

NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DES CONTRATS

DOSSIER DE SYNTHÈSE

par Sylvette Savoie Thomas et Gérard Snow

Groupe *executed* / *executory*

TERMES EN CAUSE

executed consideration
executed contract
executed covenant
executed promise
executed satisfaction

executory consideration
executory contract
executory covenant
executory promise
executory satisfaction

MISE EN SITUATION

Dans le cadre du dossier CTTJ contrats 18 groupe *performance*, le terme *execution*¹, synonyme de *performance*, a été rendu par « exécution ». Cet équivalent est en voie de normalisation. C'est dans ce sens-là que les mots *executed* et *executory* sont employés dans le présent dossier, et non au sens de *execution*² (à traiter avec *executed contract*² dans un éventuel dossier omnibus), qui a plutôt le sens de « passer un contrat ».

Dans le cadre des travaux de normalisation du vocabulaire du droit des biens, plusieurs termes construits avec *executed* et *executory* ont été traités. Voici la liste des termes normalisés en droit des biens :

<i>contingent executory interest</i>	intérêt éventuel non réalisé
<i>equitable executory interest</i>	intérêt non réalisé en equity
<i>executed estate</i>	domaine réalisé
<i>executed interest</i>	intérêt réalisé
<i>executed remainder</i>	résidu réalisé
<i>executory bequest</i>	legs de biens personnels non réalisé; legs non réalisé
<i>executory devise (1°) (acception large)</i>	legs de biens réels non réalisé; legs non réalisé
<i>executory devise (2°) (acception restreinte)</i>	legs de biens réels non réalisé; legs non réalisé
<i>executory devisee</i>	destinataire de legs de biens réels non réalisé; destinataire de legs non réalisé
<i>executory estate</i>	domaine réalisé
<i>executory gift</i>	donation non réalisée
<i>executory gift over</i>	legs subséquent non réalisé

<i>executory interest</i>	intérêt non réalisé
<i>executory limitation</i>	délimitation non réalisée
<i>executory remainder</i>	résidu non réalisé
<i>fee simple determinable with an executory limitation</i>	fief simple résoluble assorti d'une délimitation non réalisée
<i>fee simple subject to an executory limitation</i>	fief simple assorti d'une délimitation non réalisée
<i>legal executory interest</i>	intérêt non réalisé en common law

Certains termes construits avec *executed* et *executory* ont également été traités dans le cadre des travaux de normalisation du vocabulaire du droit des fiducies. En voici la liste :

<i>executed use</i>	usage parfait
<i>executed trust; perfect trust</i>	fiducie parfaite
<i>executory use</i>	usage non réalisé
<i>executory trust; imperfect trust</i>	fiducie imparfaite

Le terme *satisfaction* étant examiné dans un autre de nos dossiers encore à l'étude – le dossier CTTJ 37 (*discharge*) –, nous n'avons pas retenu les termes *executed satisfaction* et *executory satisfaction*.

Nous ne traiterons pas non plus des termes spécifiques à la vente d'objets.

ANALYSE NOTIONNELLE

Lorsqu'une des parties a rempli toutes les obligations qui lui étaient imposées par le contrat, elle peut dire, du moins en ce qui la concerne, que le contrat est *executed*. Pour l'autre partie, le contrat demeure toujours *executory*. Voici un contexte tiré de *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., vol. 1, p. 449 qui illustre bien cette situation :

(...) when (a contract) has been performed by one of the parties, it is **executed** as far as he is concerned, but so long as something remains to be done by one of the parties, it is said to be **executory** as regards him.

Le terme *executed contract*¹ désigne également un contrat qui a été pleinement exécuté par les deux parties :

[W]here nothing remains to be done by either party, and where the transaction is completed at the moment that the agreement is made, as where an article is sold and delivered, and payment therefor is made on the spot.
Jowitt's Dictionary of English Law, 2^e éd., vol. 1, p. 742.

executed contract. 1. A contract that has been fully performed by both parties. [...]
Black's Law Dictionary, 8^e éd., p. 344.

Tant que certaines des obligations découlant du contrat demeurent inexécutées, on dira donc que le contrat est *executory*, du moins en ce qui concerne la partie qui n'a pas acquitté toutes ses obligations. Voici quelques définitions de ce concept :

A contract is said to be **executory** where some future act is to be done, as where an agreement is made to build a house in six months, or to do an act on or before some future day, or to lend money upon a certain interest, payable at a future time.
Jowitt's Dictionary of English Law, 2^e éd., vol. 1, p. 742.

executory contract. 1. A contract that remains wholly unperformed or for which there remains something still to be done on both sides, often as a component of a larger transaction and sometimes memorialized by an informal letter agreement, by a memorandum, or by oral agreement. [...]
Black's Law Dictionary, 8^e éd., p. 344.

Une contrepartie peut aussi être *executed* ou *executory*. Elle est dite *executory* si, au moment de la formation du contrat, la contrepartie consiste en une promesse. Elle est dite *executed* si, au moment de la formation du contrat, elle consiste en l'exécution d'un acte (positif ou négatif). Par exemple, si A promet d'acheter le livre de B pour la somme de 2 \$, la contrepartie (les 2 \$) constitue une promesse. La contrepartie est donc *executory*, puisqu'aucune somme n'a été versée. Cependant, si A donne 2 \$ à B en échange de son livre, la contrepartie dans ce cas est *executed*. L'extrait suivant tiré de *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, 13^e éd., p. 76-77 illustre bien cela :

The accepted classification of consideration is into the two categories, *executory* and *executed*. The classification reflects the two different ways in which the plaintiff may buy the defendant's promise. **Consideration** is called **executory** when the defendant's promise is made in return for a counter-promise from the plaintiff, **executed** when it is made in return for the performance of an act.

L'extrait suivant tiré de *Anson's Law of Contract*, 28^e éd., p. 92, va dans le même sens :

As far as the relation of the consideration to the promise in respect of time, is concerned, a **consideration** may be **executory**, a promise given for a promise; or it may be **executed**, an act or forbearance given for a promise.

Il importe donc de mentionner que la différence entre *executed* et *executory* n'a rien à voir avec le fait que la contrepartie, à un moment précis durant l'existence du contrat, a déjà été exécutée ou qu'elle le sera plus tard. C'est lors de la formation du contrat que ça se décide. La différence vient donc du fait que la contrepartie est soit une promesse (*executory*), soit un acte effectué lors de la formation du contrat (*executed*). Une *executory consideration* ne deviendra pas *executed* une fois que la promesse (servant ici de contrepartie) aura été exécutée.

Voici d'autres explications pour *executed consideration* qui nous permettent de mieux comprendre ce concept :

Consideration is said to be **executed** when it consists of the performance of some act by a party, for example, when there is a promise which is given in consideration of A's services to B.

Fridman, *The Law of Contract*, 2^e éd., p. 96.

The consideration and the promise may be simultaneous; that is, the promise may be given and the consideration executed at the same time; as where A pays B ready money in consideration of B's promise to deliver him goods at a future time. This is called **executed consideration**.

Jowitt's Dictionary of English Law, 2^e éd., vol. 1, p. 424.

Il importe à ce moment-ci de distinguer l'*executed consideration* du *past consideration*. Voici ce que nous avons dit au sujet de *past consideration* dans un dossier antérieur (dossier CTTJ contrats 15B groupe *past consideration*) :

« A past consideration is some act performed, or some value given, before the making of the promise. » C'est ainsi qu'est défini le terme *past consideration* dans le vol. 1 de la 2^e éd. du *Jowitt's Dictionary of English Law*, à la p. 424. Le *Black's Law Dictionary*, 8^e ed., p. 326, pour sa part, en donne la définition suivante :

An act done or a promise given by a promisee before making a promise sought to be enforced. • **Past consideration** is not consideration for the new promise because it has not been given in exchange for this promise [...].

On remarquera que, contrairement à la définition du *Jowitt*, qui laisse entendre qu'une contrepartie doit avoir été exécutée pour être une *past consideration*, celle du *Black* est plus ambiguë, puisqu'elle semble comprendre également une simple promesse prématurée.

Le consultant Michel Doucet nous a bien fait remarquer qu'il ne s'agit pas ici d'une contrepartie qui aurait déjà servi à valider un contrat antérieur, mais une contrepartie donnée ou offerte prématurément, la common law requérant que la réciprocité soit pour ainsi dire concomitante des promesses.

La *past consideration* n'est pas une contrepartie valide :

Consideration given prior to entering into a contract. **Past consideration** is not sufficient consideration to support a contract.

Ballentine's Law Dictionary, Legal Assistant Edition, p. 394

[...] where there is an interval of time between an act and the promise said to have been given in return for it. The alleged consideration is then said to be "**past consideration**" and therefore bad.

Treitel, *The Law of Contract*, 10^e éd., p. 73

Il ne faut pas confondre *past consideration* et *executed consideration*, celle-ci désignant une contrepartie ayant fait l'objet d'exécution, par opposition à la *executory consideration* :

From these valid kinds of consideration [*executed consideration* et *executory consideration*] must be distinguished **past consideration** which will not suffice to support a promise and create enforceable contract.

[FIN DE LA CITATION]

L'extrait suivant tiré de *Anson's Law of Contract*, 28^e éd., p. 93 nous rappelle également qu'il faut distinguer *executed consideration* et *past consideration* :

In the case of **executed consideration**, both the promise and the act which constitutes the consideration are integral and co-related parts of the same transaction. In the case of **past consideration**, however, the promise is subsequent to the act and independent of it; they are not in substance part of the same transaction. Thus if A saves B from drowning, and B later promises A a reward, A's action cannot be relied on as consideration for B's promise for it is past in point of time.

Nous nous sommes demandé si *executed consideration* avait, en droit américain, un sens différent de celui qu'on lui connaît au Canada et qui serait synonyme de *past consideration*. C'est du moins ce qu'on serait porté à croire en lisant la définition suivante tirée du *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., p. 325 :

A consideration that has been wholly given; past consideration as opposed to present or future consideration. [...].

Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas retenu ce sens dans le cadre du présent dossier.

Voici maintenant quelques contextes et explications pour nous permettre de mieux saisir le sens d'*executory consideration* :

Consideration is said to be **executory** when it consists of a promise to do, pay, or give something in the future as, for example, if A agrees that he will pay B in return for something from B.

Fridman, *The Law of Contract*, 2^e éd., p. 96.

Consideration is called **executory** when the defendant's promise is made in return for a counter-promise from the plaintiff, **executed** when it is made in return for the performance of an act.

Cheshire and Fifoot's Law of Contract, 10^e éd., p. 63.

The defendant's third submission that the agreement was invalid because of the lack of consideration also fails because this was a case of **executory consideration** i.e. it consisted of an exchange of promises. The Bank promised in the future to advance money, provided certain conditions were fulfilled and the defendant in turn promised to fulfil those conditions.

Canada v. Dragon Inn Burnaby Co., [1974] F.C.J. No. 202, par. 18.

Nous nous sommes encore une fois demandé si le droit américain donnait à *executory consideration* un autre sens que celui que nous lui connaissons ici (antonyme de *past consideration*). Voici à ce sujet la définition suivante tirée du *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., p. 325 :

A consideration that is to be given only after formation of the contract; present or future consideration as opposed to past consideration.

Nous n'avons pas retenu ce sens dans le cadre du présent dossier.

Une *promise* pourra être *executed* ou *executory*. Bien que l'on retrouve, dans l'Internet, un bon nombre d'occurrences pour *executed promise* (55 occurrences) et *executory promise* (487 occurrences), nous n'avons pas rencontré ces termes dans les ouvrages que nous avons consultés. Nous croyons tout de même qu'il serait bon de les retenir dans le cadre du présent dossier.

Un *covenant* pourra aussi être *executed* ou *executory*. Voici une définition de *executed covenant* et *executory covenant* provenant de l'Internet :

Executed or Executory covenants: Covenants are either executed or executory. An **executed covenant** is one which relates to an act already performed. An **executory covenant** is one to be performed at a future time.
<http://www.wvlia.org/Covenant.htm>

Voici un contexte pour ces deux termes tiré du *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 1, p. 507 :

Covenants are inherent that tend to the support of the land or thing granted, or are collateral to it; affirmative, or negative; **executed**, or relating to what is already done; **executory**, or relating to what is to be done.

C'est la notion de « rapport » ici qui est importante. Un *executed covenant* est donc un covenant qui se rapporte à quelque chose qui a déjà été fait, tandis qu'un *executory covenant* se rapporte à quelque chose qui sera fait à un moment ultérieur. Ce n'est donc pas le covenant lui-même qui est fait ou à faire.

LES ÉQUIVALENTS

executed contract / executory contract

Un seul équivalent a été constaté pour *executed contract* : « contrat exécuté ». C'est ce terme qu'emploie John Manwaring dans *Les contrats*, vol. 12 de la collection La common law en poche. Cet équivalent nous semble approprié, mais nous y reviendrons.

En ce qui concerne *executory contract*, cinq équivalents ont été constatés : « contrat à exécuter », « contrat à exécution différée », « contrat courant », « contrat en voie d'exécution » et « contrat exécutoire ».

Le terme « contrat courant » évoque plutôt le contrat actuel, celui qui est en cours en ce moment. À notre avis, il s'opposera à un contrat antérieur ou précédent et non au « contrat exécuté ». Il ne s'agit pas, selon nous, d'un équivalent approprié.

Le « contrat exécutoire », quant à lui, signifie plutôt un contrat dont on peut forcer l'exécution, au même titre qu'un jugement exécutoire par exemple. Du moins, c'est l'impression que nous avons. Voici justement une définition d'« exécutoire » tirée du *Grand Robert* :

Qui doit être mis à exécution; qui donne pouvoir de procéder à une exécution.

Comment donc allons-nous rendre *executed contract* et *executory contract*? Les adjectifs *executed* et *executory*, normalisés dans le contexte du droit des biens et des fiducies, ont été rendus respectivement par « réalisé » et « non réalisé » (surtout en droit des biens) et par « parfait » et « imparfait » (surtout en droit des fiducies). Voici un extrait tiré des pages 16 et 17 du dossier IJD-1H, rédigé dans le cadre des travaux de normalisation du vocabulaire du droit des fiducies :

Les termes *executed trust* et *perfect trust* visent la fiducie dont l'ensemble des modalités ont été arrêtées et qui peut être mise en oeuvre sans qu'aucun acte complémentaire ou document fournissant de plus amples détails à leur égard ne soit nécessaire.

Les termes *executory trust* et *imperfect trust* visent la fiducie dont l'ensemble des modalités n'ont pas encore été fixées et qui ne peut être mise en oeuvre sans qu'un acte complémentaire ne soit accompli ou que de plus amples détails ne soient fournis à leur égard dans un ou plusieurs documents additionnels. [...]

Il est important de souligner que, dans le contexte à l'étude, les adjectifs *executed* et *executory* sont employés dans un sens exceptionnel. En effet, dans le cadre des travaux de normalisation, nous avons jusqu'à maintenant rencontré l'adjectif *executory* employé dans deux acceptions qui ne correspondent pas à celle qu'on retrouve dans le terme *executory trust*.

Dans son sens habituel, à savoir la première acception recensée dans le *Dictionnaire canadien de la common law*, l'adjectif *executory* vise ce qui demeure à accomplir, en tout ou en partie, et s'oppose à l'adjectif *executed* visant pour sa part ce qui a été accompli. Par exemple, le terme *executory contract* s'entend du contrat conclu, mais dont l'exécution n'a pas encore eu lieu, et le terme *executed contract* s'entend du contrat dont l'exécution a déjà eu lieu.

Dans un sens plus particulier, à savoir la deuxième acception recensée dans le *Dictionnaire canadien de la common law*, l'adjectif *executory* est utilisé pour véhiculer l'idée, dans le domaine des droits ou des intérêts successifs, d'un engagement selon lequel une personne disposera d'un droit ou d'un intérêt si un événement donné se produit.

[FIN DE LA CITATION]

Ces explications montrent le sens particulier des adjectifs *executed* et *executory* dans le contexte du droit des biens et des fiducies. Lorsqu'il est question de l'*executed contract* et de l'*executory contract*, il s'agit tout simplement d'un contrat dont toutes les obligations – pour l'une ou l'autre des parties et les deux – ont été exécutées (*executed contract*) ou

encore d'un contrat dont toutes les obligations n'ont pas encore été exécutées (*executory contract*).

Nous croyons que la meilleure solution ici serait de rendre *executed contract* par « **contrat exécuté** ».

Quant à *executory contract*, nous avons hésité entre « contrat à exécuter » et « contrat en voie d'exécution ». Nous avons cependant l'impression que ce dernier équivalent signifie plutôt un contrat qu'on est présentement en train d'exécuter, ce qui risque de ne pas toujours être le cas. Nous proposons donc de rendre *executory contract* par « **contrat à exécuter** ».

executed consideration / executory consideration

Deux équivalents ont été constatés pour *executed consideration* : « contrepartie fournie » et « contrepartie exécutée ».

Dans Google France, bien que le terme « contrepartie » n'ait pas tout à fait le même sens en droit civil, nous avons recensé 771 occurrences pour « contrepartie fournie » et une seule occurrence pour « contrepartie exécutée ».

Dans les arrêts de la Cour suprême du Canada, nous n'avons trouvé que deux décisions où les termes *executed consideration* et *executory consideration* étaient mentionnés : l'une datant de 1911 et l'autre de 1952. Ces deux décisions n'étant pas traduites, il nous a été impossible de savoir comment la Cour suprême aurait traduit ces syntagmes.

Nous avons également effectué une recherche à partir des termes français « contrepartie fournie » et « contrepartie exécutée ». Pour « contrepartie fournie », nous avons constaté que chaque fois que la Cour suprême utilisait cette expression, c'était dans le sens plus général de *consideration provided* ou *consideration given*. Pour « contrepartie exécutée », nous n'avons obtenu aucun résultat, ce qui ne nous surprend guère, car, à notre avis, on n'« exécute » pas une contrepartie.

Nous écarterions également « contrepartie fournie », car le terme « fourni » n'est pas assez précis. La contrepartie qui est donnée sous forme de promesse (*executory consideration*) n'est-elle pas également « fournie »?

Une autre solution pour *executed consideration* pourrait être « contrepartie réalisée », en s'inspirant du vocabulaire du droit des biens. Mais est-ce que ça fait vraiment du sens de dire qu'une contrepartie est « réalisée »?

On a dit que l'*executed consideration* était celle qui consistait en l'accomplissement d'un acte au moment de la formation du contrat. Peut-être, en ce sens, pourrait-on dire qu'elle est « parfaite » ou « consommée »? Le mot « parfait » a été employé en droit des fiducies pour désigner les fiducies, a-t-on mentionné plus haut, à l'égard desquelles « aucun acte complémentaire ou document fournissant de plus amples détails à leur égard ne soit

nécessaire ». De même, l'*executed consideration* est celle qui ne laisse plus rien à accomplir. Nous proposons donc « **contrepartie parfaite** ».

Puisque la *executory consideration* consiste, au contraire, en une promesse, nous avons décidé de proposer « **contrepartie promissoire** ». Nous le faisons avec réticence, étant donné que « promissoire » rend habituellement *promissory*, mais une des rares occurrences de *promissory consideration* que nous avons pu recenser au moyen de Google nous donne le sentiment qu'il s'agit de la même notion :

¶ 21 The agreement before us unequivocally provides that the consideration flowing from the claimant included a promise of a release of both property claims and support claims. And it is equally clear that the promissory consideration flowing in return from the respondent to the claimant is not assigned to the one promise or the other. In the result, one must conclude that the agreement provides that the consideration is for both promises indistinguishably.

<http://www.legalviews.com/bookcases/P%5CPeterson%20v%20Peterson%20CA%201995%20178%20AR%2070%20.pdf>

executed promise / executory promise

Dira-t-on qu'une promesse est « exécutée », qu'elle est « réalisée » ou encore « parfaite »? Dans Google France, nous avons recensé une seule occurrence pour « promesse exécutée », aucune occurrence pour « promesse parfaite » dans le sens qui nous intéresse et 150 occurrences pour « promesse réalisée ».

Le *Trésor de la langue française* définit le verbe « réaliser » de la façon suivante :

Exécuter ce qu'on a annoncé, promis. **Réaliser un vœu, une promesse, une menace.** *Ce que j'ai résolu, je le réalise généralement très vite* (H. BAZIN, *Vipère*, 1948, p. 247).

Notons ici qu'« exécuter » est employé pour définir « réaliser ».

Dans le *Grand Robert*, à l'entrée « promesse » :

Dr. « Engagement de contracter une obligation ou d'accomplir un acte » (Capitant). → Billet, contrat, convention, engagement, sollicitation (→ Approuvé, cit.; bail, cit. 7; 1. plaid, cit.). | **Exécuter une promesse** (→ Garantir, cit. 3).

Toujours dans le *Grand Robert*, à l'entrée « garantir », nous avons à nouveau constaté qu'une « promesse » peut être « exécutée » :

Garantir, c'est permettre au créancier la *possession paisible et utile* de la chose qui lui est transférée, et s'engager à lui payer des dommages-intérêts, pour le cas où cette **promesse** ne pourrait pas être **exécutée**.

Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil franç.*, t. II, p. 458.

À la lumière de l'analyse que nous avons faite des adjectifs « réalisé », « parfait » et « exécuté », nous croyons que le meilleur équivalent pour rendre *executed promise* est

« **promesse exécutée** ». Nous aurions alors « **promesse à exécuter** » pour *executory promise*.

executed covenant / executory covenant

Un seul équivalent a été constaté pour chacun des termes : « covenant réalisé » pour *executed covenant* et « covenant non réalisé » pour *executory covenant*.

Nous croyons cependant qu'il faut suivre ici le même modèle que dans le cas de la « promesse », puisqu'un « covenant » est en fait une promesse. Nous aurions donc « **covenant exécuté** » pour *executed covenant* et « **covenant à exécuter** » pour *executory covenant*.

TABLEAU RÉCAPITULATIF

executed consideration	contrepartie parfaite (n.f.)
ANT executory consideration	ANT contrepartie promissoire
DIST past consideration	DIST contrepartie antérieure
executed contract	contrat exécuté (n.m.)
ANT executory contract	ANT contrat à exécuter
executed covenant	covenant exécuté (n.m.)
ANT executory covenant	ANT covenant à exécuter
executed promise	promesse exécutée (n.f.)
ANT executory promise	ANT promesse à exécuter
executory consideration	contrepartie promissoire (n.f.)
ANT executed consideration	ANT contrepartie parfaite
executory contract	contrat à exécuter (n.m.)
ANT executed contract	ANT contrat exécuté
executory covenant	covenant à exécuter (n.m.)
ANT executed covenant	ANT covenant exécuté

executory promise	promesse à exécuter (n.f.)
ANT executed promise	ANT promesse exécutée