

NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DES CONTRATS
DOSSIER DE SYNTHÈSE
par Gérard Snow

Groupe *contract to make a contract*

TERMES EN CAUSE

accessory contract
agreement to agree
agreement subject to contract
collateral contract
contract to contract
contract to make a contract

formal contract
main contract
pre-contract
preliminary contract
principal contract

ANALYSE NOTIONNELLE

Le terme *contract to make a contract* (ou, plus rare, *contract to contract*) concerne un arrangement préalable à la conclusion d'un contrat en bonne et due forme. Par exemple, au cours des pourparlers, les parties, étant tombés d'accord sur l'essentiel, peuvent convenir qu'ils passeront un contrat en bonne et due forme; cette entente préalable peut, si les conditions nécessaires sont réunies, être réputée constituer un contrat en soi, ayant pour objet de forcer les parties à passer ce *formal contract*. (NOTA : Il faut entendre *formal contract* ici, **non pas au sens d'un *specialty contract* – nous y reviendrons dans un autre dossier –**, mais d'un contrat fait dans les bonnes formes.) Il faut bien comprendre que le *contract to make a contract* n'est pas une forme préliminaire, schématique du *formal contract*, mais plutôt un accord contractuel par lequel les parties s'engagent à conclure ultérieurement un certain contrat.

Le passage suivant du *Chitty on Contracts*, 25 éd., 1983, v. 1, ¶ 116, confirme que le *contract to make a contract* peut s'avérer valide ou non, selon les circonstances :

In some cases of incomplete agreements it is said that there is a "contract to make a contract". This expression may refer to a number of different situations. One possibility is that the parties may agree to execute a formal document incorporating terms on which they have previously agreed. Such a "contract to make a contract" is perfectly binding. (...) Another possibility is that the parties have simply agreed to negotiate. In spite of dicta to the contrary, it has been held that such an agreement is not a contract "because it is too uncertain to have any binding force."

Par contraste, l'*agreement subject to contract* est une convention préliminaire (et non, comme le *contract to make a contract*, une convention préalable distincte) conclue sous

réserve du *formal contract* à venir. En principe, pareille convention ne sera pas reconnue comme constituant un contrat valide et exécutoire, à cause justement de la réserve.

Les termes qui précèdent ne doivent pas être confondus avec l'*agreement to agree*, qui vise, à proprement parler, la situation où des parties s'obligeraient à s'entendre. La common law ne reconnaît aucune valeur contraignante à pareille entente. On peut bien s'obliger à passer un *formal contract* concrétisant un accord préliminaire, mais on ne peut forcer personne à s'entendre au terme de pourparlers.

Le *collateral contract*, quant à lui, s'oppose au *main contract*, également appelé *principal contract*. Le recours à la notion de *collateral contract* est souvent employé pour tenter de forcer le cocontractant à répondre d'une assertion inexacte faite au cours des pourparlers, en faisant valoir que l'assertion en question est en réalité une garantie (*warranty*) donnée dans le cadre d'un *collateral contract*. En ce sens, le mot *collateral* serait mal choisi, selon les auteurs du *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, 8^e éd., p. 54, qui lui auraient préféré le mot *preliminary*. Quoi qu'il en soit, il y a aussi d'autres formes de *collateral contracts* qui n'ont rien à voir avec les pourparlers. Donc, on ne saurait assimiler de façon générale *collateral contract* et *preliminary contract*.

Le *Black*, 8^e éd., p. 342, recense aussi le terme *accessory contract*, auquel il donne un sens analogue, mais plus particulier, qu'à *collateral contract*, s'agissant du domaine des sûretés. N'ayant pas rencontré ce terme dans mes lectures relatives au droit canadien des contrats, je l'ignorerais.

Il importe de ne pas confondre (comme il a été fait dans le tome V du *Vocabulaire* du CTTJ) *preliminary contract* et *pre-contract* (graphie britannique – et, je présume, canadienne –, comparativement à la graphie américaine *precontract*). Le *pre-contract* désignait à l'origine un contrat de mariage préexistant faisant obstacle à un second contrat de mariage. Par extension, le terme est venu à désigner tout contrat qui fait obstacle à la conclusion d'un contrat avec une autre personne.

LES ÉQUIVALENTS

contract to make a contract, contract to contract

Le tome V du *Vocabulaire* du CTTJ a emprunté du droit civil le terme « **avant-contrat** », défini ainsi en droit civil :

Contrat formé dans le but d'en préparer un autre. « Nous aurions tendance à classer la plupart des avant-contrats soit dans la catégorie des promesses de contrat, soit dans celle des contrats de négociation plus ou moins sophistiqués » (Popovici, [1994-95] 1 *C.P. du N.* 129, p. 142).
CRDPCQ, *Dictionnaire de droit privé – Les obligations*, p. 25.

Expression doctrinale désignant soit de véritables contrats (de base) – promesse pure et simple de contrat (ex. promesse de vente, de bail), contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire –, soit plus généralement et plus vaguement toute espèce d'accord préliminaire passé lors de pourparlers, de façon souvent informelle (ainsi par téléphone) en vue de la conclusion ultérieure

d'une convention en général plus formaliste, mais faisant déjà naître, au moins à titre provisoire, un engagement (accord de principe, note de couverture en matière d'assurance).
CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., p. 94.

Ces définitions font ressortir deux catégories d'avant-contrats : d'une part, les promesses de contrat, d'autre part, les ébauches de contrats. Or, c'est à la première de ces deux catégories qu'il faut rapprocher le *contract to make a contract*, lequel, rappelons-le, n'est aucunement un commencement de contrat, mais un contrat dont le seul objet est d'obliger les parties à contracter. Voici maintenant comment le *Dictionnaire de droit privé – Les obligations* définit, à la page 269, la **promesse de contrat** ou promesse de contracter :

Contrat préalable par lequel une des parties ou les deux s'engagent à conclure un contrat dont on fixe immédiatement les conditions essentielles. (...) **Rem. 1^o** La promesse de contrat se distingue de l'offre puisqu'elle constitue immédiatement un contrat. (...)

Cette notion est très proche, à mon avis, du *contract to make a contract*, sauf qu'il nous est interdit, en common law, de confondre promesse et contrat, la première n'étant qu'un élément dans la formation du second.

Pour revenir maintenant à « avant-contrat », ce terme risque-t-il d'être compris au sens d'un commencement de contrat? Si oui, il faudrait l'écarter. Une autre solution serait peut-être l'oxymoron « contrat précontractuel ». Le comité a retenu « avant-contrat ».

formal contract

Le mot *formal* ne définit pas ici une espèce particulière de contrat, mais fait simplement ressortir le caractère achevé, précis et complet de l'opération visée, par opposition à l'entente préliminaire. On pourrait le rendre par « formel », au sens de ce « qui est fait dans les formes » (*Le Robert*). Solution retenue : « contrat en bonne et due forme ».

agreement subject to contract

Solution retenue : « entente sous réserve de contrat ».

agreement to agree

L'équivalent « accord à fin de convention » du *Vocabulaire* du CTTJ ne rend pas le sens. Solution retenue : « accord d'entente future ».

collateral contract, preliminary contract

L'équivalent normalisé « contrat accessoire » ne pose pas de problème pour *collateral contract*. Même si on avait un jour à rendre *accessory contract* par « contrat accessoire », ce serait simplement un cas de polysémie.

On a rendu *preliminary contract* par « contrat préliminaire » dans le *Vocabulaire* du CTTJ, mais je pense que c'est incorrect. Un contrat préliminaire serait un projet de contrat, tandis que *preliminary contract* au sens qu'il est recensé ici désigne un contrat

accessoire, quoique antérieur dans le temps. Je crois que « contrat préalable » serait plus juste.

pre-contract

À la lumière de l'analyse notionnelle, je propose « contrat préexistant ».

TABLEAU RÉCAPITULATIF

agreement subject to contract	entente sous réserve de contrat (n.f.)
agreement to agree	accord d'entente future
collateral contract [Voir plutôt l'entrée <i>accessory contract; collateral contract</i> du dossier CTTJ 19]	contrat accessoire (n.m.)^N
contract to contract (n.); contract to make a contract (n.)	avant-contrat (n.m.)
formal contract¹ NOTE Term in this sense denotes a contract settled in proper form.	contrat en bonne et due forme (n.m.)
main contract; principal contract ANT accessory contract; collateral contract	contrat principal (n.m.) ANT contrat accessoire
pre-contract	contrat préexistant (n.m.)
preliminary contract	contrat préalable (n.m.)