are to be judged, not by what is in their minds, but by what they have said or written or done.* »⁷¹ Pour sa part, Treitel fait état de quelques exemples jurisprudentiels anglais où l'intention n'a pas été jugée suffisamment sérieuse selon le critère objectif. Entre autres, il mentionne l'arrêt *Weeks v. Tybald*.⁷² Ce jugement impliquait un défendeur ayant publié une

⁶⁶ *Lark v. Outhwaite*, [1991] 2 Lloyd's Rep.132 à la p. 141 (Q.B.).

⁶⁷ Michael Furmston, *Cheshire, Fitfoot & Furmston's Law of Contract*, 14^e éd., Londres, Butterworths, 2001 aux pp. 122, 127.

⁶⁸ Waddams, *supra* note 64 à la p. 103. Cependant, voir *Cooke v. Oxley* (1790), 3 T.R. 653, 100 E.R. 785 (K.B.): cet arrêt anglais s'est déjà prononcé contre ce principe. Cependant, cette décision a été interprétée restrictivement et est plus associée au droit civil qu'à la common law puisqu'il est fait référence à l'état d'esprit du pollicitant.

⁶⁹ Waddams, *supra* note 64 à la p. 106.

⁷⁰ Treitel, *supra* note 8 à la p. 1.

⁷¹ Furmston, *supra* note 67 à la p. 32.

⁷² *Weeks v. Tybald* (1604), Noy. 11, 74 E.R. 982 (K.B.).

annonce où il était mentionné qu'il donnerait 100£ à celui qui accepterait de marier sa fille avec le consentement de celle-ci. La cour n'a pas décelé d'intention dans les mots généraux employés pour attirer les prospects. Un autre exemple est tiré de la décision *Lambert v. Lewis*.⁷³ Là, un manufacturier affirmait dans une annonce publicitaire que son produit était à toute épreuve et ne nécessitait aucun entretien. Selon la cour, cette affirmation ne liait pas le manufacturier envers les acheteurs potentiels, puisque les mots n'étaient pas prononcés en vue de constituer une garantie formelle.

L'analyse objective de l'intention présente cependant certains désavantages, dont le principal prend forme dans les possibilités concrètes pour des acteurs commerciaux de se lier contractuellement sans en avoir l'intention véritable.⁷⁴ Le juge anglais Lord Denning résume bien cette situation : « *In contracts, you do not look into the actual intent in a man's mind. You look at what he said and did. [...] A man cannot get out of a contract by saying: 'I did not intend to contract' if by his words he has done so* ». ⁷⁵ En common law, il faut une concordance objective entre l'offre et l'acceptation. Il peut donc y avoir une différence entre la volonté interne réelle d'une partie et son comportement externe.⁷⁶ En définitive, il est possible d'affirmer que le destinataire d'une offre bénéficie d'une meilleure protection que l'offrant.

La preuve de l'intention demeure une question de fait.⁷⁷ Lorsqu'il s'agit d'un contrat exprès, la seule preuve nécessaire, pour celui qui entend démontrer l'existence d'un contrat, est celle qui établit que les parties ont eu l'intention d'être liées dans le cours ordinaire des affaires.⁷⁸ En common law, les mécanismes de détermination de l'intention sont également soutenus par l'existence des présomptions. En matière de contrats, il y en a plusieurs types, dont certains ne sont pas pertinents pour la présente recherche.⁷⁹ Dans le domaine des transactions commerciales, il existe une présomption positive de la présence d'une intention de contracter, sous réserve des capacités de lecture et de compréhension des termes exprimés. Ce principe a été avancé dans l'arrêt *Upton-on-Severn Rural District*

⁷³ *Lambert v. Lewis*, [1982] A.C. 225 (H.L.).

⁷⁴ Voir par exemple : *R. c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111 [*Ron Engineering*].

⁷⁵ *Storer v. Manchester City Council*, [1974] 3 All E.R. 824 à la p. 828 (C.A.).

⁷⁶ Montanier, *supra* note 10 à la p. 33.

⁷⁷ Treitel, *supra* note 8 aux pp. 171-73.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Notamment, en matière familiale, dans les rapports entre parents, il est présumé qu'il n'y a pas d'intention de créer un contrat puisqu'il s'agit de rapports strictement privés en dehors de la compétence des tribunaux : *Balfour v. Balfour*, [1919] 2 K.B. 571 (C.A.). Il existe aussi une telle présomption négative dans les engagements sociaux et les engagements sur l'honneur. À ce sujet, voir *Waddams supra* note 64 aux pp. 109-10.

Council v. Powell.⁸⁰ Les faits de ce jugement sont relativement simples. Le bâtiment de monsieur Powell était en flammes. Ce dernier voulait contacter le service des incendies de sa municipalité afin d'obtenir du secours. Il a donc téléphoné au poste de police local de la municipalité d'Upton. Cependant, il ne savait pas que le service des incendies se trouvait dans le district de Pershore, district différent de celui des policiers. À la suite de l'appel téléphonique, ce sont les services de pompiers de Upton qui sont venus combattre l'incendie et ce n'est que plusieurs heures plus tard que monsieur Powell s'est rendu compte de son erreur. Il a donc été contraint de payer pour l'assistance reçue, puisqu'elle provenait d'une municipalité autre que celle où il habitait. En principe, les services de la municipalité de Pershore auraient été gratuits. La cour a statué que monsieur Powell avait formé un contrat pour recevoir les services en question, même s'il n'avait pas l'intention de payer au moment de l'appel. Tout ce qui importait était de recevoir de l'aide, peu importe sa provenance. Pour en arriver à ce résultat, la cour a invoqué une présomption concernant l'intention de créer des obligations pour une entente de type commercial. Il s'agit, bien entendu, d'une présomption réfutable. Le fardeau de preuve incombe à celui qui entend prouver qu'il n'avait pas l'intention de créer une relation de type contractuel. Cependant, ce fardeau de preuve est lourd et difficile à renverser.⁸¹

Avant de terminer cette section, quelques précisions s'imposent sur les principes applicables à l'intention de contracter du gouvernement dans les provinces de common law.⁸² Au Canada, le gouvernement est fréquemment appelé à intervenir, à titre de partie ou de conseiller, dans les relations commerciales. En général, les normes applicables aux contrats commerciaux qui ont été traitées précédemment s'appliquent au gouvernement. Le procureur général ou un autre représentant officiel du gouvernement peut participer à un appel d'offres public, s'engager à payer des subsides⁸³ ou accorder des exemptions de taxes à un groupe particulier. Dans ces derniers cas, il ne peut cependant lier le gouvernement par une simple acceptation verbale ou un comportement d'un membre du groupe en question.⁸⁴ Par contre, il ne peut pas s'engager à modifier ou à adopter une loi.⁸⁵

⁸⁰ *Upton-on-Severn Rural District Council v. Powell*, [1942] 1 All E.R. 220 (C.A.). Voir aussi *Great Georgian Realty Group v. Genesis Marketing Organization Ltd.* (1977), 15 O.R. (2d) 701 (H.C.J.); *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256 (C.A.) [*Carlill*]; *Bowerman v. Association of British Travel Agents Ltd.*, [1996] C.L.C. 451 (C.A.) [*Bowerman*]; *Furmston*, *supra* note 67 à la p. 125; *Chitty*, *supra* note 62 à la p. 155.

⁸¹ *Chitty*, *supra* note 62 à la p. 155.

⁸² Pour une explication plus approfondie, voir *Fridman*, *supra* note 8 aux pp. 29-35.

⁸³ *Lethbridge Collieries Ltd. c. R.*, [1951] R.C.S. 138.

⁸⁴ *Esquimalt & Nanaimo Railway c. British Columbia (P.G.)*, [1948] R.C.S. 403. Voir cependant *Grant c. New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2^e) 95 (C. supr. A.) où le gouvernement avait annoncé un plan d'achat des surplus de production de pommes de terre des producteurs du Nouveau-Brunswick, en établissant des normes et des conditions. L'annonce a été jugée comme étant une offre valable pouvant être acceptée par les producteurs remplissant les conditions. Le gouvernement avait donc l'intention objective de contracter.

⁸⁵ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525.

Coexistence et interrelation des concepts au Canada

Dans le domaine des contrats, quelques études comparatives d'envergure ont été menées ces dernières années à propos de la common law et du droit civil.⁸⁶ Bien que ces recherches proviennent essentiellement de l'Europe, elles ne sont pas dépourvues d'utilité dans le contexte du bijuridisme canadien, puisque les deux systèmes de droit tirent leurs origines du droit anglais et du droit français. Il faut toutefois garder en mémoire que l'analogie au Canada doit tenir compte de la différence idéologique avec l'Europe concernant le concept d'harmonisation. Le but de cette recherche, faut-il le rappeler, est de favoriser l'harmonie juridique dans un fonctionnement conjoint des deux systèmes de droit. L'objectif vise à permettre de mieux comprendre les divergences afin d'en améliorer la coexistence. Il ne s'agit pas de déterminer arbitrairement quelle approche est la meilleure ni de tenter de créer un concept uniforme.

Concernant le sujet spécifique de l'intention des parties dans les rapports contractuels commerciaux, quelques différences ont été soulevées. Celle qui est la plus importante est la conception objectiviste de la common law opposée au subjectivisme du droit civil.⁸⁷ En effet, le droit civil privilégie la volonté intime des acteurs commerciaux, alors que la common law préfère l'approche objective liée à l'analyse de la personne raisonnable. L'objectivisme juridique du concept de l'intention comporte certains dangers :

En se distançant de l'intention purement subjective et interne et en exigeant de plus en plus d'objectivisme des comportements et des déclarations, le droit positif est susceptible de renforcer davantage cet écart entre ce qu'il entend conceptualiser et régir et la réalité vécue par les acteurs économiques.⁸⁸

Le subjectivisme, quant à lui, peut être une source d'insécurité juridique. Néanmoins, le concept de l'intention demeure abstrait, n'existe et n'a d'effet que parce qu'il est déployé dans une relation contractuelle : « Le vouloir reste prisonnier du for interne, le voulu se matérialise dans l'objet de la volition, et celui-ci vu du côté du destinataire de la promesse, se traduit par une expectative : le créancier a confiance dans le maintien de ce qui lui a été promis ». ⁸⁹ C'est là l'essence du débat.

Malgré cette importante différence sur la notion d'intention, la cohabitation des deux régimes au Canada n'est pas pour autant impossible. D'ailleurs, les

⁸⁶ Fontaine, *supra* note 49; Denis Tallon et Donald Harris, dir., *Le contrat aujourd'hui : comparaison Franco-anglaise*, Paris, Editec 14, 1987; Rodière, *supra* note 10; Schlesinger, *supra* note 10.

⁸⁷ L'objectivisme de la common law démontre toutefois quelques ouvertures sur l'avenue subjective. Par exemple, Arthur L. Corbin, auteur américain spécialiste du droit des contrats, plaide en faveur du critère de la détermination de l'intention réelle des parties. Voir *Skycom Corp. v. Telstar Corp.*, 813 F.2d 810 à la p. 815 (7^e Cir. 1987).

⁸⁸ Fontaine, *supra* note 49 aux pp. 376-77.

⁸⁹ Fontaine, *supra* note 49 à la p. 376.

transactions commerciales ne sont pas dysfonctionnelles dans la pratique; il faut se rappeler que le droit des contrats se doit avant tout d'être efficace.⁹⁰ Existe-t-il des solutions pragmatiques et réalistes? La liberté contractuelle semble représenter la solution la plus avantageuse pour les parties qui veulent conclure un contrat de vente dans le respect de leur intention commune, tout en appliquant le droit qu'elles choisiront. Cette approche permet de réduire l'opposition entre la sécurité juridique des transactions et la liberté contractuelle. Ainsi, le rédacteur de contrats a tout intérêt à placer le sujet de l'intention des parties à l'ordre du jour des négociations précontractuelles. Il sera alors possible de stipuler une clause précise concernant l'intention des parties au moment de la formation des obligations. L'interprétation qui doit être faite de celle-ci devrait également être précisée. En effet, les deux traditions juridiques admettent que des clauses claires et non ambiguës, entérinées par les parties, échappent à toute interprétation. S'il est question d'adjudication, les parties, le juge ou l'arbitre pourront ainsi se reporter à la clause pour identifier l'intention des parties. En l'absence d'une telle clause, l'analyse s'effectuera objectivement ou subjectivement selon le droit applicable au contrat. C'est à ce moment que les cultures juridiques peuvent se heurter.

Un autre conseil de rédaction est l'usage de termes clairs afin d'éviter toute ambiguïté concernant l'intention. La réalité fait en sorte que les négociateurs d'un contrat voient rarement le mécanisme de formation dans sa perspective juridique et, incidemment, l'intention peut être un concept très abstrait. Le rôle du juriste est donc d'apporter cette rigueur à la rédaction. Il faut éviter les termes généraux. En effet, il est préférable d'affirmer clairement l'intention commune des parties d'une façon claire et précise. Le recours à des définitions, directement dans la clause d'intention ou dans les remarques préliminaires du contrat, peut également éviter le recours à l'interprétation et la remise en question ultérieure de certains concepts par l'une ou l'autre des parties. Une définition permet de fixer le sens des mots employés dans le contrat.

Dans le contexte international, l'évolution du droit des contrats est animée par l'apport de conventions et l'élaboration de principes généraux. Cette évolution a certainement influencé les deux systèmes de droit canadiens.⁹¹ Il faut favoriser la diffusion dans la communauté juridique des instruments internationaux afin d'enrichir la qualité de la rédaction des contrats.⁹² Ces instruments sont issus d'une longue évolution du droit commercial international, dans laquelle plusieurs traditions juridiques interagissent. C'est pourquoi un regard sur le traitement du concept de l'intention peut s'avérer pertinent pour l'étude du bijuridisme canadien.

⁹⁰ Pour un exemple concret d'une entreprise canadienne puisant dans les principes des deux traditions juridiques pour la rédaction de ses contrats interprovinciaux et internationaux, voir Denis R. Cloutier, «L'expérience de Bombardier Inc. : racines et ailes» (2002) 32 R.G.D. 101.

⁹¹ Voir Claude Samson, «L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law» dans *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Montréal 1990*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, 101.

⁹² Pour une présentation des différents outils en matière de rédaction des contrats dans le contexte du commerce international, voir Luc Gagné, «Les contrats commerciaux internationaux et les systèmes de droit civil et de common law» (2002) 32 R.G.D. 43; Fontaine, *supra* note 49 aux pp. 299-302, 848-59.

Tout d'abord, UNIDROIT est une organisation internationale créée aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale qui présente une série de principes non obligatoires, basés sur les expériences passées et les usages des marchés.⁹³ Ces suggestions peuvent être très utiles dans le contexte de conciliation des différentes approches. L'article 4 des principes d'UNIDROIT traite de la question de l'intention. Plus particulièrement, l'article 4.1 stipule que le contrat s'interprète en premier lieu selon la commune intention des parties, approche généralement reconnue en droit civil. S'il est impossible de déceler cette intention, le contrat s'interprète alors selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité, placée dans la même situation. Il est précisé à l'article 4.2 que les déclarations et le comportement d'une partie s'interprètent selon son intention réelle, si elle était connue par l'autre partie. À défaut, il faut recourir à l'analyse *in abstracto*. Il faut également prendre en considération les négociations, les pratiques, les comportements ultérieurs, la nature et le but du contrat, le sens généralement accepté des mots dans la branche commerciale concernée et les usages.

Il est aussi possible d'envisager le traitement de l'intention dans la *Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises*,⁹⁴ où l'approche de la common law et celle du droit civil sont nuancées et complémentaires.⁹⁵ Puisque la loi canadienne s'applique seulement aux transactions entre États, elle ne trouve pas application pour les échanges commerciaux interprovinciaux. Par contre, il est possible de voir l'approche qu'elle favorise concernant l'intention. L'article 8 de la loi prévoit, comme c'est le cas dans les deux systèmes de droit du Canada, que, si une partie connaissait l'intention de l'autre, l'intention réelle de cette dernière prévaut. S'il n'y a pas d'état de connaissance *in concreto*, il faut interpréter l'intention selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité, placée dans la même situation. Pour ce faire, il faut aussi tenir compte des circonstances, des usages, des négociations et du comportement ultérieur des parties. On se rend compte toutefois à la lecture de l'article 8 que la volonté réelle cède le pas à la volonté déclarée : « l'exception est à même de supplanter la règle ou à tout le moins, la concurrencer fortement [...] car dans les relations contractuelles commerciales internationales, il est rare que l'intention réelle des contractants soit réellement déclarée ».⁹⁶

Pour terminer, sur le plan législatif, il est important pour les législateurs de saisir l'essence de chacun des systèmes de droit canadien sur la question de l'intention des parties. La position du droit civil, bien que différente par rapport à

⁹³ Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, (1994), en ligne : UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>>.

⁹⁴ *Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises*, L.C. 1991, c.13. Il s'agit de la mise en place dans le droit national de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, 1489 R.T.N.U. 3.

⁹⁵ Fontaine, *supra* note 49 à la p. 305.

⁹⁶ Fontaine, *supra* note 49 à la p. 304.

celle de la common law, se doit d'être reconnue afin d'en respecter les attributs. Le législateur fédéral n'a pas nécessairement d'intervention directe dans le domaine de la vente, puisqu'il s'agit d'une compétence provinciale. Par contre, il doit tenir compte des notions de droit civil dans son devoir de conseiller ou dans la rédaction des lois fédérales faisant appel aux notions de la vente.

LE CONTRAT UNILATÉRAL

Cette recherche s'intéresse également à la formation du contrat unilatéral. Ce type de contrat est juridiquement reconnu en droit civil et en common law. Il s'agit d'un véritable contrat, naissant par les étapes classiques de la formation des accords. Par contre, comme il sera traité dans les prochaines sections, la nature et les effets du contrat unilatéral sont complètement différents d'un système de droit à l'autre. C'est ce qui justifie le choix de ce sujet dans cette étude sur le bijuridisme canadien. Avant d'aller plus loin, il importe d'établir une distinction préliminaire. La pratique des affaires au Canada montre que, souvent, les entreprises ont unilatéralement élaboré les conditions et les clauses de leurs contrats avant d'entreprendre les négociations, en fonction des rapports de force. Ce processus fait référence à une notion différente du contrat unilatéral, soit le contrat d'adhésion, aspect qui n'est pas abordé directement dans ce travail de recherche.

Québec

Au Québec, le contrat unilatéral représente une véritable catégorie de contrat.⁹⁷ Il prend naissance selon les règles traditionnelles de la formation des contrats et implique ainsi l'échange des consentements. Il se distingue du contrat bilatéral en ce qu'il produit des obligations à la charge d'une seule partie.⁹⁸ Dans l'application d'un contrat unilatéral, seule une partie devient la créancière, l'autre étant la débitrice. Ce caractère unilatéral explique sa portée limitée dans les échanges commerciaux. Toutefois, comme il sera vu, qu'il soit fait à titre autonome ou préliminaire, le contrat unilatéral connaît quelques applications concrètes telles que le prêt et le dépôt.

Il peut être facile de confondre le contrat unilatéral avec d'autres types de mécanismes contractuels. Il est donc utile de procéder à quelques commentaires de distinction. Tout d'abord, le contrat unilatéral est différent de l'acte unilatéral. Le juge Baudouin le définit comme « résultant uniquement de la volonté d'une personne et dans lequel il n'y a donc pas échange de consentement ».⁹⁹ On remarque donc que

⁹⁷ Art. 1380, al. 2 C.c.Q. Cet article est de droit nouveau, cependant, il représente la codification du droit antérieur. Voir notamment l'enseignement de la doctrine dans Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théorêt, 1901. Il s'inspire également du *Code civil français*.

⁹⁸ Art. 1380, al. 1 C.c.Q. : le contrat synallagmatique crée des obligations réciproques et indépendantes à la charge de chacune des parties au contrat. Voir également Lluellas et Moore, *supra* note 18 aux n^{os} 210-11; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 18 au n^o 28.

⁹⁹ Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n^o 44; Lluellas et Moore, *supra* note 18 au n^o 212; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 18 au n^o 28.

la nature propre à ce type d'instrument juridique est différente du contrat unilatéral, véritable expression du consensualisme. Par analogie, l'acte unilatéral est néanmoins soumis aux règles relatives aux contrats.¹⁰⁰ L'exemple par excellence de l'acte juridique unilatéral est le testament. Le C.c.Q. renferme d'autres exemples, notamment la confirmation d'un acte sous l'effet d'une nullité relative,¹⁰¹ l'introduction d'une procédure judiciaire,¹⁰² la résiliation de certaines ententes tels le contrat d'entreprise,¹⁰³ et le mandat.¹⁰⁴ Bien que ce type de contrat n'occupe pas une grande place dans la jurisprudence québécoise, la doctrine demeure divisée à ce sujet. Par exemple, Maurice Tancelin fait valoir l'importance des actes juridiques unilatéraux en matière contractuelle. Selon lui, le domaine des contrats a beaucoup changé et, maintenant, plusieurs contrats constituent une déclaration unilatérale de la volonté : « s'il est bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux, il est sans doute encore plus dans la nature de l'homme de vouloir décider tout seul de ce qu'il a d'abord voulu à deux ».¹⁰⁵

En droit civil, le contrat unilatéral est distinct de la promesse de récompense. Cette dernière est codifiée à l'article 1395 du C.c.Q. : l'offre de récompense faite à quiconque accomplira un acte donné est réputée acceptée et lie l'offrant dès qu'une personne, même sans connaître l'offre, accomplit l'acte, à moins que, dans les cas qui le permettent, l'offrant n'ait antérieurement révoqué son offre d'une manière expresse et suffisante. La doctrine assimile cette promesse à l'acte juridique unilatéral.¹⁰⁶ Elle se rapproche cependant du contrat unilatéral de la common law puisque la naissance des obligations se produit au moment de l'exécution d'un acte précis. La doctrine prétend qu'il s'agit d'une théorie d'exception du droit civil où il peut y avoir un accord fictif des volontés.¹⁰⁷ L'exécution est réputée être l'acceptation, le législateur ayant créé une présomption irréfragable à cet effet. Pour l'instant, l'analyse de la promesse de récompense doit se limiter à une doctrine rarissime, la jurisprudence sur cet article étant, à ce jour, inexistante.

Il est impossible de distinguer réellement le contrat unilatéral du contrat synallagmatique au moment de leur formation; effectivement, les deux types sont formés par l'acceptation d'une offre.¹⁰⁸ La différenciation s'effectue plutôt dans les

¹⁰⁰ *Laplante-Gingras c. Gingras*, 1994 CarswellQue 1784 (C.S.) (WeC) : l'acte unilatéral qu'est le testament devient un contrat par le décès du testateur et l'acceptation du légataire.

¹⁰¹ Art. 1420 C.c.Q.

¹⁰² *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500 au para. 29.

¹⁰³ Art. 2116 C.c.Q.

¹⁰⁴ Art. 2178 C.c.Q.

¹⁰⁵ Maurice Tancelin, «L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatéralisation du droit des contrats» dans *La solitude en droit privé*, Montréal : Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Thémis, 2002, 213 à la p. 221.

¹⁰⁶ Voir *supra* note 99.

¹⁰⁷ Karim, *supra* note 27 à la p. 145.

¹⁰⁸ Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n° 58.

effets de ces contrats.¹⁰⁹ Dans le contrat bilatéral, chaque partie est créancière de l'autre, alors que, pour le contrat unilatéral, comme il a été mentionné précédemment, une seule partie est créancière puisqu'il y a création d'obligations envers une seule partie. Il jouit d'une plus grande reconnaissance légale. Ce texte s'inscrivant dans la perspective de la formation des obligations, les étapes ultérieures liées à l'exécution ou à l'extinction des obligations ont été omises.¹¹⁰ Néanmoins, une partie qui est contractuellement active dans le domaine de la vente doit être au fait d'une remarque comparative entre le contrat unilatéral et le contrat synallagmatique. L'article 1591 du C.c.Q. limite aux contrats bilatéraux le droit de l'exception d'inexécution quant à la mise en œuvre du contrat. Les obligations étant à la charge d'une seule partie dans le contrat unilatéral, celle-ci ne peut invoquer ce recours pour refuser d'exécuter ses obligations lorsque l'autre en est défaut d'exécuter les siennes.

Les obligations principales créées par le contrat unilatéral sont à la charge d'une seule partie, comme le prévoit l'article 1380 du C.c.Q. Ainsi, une seule personne s'oblige envers l'autre.¹¹¹ Il n'y a donc aucune réciprocité, comme c'est le cas pour le contrat de vente. En droit civil, l'offre d'un contrat unilatéral est considérée comme la manifestation du consentement du pollicitant. Cette offre est également considérée comme l'exécution du contrat, ce qui fait en sorte qu'il y a création d'obligations dès ce moment.¹¹² En règle générale, lorsque la promesse est formulée par l'offrant, il suffit qu'il y ait acceptation pour qu'il y ait formation d'un contrat. En revanche, rien n'empêcherait les parties d'avoir recours à la voie contractuelle pour exclure toute acceptation autre que par l'exécution d'un acte, ce qui rendrait le mécanisme semblable à celui de la common law. Dans la pratique, il est rare, pour ne pas dire insolite, que les parties issues du régime civiliste suspendent les effets du contrat à cette fin particulière. L'acceptation peut se produire de diverses façons. Il est toutefois établi qu'il ne s'agit pas, sauf stipulation contraire des parties, de l'exécution d'un acte comme c'est le cas en common law. Selon les règles générales, elle peut être expresse ou tacite.¹¹³ Cet élément comporte des conséquences sur la théorie des risques. En cas de force majeure, le débiteur est libéré et le contrat s'éteint.¹¹⁴ De plus, une des grandes différences avec le contrat unilatéral de common law repose sur les limites à la rétractation de l'offre. Cela

¹⁰⁹ Dans le cas d'une promesse unilatérale de conclure un contrat, celui-ci peut être bilatéral dans sa formation, mais unilatéral dans ses effets. Voir art. 1396 C.c.Q.

¹¹⁰ Pour l'étude des sanctions possibles en cas d'inexécution du contrat unilatéral, voir Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n° 801. Il est à noter que le créancier d'un contrat unilatéral n'a pas intérêt à demander la résolution ou la résiliation du contrat puisqu'il n'a aucune obligation à exécuter. Le recours le plus fréquent demeure donc l'exécution forcée.

¹¹¹ Il peut arriver que la partie n'ayant pas d'obligation ait dû exécuter certaines obligations antérieurement à la conclusion du contrat pour qu'il se forme valablement. Par exemple, pour être parfaitement formé, le contrat de dépôt exige la remise d'un bien : art. 2281 C.c.Q.

¹¹² Schlesinger, *supra* note 10 à la p. 141.

¹¹³ Art. 1393 C.c.Q.

¹¹⁴ Art. 1693 C.c.Q. Voir également Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n° 831; *Five Star Jewellery Co. v. Horovitz*, [1991] R.J.Q. 993 (C.A.) : les risques sont supportés par le créancier.

s'explique par le fait que le contrat produit des effets immédiats lors de l'acceptation et il n'est pas soumis à une suspension tout au long de l'exécution d'une action. La rétractation de l'offre n'est pas possible après l'acceptation.

L'analyse de ce type de contrat implique incidemment celle des obligations corollaires. Ces obligations sont imposées par la loi, mais elles n'ont aucun effet sur la nature du contrat unilatéral. Notamment, il peut s'agir de l'obligation de rembourser les dépenses effectuées par le bénéficiaire d'un prêt ou par le dépositaire pour conserver le bien remis¹¹⁵ ou de l'obligation d'indemnisation pour le préjudice d'une restitution anticipée.¹¹⁶ Ces obligations corollaires n'ont pas pour effet de rendre le contrat bilatéral.¹¹⁷ La qualification du contrat se fait, il convient de le répéter, au moment de sa formation. Or, les obligations accessoires découlent de la loi et peuvent survenir après la formation du contrat. La survenance des obligations corollaires est incertaine lors de la formation. Un contrat est unilatéral si les effets et obligations voulus par les parties sont initialement destinés à produire des obligations pour une seule d'entre elles. On pourrait cependant avancer que le contrat devient bilatéral si une obligation corollaire survient par le truchement de l'intention tacite du droit commun. Il s'agit d'un débat doctrinal demeuré ouvert.¹¹⁸

En droit civil, le contrat unilatéral se manifeste dans le domaine de la vente. Certes, la nature du contrat de vente, instrument économique par excellence, est sensiblement opposée à celle du contrat unilatéral. Ce dernier est synallagmatique puisqu'il produit chez les parties des obligations corrélatives et réciproques : le vendeur s'engage et s'oblige à livrer le bien ou le service vendu et l'acheteur assume la charge de payer un prix déterminé ou déterminable.¹¹⁹ Par contre, le contrat unilatéral peut être connexe à la vente ou préalable à celle-ci. Tel est le cas, dans la vente d'immeubles, des mécanismes de la promesse de vente ou d'achat.¹²⁰ Il est cependant important de remarquer que, parfois, on qualifiera ce type de promesse de bilatérale dans sa formation et dans ses effets. Tel est le cas du contrat qui prévoit une indemnité d'immobilisation. Les parties se munissent alors d'un contrat en vue de conclure un autre contrat ultérieur.

Ce dont il est question ici, c'est la véritable promesse unilatérale, aussi appelée option, où une seule partie s'engage à conclure le contrat. Même si elle est habituellement classée parmi les avant-contrats, la promesse unilatérale de vente

¹¹⁵ Art. 2293, 2320 C.c.Q. Voir également *Roussil c. Montréal (Ville de)*, [1982] C.S. 866 (Qué) : selon les circonstances et si possible, l'emprunteur est tenu d'agir lorsque la conservation du bien prêté est en cause et doit même aller jusqu'à dépenser ses propres deniers.

¹¹⁶ Art. 2294 C.c.Q.

¹¹⁷ Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n° 58.

¹¹⁸ Voir Baudouin et Jobin, *supra* note 12 au n° 58 : cette controverse repose sur la qualification des contrats synallagmatiques imparfaits. Voir également Lluellas et Moore, *supra* note 18 aux nos 220 et 221; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 18 au n° 28.

¹¹⁹ Art. 1708, 1716 C.c.Q.

¹²⁰ Art. 1396, 1397, 1710-1712 C.c.Q.

constitue un véritable contrat. L'offre émanant du promettant est unilatérale dans ses effets, mais bilatérale dans sa formation. En effet, le promettant s'engage à vendre et le bénéficiaire s'engage à prendre en considération la promesse. L'acceptation de cette promesse représentera l'accord des volontés et formera le contrat. Cet instrument est très utile pour vérifier le sérieux de l'offrant, pour s'assurer que le vendeur laissera passer un certain délai pour étudier d'autres offres et, aussi, pour procéder à une multitude de vérifications préalables. Afin de faire naître ce contrat, l'offrant formule une promesse de contracter dans un délai déterminé ou déterminable, puis la soumet au bénéficiaire. Dès que le bénéficiaire accepte la promesse, il s'engage à conclure le contrat.¹²¹ En cas de défaut d'exécution, les sanctions de ce contrat unilatéral sont très contraignantes. Il s'agit du recours en passation de titre prévu à l'article 1712 du C.c.Q., de l'action en exécution forcée ou de l'action en dommages-intérêts.¹²² Le promettant d'un contrat unilatéral se distingue du simple offrant car il ne peut pas retirer son offre à tout moment.¹²³ De plus, la promesse ne deviendra pas caduque pour cause de mort¹²⁴

Autre exemple pragmatique du contrat unilatéral : le contrat de prêt.¹²⁵ Le prêt se forme par la remise matérielle du bien. Par la suite, les obligations créées sont à la charge d'une seule partie. Une fois le bien remis, seul l'emprunteur est débiteur de l'obligation de restituer l'objet prêté.¹²⁶ L'unique créancier de cette relation contractuelle est le prêteur. La créance porte sur le bien prêté. Il faut également se rappeler que, tout comme la promesse de don, la simple promesse de prêt ne donne lieu qu'à un recours en dommages-intérêts.¹²⁷

Dernier exemple de contrat unilatéral : le contrat de dépôt. Il est prévu à la chapitre onzième du C.c.Q., et s'agit d'un contrat par lequel une personne, le déposant, remet un bien meuble à une autre, le dépositaire, qui s'oblige à le garder pendant un certain temps avant de le restituer.¹²⁸ Tout comme le contrat de prêt, il est formé par la remise du bien.¹²⁹ Le dépositaire est la seule partie qui supporte des obligations, notamment celles de conserver le bien et de le restituer.¹³⁰ Les droits et obligations du dépositaire sont toutefois très limités.¹³¹ Par exemple, la nature et le

¹²¹ Art. 1396, al. 2 C.c.Q.

¹²² Art. 1590 C.c.Q.

¹²³ Langevin et Vézina, *supra* note 10 à la p. 39.

¹²⁴ Art. 1441 C.c.Q.

¹²⁵ Art. 2313 C.c.Q. Voir également Lluellas et Moore, *supra* note 18 au n° 213.

¹²⁶ Art. 2313 C.c.Q. Si ce n'est pas l'objet d'origine qui est remis, la même qualité et la même quantité doivent être remises, selon l'art. 2329 C.c.Q.

¹²⁷ Art. 1812, 2316 C.c.Q.

¹²⁸ Art. 2280, al. 1 C.c.Q.

¹²⁹ Art. 2281 C.c.Q.

¹³⁰ Art. 2283-2292 C.c.Q. Voir également *Simard c. Trois-Rivières (Ville)*, [1979] C.P. 89 (Qué).

¹³¹ *Jalbert c. Bernier*, 2003 CarswellQue 1776 (C.Q.) (WeC).

fondement du dépôt ne consistent pas à lui transférer l'*usus* du bien en question. Il doit d'abord demander au déposant la permission d'utiliser le bien déposé.

Provinces de common law

La notion de contrat unilatéral existe également en common law. Par contre, la nature de ce contrat est totalement différente de celle du droit civil québécois. En common law, le contrat unilatéral comporte des effets bilatéraux. Son nom provient du fait qu'il est formé à l'instigation d'une seule partie. Les effets du contrat unilatéral naissent après l'exécution complète de l'acte requis, sous réserve de la connaissance des conditions de l'offre par l'exécutant. En somme, il est possible de formuler la définition suivante : le contrat unilatéral est un mécanisme juridique par lequel une partie promet quelque chose à autrui en échange de l'accomplissement d'une prestation prédéterminée. Il s'agit d'une exception au principe de la formation des contrats par un échange de promesses. Sa représentation classique est l'invitation à accomplir un geste en contrepartie d'une récompense. Un autre exemple peut être celui d'un vendeur qui promet la vente d'un lot si l'acheteur obtient l'approbation de la municipalité pour cette vente.¹³² L'obtention de l'approbation représente alors l'acceptation de la promesse.

L'arrêt de principe ayant établi la substance et les exigences du contrat unilatéral en common law est *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company*.¹³³ Les faits sont les suivants : un fabricant de médicaments dispensés par inhalateurs avait fait une publicité adressée au public en général. On y lisait que le produit était infailible pour se protéger contre les infections liées à la grippe. Le fabricant garantissait à toute personne qui contracterait la grippe qui sévissait alors en Europe, malgré l'utilisation conforme de son produit, qu'il lui verserait une récompense de 100£. Sur la foi de cette promesse, Madame Carlill a acheté et utilisé le produit conformément au mode d'emploi. Malgré tout, elle a contracté la grippe. Le tribunal a jugé qu'il s'agissait d'un contrat unilatéral et que le fabricant du produit était lié par sa promesse après l'exécution complète de l'acte (achat du produit, utilisation conforme et atteintes de la grippe).¹³⁴ Dans ce contexte, l'offre n'a pas été faite à une personne déterminée, mais plutôt au public en général. Les règles établies dans ce jugement émanent des tribunaux anglais et ont été importées et appliquées en droit canadien.¹³⁵

¹³² *Calgary Hardwood & Veneer Ltd. v. Canadian National Ry Co.* (1979), 16 A.R. 52 (C. supr. A.) [*Calgary Hardwood*].

¹³³ *Carlill*, *supra* note 80.

¹³⁴ Voir aussi John A. Manwaring, «Le droit des contrats» dans Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir., *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough (Ont), Carswell, 1997, 287 aux pp. 328-29.

¹³⁵ *Goldthorpe v. Logan*, [1943] 2 D.L.R. 519 (C.A. Ont.); *Dunham v. St. Croix Soap Manufacturing Co.* (1897), 34 N.B.R. 243 (C.S.); *Calgary Hardwood*, *supra* note 132.

L'arrêt *Bowerman*¹³⁶ représente une application moderne des règles établies dans *Carlill*. En l'espèce, le demandeur avait fait affaire avec une agence de voyage pour planifier ses vacances. L'agence était membre de l'association défenderesse ABTA. Sur un mur de l'agence, on pouvait lire une annonce de la défenderesse qui affirmait que, en cas de faillite d'un de ses membres avant le début d'un voyage, elle s'engageait à rembourser l'argent déboursé pour ce voyage. L'agence est devenue insolvable avant le début des vacances du demandeur, lequel a réclamé à la défenderesse l'argent payé. La défense affirmait que l'annonce n'avait pas été publiée en vue de conclure une relation contractuelle avec le demandeur. La prétention a été rejetée et la cour a statué que : « *this document is intended to be read and would reasonably be read by a member of the public as containing an offer of a promise which the customer is entitled to accept by choosing to do business with an ABTA member* ». ¹³⁷ Par application du critère objectif, il a été décidé qu'il s'agissait d'une offre réelle et que l'exécution des conditions proposées suffisait pour former le contrat. Cet arrêt provient d'Angleterre, mais, par analogie, il pourrait trouver application en droit canadien.

Le contrat unilatéral exige une offre et une acceptation. L'offrant définit les modalités de l'exécution d'un acte dans son offre. Il propose la conclusion d'un contrat unilatéral et lance l'invitation, à une personne déterminée ou non, d'accomplir un acte précis pour y arriver. Dans ce type de relation, l'acceptation est nécessairement l'exécution d'un acte par le destinataire de l'offre.¹³⁸ Il s'agit d'une démarche unilatérale par l'acceptant qui, bien souvent, au moment de l'exécution, est effectuée à l'insu de l'offrant. L'exécution doit être communiquée à l'offrant. Il est important de noter que ce n'est pas le commencement de l'exécution qui doit être communiqué à l'offrant, mais bien sa fin. Par exemple, si un individu entreprend la recherche d'un animal perdu à la suite de la lecture d'une offre de récompense par son propriétaire, il n'est pas nécessaire d'informer le propriétaire qu'il a entrepris une recherche. Si l'offre est faite au public en général, tout exécutant aura droit à la prestation promise, s'il respecte les modalités exigées par l'offrant. Généralement, l'offrant limitera la promesse de fournir la contrepartie proposée à l'exécutant qui réussit le premier à remplir les exigences.

Contrairement à ce qui a été présenté dans la section précédente sur le droit civil du Québec, la formation d'un contrat unilatéral fait naître des obligations réciproques. Les parties sont mutuellement créancières et débitrices l'une envers l'autre, malgré l'appellation « unilatérale ». ¹³⁹ Lorsque l'exécution complète de l'acte demandé est communiquée à l'offrant, celui-ci est tenu d'exécuter la promesse donnée. Pour sa part, le destinataire doit fournir le résultat de l'exécution de l'acte requis. Le moment de la naissance des obligations est ce qui distingue le contrat

¹³⁶ *Bowerman*, *supra* note 80. Cet arrêt a été rendu dans un contexte de consommation, mais il est possible de transposer le principe en droit commercial.

¹³⁷ *Ibid.* à la p. 463.

¹³⁸ Treitel, *supra* note 8 à la p. 37.

¹³⁹ Manwaring, *supra* note 10 à la p. 35.

unilatéral du contrat synallagmatique en common law. Dans ce dernier cas, les obligations corrélatives et réciproques naissent au moment de la formation du contrat, indépendamment de l'exécution d'un acte déterminé.

Pour être génératrice d'obligations, l'offre doit inévitablement être connue du destinataire au moment de l'exécution, que cette personne soit déterminée ou non au moment où l'offre est faite. De plus, l'offre d'un contrat unilatéral devient obligatoire seulement si l'autre partie accomplit l'acte en conformité avec celle-ci et qu'il communique ce fait au promettant. C'est à ce moment que se produit l'échange des consentements. Cette exécution équivaut alors à l'acceptation et à la contrepartie. Il n'existe pas d'autres formes valables d'acceptation. Le contrat unilatéral sera convenablement formé et il y aura naissance des obligations seulement si ces formalités sont respectées.

Concernant la question de l'exécution, il existe une certaine controverse jurisprudentielle.¹⁴⁰ Si une promesse de récompense est exécutée par une personne qui ignore son existence, certains diront qu'il ne peut y avoir d'attente raisonnable à recevoir la prestation promise et, par conséquent, cette personne n'y a pas droit. Par ailleurs, puisque l'acte est tout de même exécuté en conformité avec l'intention de l'offrant, on peut se demander pourquoi l'exécutant, se rendant compte par la suite qu'une offre existait, ne pourrait recevoir la prestation. De même, si une partie exécute un acte sachant qu'une promesse existe, mais qu'elle le fait pour des raisons et des motivations tout à fait différentes, y a-t-il formation d'un contrat unilatéral? Dans le cas précédent, il est possible d'imaginer une personne qui, se croyant atteinte d'une maladie incurable et afin de soulager sa conscience, avoue l'accomplissement d'un acte, puis finit par se rétablir. Un commentaire s'impose néanmoins sur la responsabilité du destinataire de la promesse une fois que l'exécution est mise en branle. Puisque le contrat unilatéral est formé au moment de la communication de l'accomplissement complet d'un acte, le destinataire n'est lié d'aucune manière durant l'exécution. Il peut décider de commencer cette exécution ou non. S'il y a commencement d'exécution, il n'est pas tenu de la terminer et peut l'abandonner en cours de route, sans autre formalité à l'égard de l'offrant. On peut voir là une contribution au caractère incertain du contrat unilatéral, puisque l'offrant ne dispose d'aucun recours pour forcer l'exécutant à terminer ce qu'il a commencé.

L'application de la théorie générale fait en sorte que le contrat unilatéral peut constituer une relation très incertaine. En effet, la suspension de son caractère obligatoire jusqu'à l'exécution complète alimente une certaine insécurité juridique. Tant que le contrat n'est pas conclu, c'est-à-dire tant que le destinataire de l'offre n'a pas communiqué à l'offrant que l'exécution complète de l'acte demandé est terminée, ce dernier peut retirer son offre. La personne qui a commencé à exécuter l'acte demandé peut donc voir l'offre être retirée brusquement et sans préavis. De plus, même si une partie a complètement exécuté l'acte demandé, le promettant peut retirer son offre tant que l'avis de l'exécution ne lui est pas parvenu.¹⁴¹ Il en découle

¹⁴⁰ Waddams, *supra* note 64 à la p. 119.

¹⁴¹ Treitel, *supra* note 8 à la p. 38.

que l'acceptant est placé dans une position de vulnérabilité extrême. Cette situation peut être illustrée par un exemple, caricatural, certes, mais réalisable. Une entreprise spécialisée dans la fabrication et la distribution de bicyclettes fait une offre en vue d'augmenter ses ventes. Elle promet à toute personne déterminée à parcourir sur une de ses bicyclettes le trajet séparant Halifax de Vancouver dans un délai déterminé qu'elle lui remettra un prix de 10 000\$ canadiens. Plus tard, constatant que beaucoup de cyclistes relèvent le défi, elle peut retirer son offre, même si 200 personnes sont à mi-parcours en Saskatchewan. Un autre risque relié au contrat unilatéral dans sa forme actuelle fait en sorte qu'une partie peut entrer dans une relation contractuelle à son insu.¹⁴²

En réponse à ces problèmes, la jurisprudence a apporté quelques précisions supplémentaires aux exigences du contrat unilatéral. En effet, pour pallier le risque de préjudice, la cour présume que les parties avaient l'intention d'être liées par un contrat bilatéral.¹⁴³ Il revient à celui qui prétend qu'un contrat unilatéral existe de réfuter cette présomption. En common law, le recours aux mécanismes du contrat unilatéral se fera seulement si cette présomption servant à la protection des intérêts des parties ne peut être utilisée ou est réfutée par le requérant.¹⁴⁴ L'arrêt *Errington*¹⁴⁵ est également venu limiter le droit de retrait de l'offre. Il s'agissait du cas d'un père ayant promis à son fils et à sa bru de leur donner sa maison s'ils continuaient de payer l'hypothèque la grevant. Avant le paiement complet de l'hypothèque, le promettant est décédé en léguant l'ensemble de ses biens à sa femme, dont la propriété promise. Entre temps, le couple s'est séparé et le fils est retourné vivre chez sa mère, laissant la maison entre les mains de son ex-femme, laquelle a continué les paiements de l'hypothèque. La veuve a cherché à reprendre la maison dont elle était devenue propriétaire. Lord Denning a statué que le père avait fait un contrat unilatéral, c'est-à-dire une promesse de don de la maison en contrepartie de l'exécution des paiements de l'hypothèque. Il a ajouté que cette offre est devenue irrévocable le jour où l'exécution a commencé.

¹⁴² Voir *Ron Engineering*, *supra* note 74. Sommairement, il s'agit d'un cas où un soumissionnaire a été lié contractuellement par un contrat unilatéral sans qu'il en ait connaissance, situation juridique confirmée par la cour. Cette conséquence est liée au caractère suspensif du contrat unilatéral et à la théorie objective de l'intention, laquelle a été exposée à la section 1.2.

¹⁴³ Voir cependant *Fridman*, *supra* note 8 à la p. 81 : «*Perhaps this is more easily concluded in favour of the offeror/acceptor in cases where the offer has been made to the whole world, or the public at large, as in the Carlill case and its analogues, than in cases where the offer is made to a specific individual.*»

¹⁴⁴ *Dawson c. Helicopter Exploration Co.*, [1955] R.C.S. 868.

¹⁴⁵ *Errington v. Errington & Woods*, [1952] 1 K.B. 290 (C.A.). Il faut aussi noter que, en droit anglais, la question de la révocabilité de l'offre est plus précise qu'elle ne l'est actuellement au Canada. En effet, dans cette juridiction, l'offrant peut stipuler qu'il conserve un droit de révocation de son offre lorsqu'il la formule. Ce droit peut alors valoir jusqu'à complète exécution par l'acceptant. Si aucune réserve n'est émise en ce sens, les tribunaux s'entendent pour dire qu'une exécution partielle prive l'offrant du pouvoir de révocation quand l'exécution a engagé des efforts importants ou des dépenses substantielles. Les tribunaux se sont donc conscientisés afin de protéger le public contre les abus possibles exercés par les marchands. À ce sujet, voir également *Schlesinger*, *supra* note 10 à la p. 141, n. 2.

Dans l'arrêt *Errington*, il y a donc eu naissance des obligations dès le début de l'exécution. La cour a ainsi trouvé une condition implicite dans le contrat qui limitait le droit à la révocation de l'offre dès le commencement. Pour que ce précédent s'applique, l'offrant doit recevoir un avis, exprès ou tacite, du début de l'exécution. Bien que la transmission d'un préavis d'exécution ne soit pas obligatoire pour la création d'un contrat unilatéral, il est donc fortement recommandé de le faire afin de s'assurer d'une protection minimale. Par contre, il faut préciser que la faculté de retrait n'est aucunement limitée quand il s'agit d'une promesse faite au public en général.¹⁴⁶ On peut cependant soutenir que le retrait doit alors être effectué en recourant aux mêmes moyens utilisés pour faire l'offre si on veut éviter des injustices.

De même, Sir Frederick Pollock a proposé une avenue similaire pour résoudre le problème de l'insécurité contractuelle.¹⁴⁷ Il a dit que, dès le début de l'exécution de la promesse, il faut rendre l'offre systématiquement irrévocable. Il a prétendu que c'est le commencement de l'exécution et non sa fin qui constitue l'acceptation véritable. C'est donc au début que se forment les obligations selon cet auteur. Toutefois, il a précisé que l'acceptation et la contrepartie constituaient deux éléments distincts dans cette perspective. En effet, la contrepartie fournie en échange de la promesse de l'offrant ne peut pas être autre chose que l'exécution complète de cet acte. Quant au professeur Fridman, dans un commentaire portant sur l'ensemble de l'institution du contrat unilatéral, il écrit :

*In order to provide an answer when the appropriate circumstances arise, it may be necessary for the courts to abandon some of the more settled principles of offer and acceptance and achieve a solution that accords with the common sense and practical necessity rather than the logical structure of the idea of consensus ad idem.*¹⁴⁸

Cependant, malgré les quelques modifications récentes apportées par les tribunaux pour éviter les abus de l'offrant, le contrat unilatéral des provinces de common law ne convient pas dans les transactions commerciales. Cette situation s'explique par le fait que les marchés exigent la sécurité juridique des transactions : « *it has to be admitted that today, in the business community, unilateral contracts are not frequent as they leave the position of the offeree too unprotected, and too liable to risks if an attempt is made to revoke before performance is completed* ». ¹⁴⁹ En guise de solution, les parties peuvent insérer des clauses restreignant le retrait de l'offre. Elles peuvent aussi stipuler un processus d'acceptation différent. Mais, il faut se rappeler que, bien souvent, pour les offres faites au public en général, au moment de la formulation de la promesse, le destinataire n'est pas encore connu du promettant. La négociation est alors impossible. Il est donc conseillé à l'acceptant de modifier le processus juridique par défaut, invitant l'offrant à communiquer avec

¹⁴⁶ Manwaring, *supra* note 10 aux pp. 40-41.

¹⁴⁷ Schlesinger, *supra* note 10 à la p. 549.

¹⁴⁸ Fridman, *supra* note 8 à la p. 83.

¹⁴⁹ Schlesinger, *supra* note 10, vol. 2, à la p. 1244.

lui pour convenir des modalités de l'exécution. D'un autre point de vue, le contrat unilatéral des provinces de common law demeure une institution contractuelle pertinente dans le contexte actuel, malgré ses carences. Ce concept représente une technique utile pour rendre certaines promesses exécutoires, spécialement celles effectuées à une personne indéterminée, telle que la promesse de récompense offerte au moyen d'une annonce publicitaire.¹⁵⁰

La coexistence et l'interrelation des concepts au Canada

Après l'étude respective des deux systèmes de droit canadiens sur la question du contrat unilatéral, un premier constat s'impose concernant la différence fondamentale qui distingue la nature du concept. En droit civil, il s'agit d'un contrat formé par l'échange des consentements, mais dans lequel les obligations sont à la charge d'une seule partie. En common law, les obligations découlant du contrat unilatéral sont réciproques et c'est plutôt dans sa formation que se trouve sa nature unilatérale. Il est à noter que ce mécanisme contractuel existe, sous une forme semblable, dans le droit codifié du Québec, à l'article 1395 du C.c.Q. : la promesse de récompense. Cependant, il ne s'agit que d'un aspect du contrat tel qu'il apparaît en common law, et il serait faux de les associer automatiquement. Bref, en l'absence de toute stipulation contraire dans le contrat, il y a une différence concernant l'époque où naissent les obligations et la manière dont le contrat se forme en droit civil et en common law. Hormis sa dénomination, le contrat unilatéral de chacun des régimes n'a rien en commun. D'autres constats s'imposent sur la fonctionnalité respective de ces contrats. En common law, le contrat est incertain vu le caractère suspensif de sa formation. Cette situation découle du maintien de certains principes soutenus par le *stare decisis* et de la cohérence conceptuelle, qui n'est pas une priorité en common law.¹⁵¹ Le contrat unilatéral du droit civil, de son côté, est particulier puisqu'une seule partie assume le poids du contrat.

Puisque la nature du contrat unilatéral est différente d'un système à l'autre, on ne peut pas affirmer qu'il y a un véritable problème d'interaction. Dans le domaine des contrats de vente commerciaux, la coexistence des deux concepts n'est pas impossible puisqu'ils servent à des fins différentes. Le seul problème interrelationnel envisageable est celui d'une erreur de perception liée à la désignation du contrat projeté. La présente section vise d'ailleurs à amener les acteurs commerciaux à mieux connaître les caractéristiques respectives des contrats unilatéraux pour éviter toute méprise dans leurs dialogues. De plus, pour éviter la création d'un concept uniforme et préserver l'essence du contrat unilatéral dans chacun des systèmes, les législateurs doivent eux aussi être conscients des particularités respectives.

¹⁵⁰ Waddams, *supra* note 64 à la p. 124.

¹⁵¹ Pour plus de détails concernant les fondements de la common law voir Donald Poirier et Anne-Françoise Debruche, *Introduction générale à la common law*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 aux pp. 393-440; Pallard, *supra* note 57 aux pp. 1-58.

Ensuite, tout comme pour le premier sujet abordé, un regard peut être posé à l'étranger afin de mieux comprendre et de faciliter l'interaction des concepts de contrat unilatéral au Canada. En général, en Europe et aux États-Unis, les contrats unilatéraux de la common law et du droit civil possèdent les mêmes fondements, lesquels ont été étudiés précédemment. Par exemple, tant que le contrat n'est pas conclu, c'est-à-dire tant que l'acte n'est pas accompli et communiqué, les parties peuvent se dégager du lien contractuel. C'est donc dire que l'exécutant, en common law, est aussi placé dans une situation précaire. Cependant, certains moyens ont été pris pour assouplir la règle. Notamment, en Angleterre, la notion de *reliance* a été utilisée dans le contexte d'un contrat unilatéral pour pallier cette insuffisance.¹⁵² Elle permet de répondre aux attentes légitimes (*reasonable expectations*) des parties. Dans l'exécution d'un contrat unilatéral, une partie forme évidemment de telles attentes. Elle peut donc, grâce à ce recours, recevoir une compensation si le promettant retire son offre en cours d'exécution. Certains tempéraments ont aussi été apportés aux États-Unis où il est fait de plus en plus appel à la notion de préclusion fondée sur une promesse (*promissory estoppel*). Dans le contexte du contrat unilatéral, cette théorie affirme que, si une personne adopte un comportement raisonnablement interprété comme une offre ferme, elle ne peut la retirer une fois l'exécution commencée. Si elle le fait, elle s'expose alors à des sanctions pour la rupture des attentes légitimes. Finalement, en ce qui a trait aux offres faites au public, l'exemple de l'Allemagne peut être cité. En droit allemand dans lequel la notion de contrat unilatéral est très développée, la promesse faite au public prend effet immédiatement.¹⁵³

Le contrat unilatéral comporte aussi quelques manifestations dans les instruments internationaux. L'article 14(2) de la *Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises*¹⁵⁴ porte sur la question de l'offre faite au public en général, ce que la common law, rappelons-le, assimile au contrat unilatéral. Par contre, le traitement fait à cette disposition est différent de celui de la common law. En effet, une proposition adressée à des personnes indéterminées n'est considérée que comme une invitation à contracter, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire. Toutefois, l'article 16(1) de cette loi permet la révocation de l'offre tant que le contrat n'a pas été conclu. Sur ce dernier point, c'est l'approche de la common law qui est privilégiée. Pour ce qui est des principes d'UNIDROIT, l'article 2.1.6(3) traite du contrat unilatéral tel qu'il apparaît en common law. Il y est mentionné que l'acceptation peut être l'exécution complète d'un acte prévu par l'offre, les usages ou les pratiques entre les parties.

Il va sans dire que la voie à privilégier dans le bijuridisme canadien s'avère encore une fois la rédaction éclairée et cohérente des contrats de vente à portée commerciale. Puisque le contrat unilatéral n'a pas la même utilité et les mêmes effets dans les régimes respectifs, un premier conseil serait l'inclusion d'une clause

¹⁵² *Box v. Midland Bank* (1979), 2 Lloyd's Rep. 391 (Q.B.).

¹⁵³ Fontaine, *supra* note 49 à la p. 198.

¹⁵⁴ *Supra* note 94.

de droit applicable. Ainsi, les parties connaîtront la portée véritable de leur contrat. Dans un souci de précision et pour éviter toute erreur de perception, il est également conseillé de décrire exhaustivement les obligations que les parties auront à respecter, ainsi que le moment de leur naissance. Aussi, s'il s'agit d'une situation où le contrat unilatéral de la common law est plus approprié, les parties devraient apporter quelques modifications aux principes qui s'appliquent à défaut de stipulation. Afin de protéger l'exécutant, une clause devrait restreindre le droit de retrait de l'offre par le promettant une fois l'exécution débutée¹⁵⁵. On peut aussi prévoir une clause créatrice d'obligations et de sanctions pour l'exécutant lorsqu'il s'engage à exécuter l'acte requis. Enfin, il est important de rappeler que le contrat doit être rédigé dans des termes neutres et sans ambiguïtés et que le recours à des définitions est tout à fait indiqué. Ceci est d'autant plus vrai dans le contexte du bijuridisme, où les parties doivent composer avec des notions qui sont souvent différentes de celles de leur système de droit respectif.

CONCLUSION

Il a été vu que la théorie des obligations et le droit des contrats au Canada évoluent parallèlement dans les systèmes de droit civil et de common law. Il n'en demeure pas moins que les deux traditions juridiques sont appelées à coexister et à interagir dans la pratique, surtout en matière de vente. Pour faciliter cet interaction, il est souhaitable que les juristes canadiens soient sensibilisés aux nuances et aux caractéristiques respectives des deux systèmes de droit. Ainsi, les négociations seront plus fructueuses, les échanges, plus harmonieux, et plusieurs problèmes d'interprétation pourront être évités. Cette recherche sur le bijuridisme canadien visait, d'une part, à appuyer la rédaction des contrats de vente à portée extraterritoriale impliquant le Québec et, d'autre part, à fournir aux différents législateurs un outil de travail présentant le droit substantif de chacun des systèmes de droit. Les résultats de cette étude ont conduit à la formulation de quelques constats et réflexions.

Dans un premier temps, il a été souligné que l'intention des parties joue un rôle différent dans chacune des deux traditions juridiques. Au Québec, l'intention est soumise à une évaluation subjective. Elle doit cependant comporter un élément interne et un élément externe. En common law, l'intention est soumise au critère objectif. De part et d'autre, l'intention des parties représente un élément fondamental de la formation et de l'interprétation des contrats. Malgré les différences théoriques, les contrats de vente commerciaux à portée interprovinciale ne sont pas paralysés dans la pratique. Dans un deuxième temps, il a été constaté que le contrat unilatéral ne possède pas la même nature et les mêmes caractéristiques en common law qu'en droit civil. Au Québec, le contrat unilatéral se forme par un échange de consentements, mais ses effets sont unilatéraux et immédiats. Dans les

¹⁵⁵ S'il s'agit d'une promesse faite au public en général, qui ne concerne donc pas le domaine de la vente commerciale, les parties peuvent stipuler que l'offrant ne doit pas avoir une capacité de retrait illimitée et que le mouvement jurisprudentiel actuel doit se poursuivre. Il est aussi suggéré qu'une modification s'opère dans le droit statutaire pour encadrer les offres faites au public en général dans les provinces de common law.

autres provinces, le contrat unilatéral est un contrat comportant des obligations réciproques et créé sur l'initiative d'une seule partie. L'offrant formule une promesse de fournir une prestation définie en échange de l'accomplissement d'un acte par une autre partie. Les effets du contrat sont suspendus jusqu'à exécution complète de l'acte requis, laissant le pollicité dans une situation de vulnérabilité. Il a été vu que, dans le domaine de la vente, ces notions peuvent cohabiter, pour autant que leur nature puisse être correctement déterminée.

Tel qu'il a été constaté, les différences conceptuelles soulevées dans cette recherche n'entraînent pas l'incompatibilité des droits. Cependant, certains détails, mêmes minimes, peuvent occasionner des problèmes de perception quand les acteurs d'un système juridique entrent en relation avec des acteurs de l'autre système. De plus, la réalité contractuelle est souvent différente des théories du droit. Les relations ne se développent pas nécessairement dans un cadre prédéfini en suivant des étapes succinctes et immuables. Une règle de droit, aussi fonctionnelle soit-elle, n'est pleinement efficace que lorsqu'elle satisfait aux exigences propres à la pratique et lui fournit des balises qui peuvent être facilement comprises. Par contre, le rédacteur contractuel ou législatif, s'il désire travailler consciencieusement, doit tenir compte de ces différences. La compréhension des divergences conceptuelles dès l'étape des négociations et de la formation des contrats permet d'éviter des problèmes lors de l'exécution des obligations ou de leur interprétation. Les parties au contrat ou leurs avocats doivent avoir une bonne connaissance réciproque des systèmes de droit afin d'en arriver à une solution unanime.

Les parties à un contrat de vente de nature commerciale bénéficient d'une très grande liberté dans le choix du droit applicable à leur contrat. Cette liberté, actuellement soutenue par les idéologies en place, est présente dans la formulation et la rédaction de l'ensemble des clauses du contrat. On ne répétera jamais assez que le contrat est la loi des parties et qu'il faut être rigoureux et minutieux dans sa rédaction. Le rédacteur ne doit pas être influencé par l'atmosphère initiale des relations d'affaires où les parties sont au diapason. L'étape de la formation des obligations contractuelles constitue un moment où la confiance mutuelle des parties atteint son paroxysme et où la convergence des objectifs réciproques est évidente. Mais, il ne faut pas s'éloigner de la rigueur et de la précision dans la rédaction des contrats, car la bonne entente peut prendre fin rapidement. En cas de litige, l'interprétation et l'application du contrat pourront alors être fastidieuses. La réflexion sur le bijuridisme peut se poursuivre par l'étude des droits étrangers où coexistent le droit civil et la common law. Cet exercice doit cependant s'opérer avec discernement puisque l'approche est différente pour chaque culture juridique. L'étude des manifestations des concepts dans les instruments internationaux s'est aussi avérée instructive.

Cette recherche n'a examiné que quelques aspects de la formation des contrats de vente commerciale. Plusieurs sujets n'ont pas fait l'objet d'un traitement spécifique, mais demeurent des pistes intéressantes dans l'étude du bijuridisme canadien. Il serait intéressant, entre autres, de comparer l'objet et la cause du contrat ainsi que la question du formalisme, sans oublier les types de contrats de plus en plus sollicités que sont les contrats d'adhésion et de consommation. Ces sujets, et biens

d'autres, mériteraient une attention particulière, la compréhension des traditions juridiques et de leurs dissonances permet tant assurément une cohabitation et une interrelation plus harmonieuses dans le contexte bijuridique canadien.

L'exercice comparatif tout comme les constats apportés n'ont pas pour objectif l'atteinte de concepts et d'une pratique uniformisés en droit canadien. Au contraire, la culture bijuridique canadienne est à la fois riche et unique et il est primordial de conserver la nature respective des deux systèmes de droit. L'étude comparée du droit des contrats a permis d'acquérir une meilleure connaissance réciproque des deux traditions juridiques, sans toutefois créer une concurrence des normes. Dans l'esprit des objectifs du *Programme d'harmonisation* du Ministère de la Justice du Canada, il est important de tendre vers une complémentarité de ces traditions dans un but d'enrichissement mutuel. Il est souhaité que le présent travail contribuera aux travaux d'harmonisation et qu'il permettra de mieux comprendre les divergences entre la common law et le droit civil québécois dans le domaine de la formation des contrats.