

Que reste-t-il du transfert consensuel de la propriété des biens meubles en droit canadien ? Considérations sur la codification d'un principe dans un système bijuridique

Jean-Paul Gakwerere

Volume 46, numéro 3, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043860ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043860ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gakwerere, J.-P. (2005). Que reste-t-il du transfert consensuel de la propriété des biens meubles en droit canadien ? Considérations sur la codification d'un principe dans un système bijuridique. *Les Cahiers de droit*, 46(3), 671–716. <https://doi.org/10.7202/043860ar>

Résumé de l'article

Le principe du transfert consensuel de propriété est l'une de ces questions qui, dans leurs aspects factuels et juridiques, offrent au comparatiste plus de ressemblances que de différences entre la common law et le droit civil, incitent à en scruter les tenants et les aboutissants et permettent une réflexion sur le bijuridisme canadien. Ses traces historiques sûres remontent à la jurisprudence anglaise des XV^e et XVI^e siècles. En droit civil, ce principe résulte d'une abstraction opérée par les rédacteurs du Code Napoléon pour exalter la toute-puissance de la volonté individuelle. Toutefois, le principe n'a jamais totalement satisfait la doctrine, non seulement du fait qu'il a toujours été fortement lié à la charge des risques de perte de l'objet du contrat, mais aussi parce que l'idée de propriété exclusive et complète dont il procède soulève des critiques quant à l'économie des droits et des obligations résultant du contrat. Malgré une convergence des critiques et des tendances de réforme relatives au transfert contractuel de propriété, la dynamique du principe trahit une évolution quasi parallèle des deux systèmes juridiques canadiens, bien que les nouvelles solutions soient susceptibles de recoupement, grâce à l'influence du droit américain et du droit international uniforme portant sur la question.

Que reste-t-il du transfert consensuel de la propriété des biens meubles en droit canadien ?

Considérations sur la codification d'un principe dans un système bijuridique

Jean Paul GAKWERERE*

Le principe du transfert consensuel de propriété est l'une de ces questions qui, dans leurs aspects factuels et juridiques, offrent au comparatiste plus de ressemblances que de différences entre la common law et le droit civil, incitent à en scruter les tenants et les aboutissants et permettent une réflexion sur le bijuridisme canadien. Ses traces historiques sûres remontent à la jurisprudence anglaise des xv^e et xvi^e siècles. En droit civil, ce principe résulte d'une abstraction opérée par les rédacteurs du Code Napoléon pour exalter la toute-puissance de la volonté individuelle. Toutefois, le principe n'a jamais totalement satisfait la doctrine, non seulement du fait qu'il a toujours été fortement lié à la charge des risques de perte de l'objet du contrat, mais aussi parce que l'idée de propriété exclusive et complète dont il procède soulève des critiques quant à l'économie des droits et des obligations résultant du contrat. Malgré une convergence des critiques et des tendances de réforme relatives au transfert contractuel de propriété, la dynamique du principe trahit une évolution quasi parallèle des deux systèmes juridiques canadiens, bien que les nouvelles solutions soient susceptibles de recoupement, grâce à l'influence du droit américain et du droit international uniforme portant sur la question.

The principle underlying the consensual transfer of ownership is an issue which, in its factual and legal aspects, offers comparative legal

* Étudiant de troisième cycle, Université Laval.

scholars more resemblances than differences between the common law and the civil law systems, which in turn is an incentive to examine the foregoing closely and further our knowledge of Canadian legal duality. The historic trail leads us back to English jurisprudence of the 15th and 16th centuries. In civil law, this principle issues from an abstraction made by those who drafted the Napoleonic Code to extol the omnipotence of individual volition. Despite all, the principle has never totally satisfied doctrine, not only because it has always been strongly linked to the conditions of risking the loss of the object of the contract, but also because the idea of exclusive and full ownership from which it issues raises criticisms regarding the distribution of rights and obligations arising from the contract. Despite a convergence of criticisms and reformatory trends pertaining to the contractual transfer of ownership, the dynamics underpinning the principle betrays a near parallel evolution of both Canadian legal systems, while new solutions may further underscore this intersection owing to the influence of American law and uniform international law dealing with the same issue.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1 Du consensualisme translatif de propriété en droit positif canadien | 677 |
| 1.1 Le consensualisme translatif de propriété, le consensualisme créateur d'obligations et la liberté contractuelle quant au fond | 678 |
| 1.2 Le consensualisme translatif, l'identification physique des biens vendus et la formation définitive du contrat de vente | 681 |
| 2 Les origines comparées du consensualisme translatif de propriété dans la vente | 687 |
| 2.1 La valeur du droit romain pour le droit civil et la common law | 688 |
| 2.2 L'ancienneté du consensualisme translatif de propriété en common law | 689 |
| 2.3 Les origines révolutionnaires du consensualisme translatif de propriété dans le système franco-québécois | 692 |
| 3 Une critique du consensualisme translatif de propriété | 695 |
| 3.1 Le transfert de propriété et les obligations des parties | 695 |
| 3.1.1 Les droits et les obligations des parties avant la délivrance du bien vendu | 696 |
| 3.1.2 Les droits et les obligations des parties après la délivrance du bien vendu | 700 |
| 3.2 La localisation du droit de propriété aux fins de répartition des risques du contrat | 703 |
| 3.2.1 Les risques du contrat | 703 |

| | |
|--|------------|
| 3.2.2 L'appréciation du transfert consensuel de propriété à la lumière de la question des risques..... | 704 |
| 3.3 La valeur résiduelle de la règle du transfert consensuel de propriété..... | 711 |
| Conclusion : la règle du transfert consensuel de propriété et le bijuridisme canadien.... | 714 |

Aucun groupement humain n'a la possibilité de sauvegarder son passé ni de s'en affranchir totalement. Bien plutôt, toutes les sociétés sont contraintes de combiner la conservation et le changement. Il n'existe aucune société qui soit exclusivement traditionnelle ou moderne—ces deux termes, à supposer qu'on veuille encore les conserver, entretenant une relation plus dialectique que dichotomique. La tradition n'est donc pas une chose, tout comme elle ne constitue en rien l'essence d'une société¹.

La présente étude s'inscrit dans le contexte du bijuridisme canadien et des débats théoriques entourant la codification dans les systèmes juridiques mixtes. À cet égard, l'influence du bijuridisme canadien sur l'élaboration du *Code civil du Québec* nous semble porteur de riches enseignements. Il y a également lieu de s'interroger sur la possibilité d'emprunts par la common law canadienne au droit privé québécois tel qu'il a été modernisé par ce code.

Nous pourrions tenter de traiter un domaine tout entier tel que le droit des contrats. Néanmoins, une telle démarche présente deux inconvénients dans une étude d'envergure limitée. Premièrement, elle aboutirait, selon nous, à une description statique du bijuridisme canadien. Nous avons préféré à celle-ci une approche plus dynamique permettant de situer les emprunts réciproques dans leur contexte historique. Deuxièmement, elle serait beaucoup trop vaste. Aussi avons-nous opté pour une étude plus ciblée, portant sur une question susceptible de révéler différentes dimensions du bijuridisme canadien. Plusieurs points de droit auraient pu servir d'objet à notre étude. Cependant, nous avons arrêté notre choix sur la règle du transfert consensuel de propriété dans la vente des biens mobiliers².

1. M. BLAY (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse et CNRS, 2003, p. 1032, s.v. «tradition».

2. La littérature québécoise qui existe sur ce sujet ne fait pas d'analyse comparative de fond entre la common law et le droit québécois. Par ailleurs, elle date, pour l'essentiel, de la période précédant la révision du *Code civil du Québec* ; or, la jurisprudence a beaucoup évolué et bon nombre de dispositions légales ont changé. Nous traiterons ci-dessous

En droit québécois et français, la règle signifie que, dans un contrat translatif de propriété, celle-ci passe automatiquement par le seul consentement des parties, sans autre formalité, sauf la volonté contraire des parties et à condition que le bien soit individualisé³. Cette règle se trouve également, du moins dans ses traits essentiels, dans la législation sur la vente des provinces canadiennes de common law⁴. Toutefois, la règle n'est pas universelle, car certains systèmes juridiques, le droit allemand notamment, considèrent que le contrat crée uniquement des obligations entre les parties, dont celle de transférer la propriété par la délivrance pour les meubles et la publicité de l'acte de vente pour les immeubles.

L'étude de la règle quant à ses origines, à son évolution et à ses conséquences offre un certain intérêt théorique. En explorant ces trois éléments, nous découvrons non seulement la portée de la règle dans les deux systèmes canadiens, mais aussi les rapports entre ces derniers.

Sur le plan strictement technique, il faut d'abord souligner que la question du transfert de propriété dans la vente est liée traditionnellement à celle du transfert des risques de la chose vendue. Certains auteurs écrivent même que le principe du transfert consensuel de propriété aurait été conçu en fonction des préoccupations relatives à la charge de ces risques. Toutefois, l'existence de ce principe oblige incidemment à examiner ses rapports avec d'autres règles. Ainsi, l'examen de sa portée se révèle particulièrement intéressant quand il s'applique tour à tour au droit québécois et à la common law canadienne.

En droit québécois, le principe du transfert consensuel de propriété, introduit dans le *Code civil du Bas Canada*⁵ et conservé par le nouveau *Code civil du Québec*⁶, est le même que celui qui a été formulé à l'article 1138 du Code Napoléon. Le droit civil maintient ce principe en dépit des problèmes théoriques et pratiques que celui-ci peut soulever quant à la consistance du droit de propriété et par rapport aux obligations contractuelles des parties. D'une part, le *Code civil du Québec*, contrairement à la common law, dissocie le transfert de propriété de la question des risques

des seuls biens mobiliers, car les règles de common law relatives à la vente immobilière sont très complexes et ne sont pas visées par les *Sales of Good Act* des différentes provinces.

3. Art. 1453 (1) C.c.Q.; art. 1138 *Code civil des Français*.

4. G.H.L. FRIDMAN, *Sale of Goods in Canada*, Scarborough, Carswell, 1995, p. 76 et suiv.

5. Art. 1025 et 1472 *Code civil du Bas Canada*.

6. Art. 1453 C.c.Q.

dans la vente⁷. D'autre part, certaines dispositions ponctuelles, dont celles qui sont empruntées à la common law, amenuisent le droit de propriété selon qu'il est théoriquement localisable dans le patrimoine de l'une ou de l'autre des parties au gré de l'exécution des obligations de la vente⁸.

Comme nous l'avons signalé plus haut, la common law connaît le même principe du transfert consensuel de propriété, formulé dans les *Sale of Goods Acts* des différentes provinces canadiennes⁹. Rappelons d'emblée, pour notre étude, que le contexte législatif y est fort différent de celui du Québec. Premièrement, les lois (*statutes*) sont, en common law, des corps de règles particulières, régissant des matières disparates, dont le droit commun reste l'ensemble des solutions jurisprudentielles non codifiées¹⁰. Ainsi, les règles sur la vente appartiennent à l'ensemble du droit non codifié des contrats¹¹. Deuxièmement, la loi mère de toutes les *Sales of Goods Acts* du Commonwealth, en l'occurrence la *Sale of Goods Act* anglaise de 1893, était plus une codification des règles traditionnelles de la common law¹² qu'un corps de règles complémentaires ou déroatoires par rapport au droit commun. Il s'agissait non seulement de mettre à la disposition des acteurs économiques une sorte de loi type leur permettant de « conclure des contrats sans se soucier des détails, réduisant ainsi les coûts de négociation¹³ » mais aussi d'accroître la certitude et la prévisibilité

7. Art. 1456 C.c.Q.

8. Nous mentionnerons notamment la faculté du vendeur d'arrêter la livraison du bien s'il appert clairement que l'acheteur n'honorera pas ses propres engagements (art. 1740 (2) C.c.Q.); c'est en l'occurrence le *stoppage in transitu* emprunté à la common law. Voir *infra*, note 122 et texte correspondant.

9. Pour l'Ontario, voir l'article 19, règle 1, de la *Loi sur la vente d'objets*, L.R.O., 1990, c. S.1 (ci-après citée «L.V.O. Ont.»). Pour un tableau comparatif des *Sales of Goods Acts* de toutes les provinces, voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 3. Dans le présent texte, nous nous référerons à la L.V.O. Ont. dès lors que la règle sur le transfert de la propriété mobilière est identique dans toutes les provinces.

10. Voir notamment A.-F. BISSON, «Caractéristiques et méthodes du droit civil», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *Éléments de Common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 1997, p. 157.

11. A. LAROUCHE, «Quelques points de comparaison entre le droit des contrats selon le droit civil québécois et la common law», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 401.

12. M.D. CHALMERS, le père de cette loi, l'affirme : voir M. D. CHALMERS, *The Sale of Goods Act, 1893, Including The Factors Acts, 1889 et 1890*, 7^e éd., Londres, Butterworth, 1910, p. vii-viii.

13. J.A. MANWARING, «Le droit des contrats», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 359.

que les juristes de common law ne manquent pas de reconnaître aux règles codifiées¹⁴.

Dans notre étude, nous tenterons de scruter les origines du principe du transfert consensuel de propriété en common law et en droit civil. La question est d'autant plus importante que les deux systèmes se sont distanciés du droit romain. Celui-ci rattachait plutôt le transfert de propriété à la tradition de la chose à l'acheteur, tout en attribuant les risques au vendeur en cas de perte avant la délivrance. À la fin de l'examen de ce point, nous aurons démontré que la common law a consacré le consensualisme translatif de propriété avant le droit civil.

Ensuite, nous procéderons à une étude comparée des effets du principe. Les commentateurs de la *Sale of Goods Act*, tant au Canada¹⁵ qu'en Angleterre¹⁶, discutent les rapports entre le principe et les différents droits des parties au contrat de vente, y compris la question des risques, pour, en définitive, souligner les limites du droit de propriété transmis *solo consensu*. Ils critiquent, notamment sous l'influence du courant réaliste, la complexité inutile qu'engendre le caractère métaphysique du principe et suggèrent des réformes de la loi.

Les propositions de réforme détachent les droits de créance des parties des considérations sur le transfert de propriété. Elles recommandent ainsi de résoudre le problème des risques par la localisation d'un intérêt assurable et de se référer à l'acte concret de délivrance si le problème des droits sur la chose vendue doit entrer en ligne de compte.

Plus particulièrement, les réformes proposées par la Law Reform Commission de l'Ontario s'inspirent exclusivement de la common law, spécialement de l'*Uniform Commercial Code* américain¹⁷. Le *Code civil du Québec* a également emprunté un bon nombre de solutions à la common law et au Code américain. Ainsi, quant aux sources d'inspiration et aux tendances évolutives, les recherches sur la règle du transfert consensuel de propriété rappellent le caractère mixte du droit québécois et témoignent

14. Selon M.D. CHALMERS, *op. cit.*, note 12, p. x: «it is always easier to amend an Act than to alter common law. Legislation, too, is cheaper than litigation. Moreover, in mercantile matters, the certainty of the rule is often of more importance than the substance of the rule. If the parties know beforehand what their legal position is, they can provide for their particular wants by express stipulation.»

15. Voir notamment G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 69 et suiv.

16. P.S. ATIYAH, *The Sale of Goods*, 5^e éd., Londres, Pitman, 1975, p. 141 et suiv.

17. *Uniform Commercial Code*, (ci-après cité «UCC»). Voir ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Sale of Goods*, t. 1, 1979, p. 265 et suiv.

d'une relative homogénéité de la common law. Selon un auteur, la common law canadienne donne plus qu'elle ne reçoit¹⁸.

Nous avons mené notre réflexion en trois temps. Nous sommes parti du constat selon lequel la common law et le droit civil comportent de grandes similarités en matière de consensualisme et de transfert de propriété dans la vente. Après avoir jaugé l'étendue de ces ressemblances législatives (1), nous avons voulu comprendre le processus qui a conduit à une telle codification dans les deux systèmes canadiens (2), surtout qu'elle a abouti à la consécration de principes largement controversés, reposant sur des traditions surannées à plusieurs égards (3).

1 Du consensualisme translatif de propriété en droit positif canadien

La proposition selon laquelle, dans le contrat de vente, la propriété passe du vendeur à l'acheteur par le seul consentement de ces derniers, sans aucune autre formalité, est *a priori* valide tant en droit québécois qu'en common law canadienne.

Le *Code civil du Québec* érige le consensualisme en principe général de formation des contrats¹⁹ puis l'imprime particulièrement dans le régime des contrats translatifs de propriété. Aux termes de l'article 1453, « le transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé ou sur plusieurs biens considérés comme une universalité, en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, quoique la délivrance n'ait pas lieu immédiatement et qu'une opération puisse rester nécessaire à la détermination du prix²⁰ ». En revanche, dépourvue de théorie générale des contrats codifiée²¹, la common law consacre ce principe dans un texte spécifique. Aux termes de l'article 19, règle 1, de la *Loi sur la vente d'objets* de l'Ontario, « la propriété d'objets déterminés et livrables vendus sans condition est transférée à l'acheteur au moment de la conclusion du contrat, peu importe que le paiement, la livraison ou les deux soient différés ». Néanmoins, il importe de placer cette disposition dans son contexte. Elle s'insère dans une série de règles

18. Nous reprenons ici les propos de D. HOWES, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1986-1987) 32 *R.D. McGill* 523, 557.

19. Art. 1385 C.c.Q.

20. Les règles spéciales du *Code civil du Québec* relatives au contrat de vente (art. 1708 et suiv.) n'énoncent plus le principe du consensualisme, étant entendu qu'il faut se référer aux règles générales ; par contre, le *Code civil du Bas Canada* comportait à la fois une règle générale, l'article 1025, et une règle spéciale, l'article 1472. Voir M. POURCELET, *La vente*, 5^e éd., Montréal, Thémis, 1987, p. 85.

21. A. LAROUCHE, « Quelques points de comparaison entre le droit des contrats selon le droit civil québécois et la common law », dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 401.

interprétatives de l'intention des parties. La règle de base fixe le transfert de la propriété «au moment où les parties au contrat ont l'intention de la transférer²²». L'intention des parties se détermine en fonction des stipulations du contrat, de leur propre conduite et des circonstances de l'espèce²³. Si l'examen de tous les éléments internes et externes du contrat ne permet pas d'établir l'intention des parties, la loi fixe les indices détaillés à partir desquels la volonté des parties doit se présumer²⁴. Le système québécois reconnaît également la toute-puissance de la volonté des parties au contrat. C'est le consensualisme²⁵, concept qui, associé à celui de la liberté contractuelle, se rattache au principe philosophique, plus large, de l'autonomie de la volonté²⁶. L'examen parallèle des règles de common law relatives à la vente et de celles du *Code civil du Québec* invite à distinguer trois aspects de ce volontarisme (1.1) ainsi que la mise en œuvre de celui-ci (1.2).

1.1 Le consensualisme translatif de propriété, le consensualisme créateur d'obligations et la liberté contractuelle quant au fond

Le consensualisme créateur d'obligations découle de l'article 1385 du *Code civil du Québec*. Celui-ci dispense les parties de l'observation de formes particulières pour la formation d'un contrat valide. La liberté contractuelle quant au fond implique la primauté de la volonté des parties sur les règles supplétives du Code civil. Elle permet aux contractants de créer des obligations soit en conformité ou en contradiction avec les dispositions légales, soit en innovant par rapport aux prévisions du législateur, pourvu que le contrat ne viole pas les dispositions impératives ou d'ordre public. Aussi le contrat est-il la loi des parties et les juges sont-ils tenus à rechercher et à homologuer leur volonté²⁷. Enfin, il y a lieu de mettre

22. Art. 18 (1) L.V.O. Ont.

23. *Ibid.*

24. G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 75.

25. «Principe en vertu duquel la seule expression de la volonté suffit pour produire des effets juridiques, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des formes particulières»: P.-A. CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, s.v. «consensualisme».

26. Pour le contenu du principe, voir notamment V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 9 et 10.

27. Exprimé à l'article 1134 du Code civil français («Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites»), le principe n'a pas de correspondant direct en droit québécois, mais il est possible de s'en tenir à l'article 1425 C.c.Q.: «Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés», d'après J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^{os} 70-72, p. 96 et 97.

en exergue le consensualisme translatif de l'article 1453 du Code civil et d'examiner le rapport qui le lie aux deux autres aspects.

Le consensualisme translatif constitue une idée distincte quoique tributaire de l'article 1385 du *Code civil du Québec*. Ghestin et Desché le confirment dans un commentaire portant sur les dispositions similaires du Code civil français : « la vente n'est pas seulement un contrat qui se forme par le seul échange des consentements, première application du principe du consensualisme ; c'est aussi un contrat qui, automatiquement, par le simple échange des consentements et sans aucune formalité, réalise le transfert de la propriété de la chose vendue²⁸ ». Ce transfert automatique s'opère pour les biens individualisés. La propriété sur un bien « déterminé quant à son espèce seulement » sera transférée dès que l'acheteur aura été informé de l'accomplissement, par le vendeur, de l'opération d'individualisation²⁹.

Par rapport au principe général de la primauté des clauses contractuelles sur les dispositions légales supplétives, la logique commande que les parties qui renoncent à leur prérogative de fixer le moment du transfert de propriété, ou l'oublient, renvoient implicitement le transfert de propriété à la formation du contrat. C'est l'intention présumée des parties.

À vrai dire, la volonté des parties n'est certaine que lorsque le contrat contient une clause fixant le moment du transfert de propriété, ou du moins que sa formation est assortie de modalités que les contractants ne pourraient prévoir sans retarder le transfert³⁰. Dans le premier cas, les parties peuvent rattacher le transfert à la livraison de la chose, au paiement du prix³¹ ou à d'autres opérations ou modalités, alors que le contrat est définitivement formé. Dans le second cas, la vente peut être soumise à un terme ou à une condition suspensive ou résolutoire³² influant directement sur les obligations du contrat et indirectement sur le transfert de propriété³³. En

28. J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité de droit civil: La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, n° 524, p. 589.

29. Art. 1543 (2) C.c.Q.

30. Pour une synthèse claire des hypothèses envisageables, voir M. POURCELET, *op. cit.*, note 20, p. 90 et suiv.

31. C'est le domaine des ventes à tempérament (art. 1745 C.c.Q.); P.-G. JOBIN, *La vente*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 267 et suiv.; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *loc. cit.*, note 28, 647 et suiv.; M. POURCELET, *id.*, p. 90 et 91.

32. Pensons par exemple, à différentes sortes de ventes à l'essai ou subordonnées à la vérification de la chose: voir l'exposé, détaillé, par J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, note 28, n°s 562 et suiv., p. 630 et suiv.

33. D'après H. Mazeaud, J. Mazeaud et L. Mazeaud, soit les parties « retardent la formation même du contrat, retardant ainsi nécessairement, mais indirectement, le transfert de la propriété », soit elles « soumettent la formation de la vente à des modalités auxquelles

l'absence d'indices révélateurs, le juge doit lire le contrat entre les lignes et considérer toutes les circonstances entourant celui-ci à la recherche de la commune intention des parties.

Malgré la différence de contexte et de présentation, les principes de common law en matière de transfert de propriété sont analogues à ceux du droit civil, du moins dans les grandes lignes ou les fondements généraux. La common law de la vente reconnaît aussi le consensualisme et la liberté contractuelle ; la volonté et l'intention des parties constituent le principe³⁴. Cependant, comme il n'y a pas de code contenant les règles générales, le législateur a consacré le consensualisme parmi les premières dispositions portant sur le transfert de propriété : dans un contrat de vente d'objets déterminés, la propriété passe au moment voulu par les parties³⁵. La volonté ou l'intention des parties se détermine d'après les clauses contractuelles, la conduite des parties et les circonstances de l'espèce³⁶. Au cas où l'examen du contrat et des circonstances qui l'entourent ne donne pas de solution, la loi établit les critères pour déterminer l'intention des parties. Pourtant,

se trouve ainsi, nécessairement mais indirectement, soumis le transfert de la propriété » : voir H. MAZEAUD, J. MAZEAUD et L. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1956, n° 912, p. 775. À cet égard, le transfert de propriété est considéré non pas comme une obligation du contrat mais comme l'un de ses effets : Voir à ce sujet : M. BOODMAN, « The Conditional Sale: de quoi s'agit-il ? », dans N. KASIRER (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 80 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, note 28, n° 524, p. 589. Voir toutefois *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Venne*, [1989] 1 R.C.S. 880, arrêt dans lequel la Cour suprême mentionne fréquemment « l'obligation de transférer la propriété ».

34. « Sale is a consensual contract, and the Act does not seek to prevent the parties from making any bargain they please. Its object is to lay down clear rules for the cases where the parties have either formed no intention, or failed to express it », écrivait M.D. CHALMERS, *op. cit.*, note 12, p. ix-x. Le principe du consensualisme, surtout dans son aspect relatif à la liberté contractuelle, constitue la doctrine classique de la common law des contrats. Comme dans les systèmes de droit civil, il a connu son apogée au XIX^e siècle et a été sensiblement amenuisé devant la prolifération, tout au long du XX^e siècle, de la législation protectrice d'intérêts des parties faibles aux contrats. Voir notamment : J.-L. BAUDOIN, « Oppressive and Unequal Contracts. The Unconscionability Problem in Louisiana and Comparative Law », (1986) 60 *Tul. L. Rec.* 1119, 1127 ; P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 1-36, ou son ouvrage consacré exclusivement à cette question : P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
35. Art. 18 (1) L.V.O. Ont.
36. Art. 18 (2) L.V.O. Ont. Cette règle est très proche du principe général d'interprétation des contrats selon les articles 1425 et suivants du C.c.Q.

il ne s'agit pratiquement que d'indices objectifs³⁷ dont le juge se sert pour appliquer son sens de la justice et du raisonnable sous le couvert de la recherche de l'intention commune des parties³⁸.

L'ensemble de la démarche repose essentiellement sur la façon dont la common law et le droit civil considèrent que les biens vendus sont assez individualisés pour parler de contrat définitivement formé, translatif de propriété.

1.2 Le consensualisme translatif, l'identification physique des biens vendus et la formation définitive du contrat de vente

En common law comme en droit civil, le transfert de propriété n'est envisageable que si les objets vendus sont individualisés. Dans la *Loi sur la vente d'objets*, la toute première exigence des règles sur le transfert de propriété porte sur le caractère certain, déterminé ou individualisé des biens vendus³⁹. Une fois individualisés, les biens doivent en outre être «livrables» et vendus «sans conditions» pour que la propriété passe *solo*

37. La règle générale en common law veut que l'intention des parties soit déterminée de façon objective: voir J.A. MANWARING, *loc. cit.*, note 13, 347.

38. Les propos de Llewellyn, quoiqu'ils aient été émis à propos de la rencontre de l'offre et l'acceptation, conviennent à la description de la situation: «It will also be recalled that until theory cleanly accepted and articulated the «objective» standard of interpreting the offeror's expression – i.e., while courts were still talking «meeting of the minds» but trying to *do* «reasonable outcome in the case» – there was confusion of language and occasional very dubious decision», voir K.N. LLEWELLYN, «Through Title to Contract and a Bit Beyond», (1938) 15 *N.Y.U. L. Q. Rev.* 157, 196. La recherche de l'intention subjective est souvent irréaliste quand il faut décider des conséquences que les parties ne pourraient avoir souhaitées, s'il faut localiser le droit de propriété pour attribuer un risque du contrat à l'une des parties (voir *infra*, section 3.2.1). Généralement, l'intention des parties quant au moment du transfert de propriété répond à «un souci de vérification de la chose pour l'acheteur» ou à des préoccupations de garantie de paiement du prix au vendeur: voir J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, note 28, n° 554, p. 621.

39. Art. 17 L.V.O. Ont. L'article 1453 C.c.Q. exige également l'individualisation. Et si la chose n'est pas individualisée ni identifiée, il y a tout de même vente, et non promesse de vente, en ce qui concerne la naissance effective des droits et des obligations des parties. En common law, avant l'individualisation du bien, la vente est également dépourvue d'effet translatif, mais elle est *ipso facto* perçue comme un «agreement to sale»: art. 2 (3) L.V.O. Ont.; *Badische Anilin und Fabrik v. Hickson*, [1906] A.C. 419, 421. L'acheteur n'aura pas le droit d'exiger du vendeur l'exécution de l'obligation de délivrance et devra se contenter des dommages-intérêts comme dans la promesse de vente au Québec. La common law tient au rapport strict entre le transfert de propriété et les autres obligations de la vente. Il n'y a vente que si le transfert de propriété est opéré. Pour la distinction entre *sale* et *agreement to sale* et leurs conséquences respectives, voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 31 et 32.

*consensu*⁴⁰. Aussi longtemps que le vendeur doit accomplir sur la marchandise certains actes de nature à la mettre dans «un état qui comporte pour l'acheteur l'obligation aux termes du contrat d'en prendre livraison⁴¹», il en demeure propriétaire. La propriété passera après l'accomplissement de ces actes et plus particulièrement lorsque l'acheteur en sera informé⁴². C'est là une question d'appréciation de fait. Dans certains cas, les juges ont pris en considération les réparations, même de faible importance, restant à effectuer sur les véhicules vendus pour décider que le vendeur était toujours propriétaire⁴³. Dans un autre cas, le vendeur avait encore à cirer le mobilier vendu⁴⁴. Dans une affaire, le camionnage des marchandises jusqu'au wagon n'a pas été tenu pour déterminant⁴⁵, alors que dans une autre les juges (anglais) l'ont considéré⁴⁶.

Les actes requis du vendeur pour apprêter les marchandises participent de l'ensemble des conditions qui retardent le transfert de propriété. De telles conditions sont variées et englobent différents actes dont l'accomplissement, que ce soit par le vendeur ou l'acheteur, opère à la fois la vente et le transfert de propriété. Ainsi, un acheteur de douilles laissées sur un champ de tir s'est vu refuser le droit de propriété sur celles qui n'avaient pas été ramassées à l'expiration de son contrat et avaient été récupérées par le contractant suivant ; le juge a estimé que l'objet du contrat était de débarrasser le champ de tir, qu'il s'agissait donc d'une condition non satisfaite pour le transfert de propriété⁴⁷. Dans une autre affaire, le juge s'est opposé au transfert de propriété d'un engin agricole, du fait que le vendeur en avait fait une description inexacte⁴⁸ ; dans une autre, l'acheteur ne pouvait pas devenir propriétaire des harengs impropres à la consommation⁴⁹. Ainsi, la notion extensive des conditions a souvent conduit les juges à empiéter sur le domaine de l'obligation de faire des déclarations exactes

40. Art. 19, règle 1, L.V.O. Ont.

41. Pour la définition des «marchandises en état d'être livrées» (*deliverable state*), voir l'article 1 (4) de la L.V.O. Ont.

42. Art. 19, règle 2, L.V.O. Ont.

43. *Jerome v. Clements Motor Sales Ltd*, [1958] O.R. 738 (C.A. Ont.); *Hartley v. Saunders*, (1962) 39 W.W.R. 467 (B.C.S.C.).

44. *McDill v. Hilson*, [1920] 2 W.W.R. 877 (C.A. Man.).

45. *Craig v. Beardmore*, (1904) 7 O.L.R. 674 (C.A. Ont.).

46. *Underwood Ltd. Burgh Castle Brick & Cement Syndicate*, (1922) 1 K.B. 343 (C.A.).

47. *Gale v. New*, [1937] 3 All E.R. 645 (C.A.).

48. L'engin était plus vieux qu'il n'avait été décrit par le vendeur : *Varley c. Whipp*, [1900] 1 Q.B. 513, suivi en Saskatchewan par *J. I Case Threshing Machine Co. c. Fee*, (1909) 2 Sask. L. R. 38 (Sask. K.B.).

49. *Ollet v. Jordan*, [1918] 2 K.B. 41.

dans la formation du contrat⁵⁰, ou sur celui, bien différent, de la sanction des stipulations essentielles⁵¹, expresses ou implicites, quant à la garantie de qualité et de conformité des marchandises livrées⁵².

Nous constatons que même le champ propre aux véritables conditions dépasse conceptuellement celui des obligations conditionnelles en droit civil. Il comprend, d'une part, les *conditions precedent* et les *conditions subsequent* au sein desquelles il y a lieu de distinguer les obligations conditionnelles au sens technique du droit civil⁵³, par exemple la soumission de l'existence du contrat à l'octroi d'un crédit au vendeur⁵⁴, mais aussi différentes modalités retardant simplement l'exécution d'une obligation, telle l'exigence du paiement du prix dans un certain délai⁵⁵. D'autre part, le domaine des conditions comprend aussi les actes requis du vendeur pour rendre les marchandises « livrables⁵⁶ », la détermination du prix, par le vendeur, notamment en pesant, en mesurant ou en vérifiant la chose⁵⁷,

50. C'est le domaine des règles sur l'erreur (*mistake*) et la *misrepresentation*.

51. Les *conditions* au sens de stipulations essentielles se réfèrent à l'étendue ou à la qualité des obligations pesant sur les parties dans un contrat pur et simple. Il s'agit des obligations fondamentales dont la violation permet au cocontractant de considérer le contrat comme résolu. Dans ce sens, une *condition* est « *a stipulation or prerequisite in a contract, will, or other instrument, constituting the essence of the instrument* », selon B.A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St.Paul (Minn.), West Group, 1999, s.v. « *condition* ». Le contraire de *condition* dans ce cas est *warranty*, défini à l'article 1 (a) de la L.V.O. Ont. La doctrine dénonce cette confusion entre la condition-modalité du contrat et la condition-stipulation essentielle en common law de la vente : voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 30.

52. Sur toutes les décisions et leur critique, voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 81-83.

53. G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 28 : « *Conditions precedent are conditions by virtue of which the contract is not to take effect and become binding unless and until a certain event or occurrence takes place* » ; voir aussi p. 29 : « *Conditions subsequent, in contrast, are conditions by which a contract will be valid and binding unless and until the event or the event or occurrence stipulated happens* ». Il y a lieu de les rapprocher respectivement des conditions suspensives et résolutoires, d'autant plus que le *Black's Law Dictionary* définit la *condition* comme « *[a] future and uncertain event on which the existence or extent of an obligation or liability depends; an uncertain act or event that triggers or negates a duty to render a promised performance* » : voir B.A. GARNER (dir.), *op. cit.*, note 51, s.v. « *condition* ».

54. Voir la jurisprudence citée par G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 28. L'exemple que nous repreneons ici remplit sans doute les qualités d'une condition suspensive en droit civil, soit un événement externe à la volonté des parties, futur et incertain.

55. *Percy Edwards Ltd v. Vaughan*, (1910) 26 T.L.R. 545 (C.A.). L'exemple correspond à une obligation à terme selon l'article 1508 C.c.Q.

56. Art. 19, règle 2, L.V.O. Ont.

57. Art. 19, règle 3, L.V.O. Ont. Cette règle aurait été empruntée au droit civil : voir L. BLACKBURN, *A Treatise on the Effect of the Contract of Sale, on the Legal Rights of Property and Possession in Goods, Wares and Merchandise*, 3^e éd., Londres, Stevens

et la stipulation d'une vente « sur approbation, « avec faculté de retour » ou accompagnée d'autres clauses analogues⁵⁸ ». Seul le dernier cas retarde le transfert de propriété en droit civil. Il correspond, à notre avis, à toutes les formes de vente à l'essai inventoriées par la doctrine. Cependant, le droit québécois n'est pas aussi prolifique que la common law quant à la diversité des situations groupées sous la catégorie de ventes à l'essai⁵⁹.

Dans les deux systèmes, l'une des questions intéressantes relatives aux ventes à l'essai concerne le délai dans lequel l'acheteur doit exprimer l'approbation ou le rejet du bien. En limitant la marge de manœuvre de l'acheteur à 30 jours, la solution du *Code civil du Québec*⁶⁰ est indubitablement plus décisive que les subtilités prévues par la *Loi sur la vente d'objets*. Celle-ci déduit le transfert de propriété soit d'actes que l'acheteur accomplit éventuellement sur la chose et qui sont de nature à refléter un consentement définitif de sa part, tels que l'usage, la vente ou la remise en gage, soit de l'écoulement d'un délai *raisonnable* sans que l'acheteur se soit exprimé⁶¹.

and Sons Ltd., 1910, p. 186. L'auteur faisait allusion à Pothier qui retarde le transfert de propriété non seulement quand les opérations de mesurage, de pesage, etc., sont destinées à individualiser les marchandises mais aussi lorsqu'il s'agit de préciser le prix total : voir R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Paris, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 242. Pour la controverse à ce sujet, voir notamment G.E. LEDAIN, « The Transfert of Property and Risk in the Sale of Fungibles », (1954-1955) 1 *McGill L.J.* 237, 244-245. Le *Code civil du Québec* a résorbé cette controverse en précisant que le transfert de propriété a lieu même si une opération reste nécessaire pour la détermination du prix (art. 1453 C.c.Q.) : voir P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, n° 69, p. 82.

58. Art. 19, règle 4, L.V.O. Ont.

59. Art. 1744 (1) C.c.Q. Par contre, la doctrine et la jurisprudence françaises, à l'instar de la common law, distinguent divers types de ventes à l'essai dans le sillage des articles 1587 et 1588 du Code civil français. Voir notamment J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, note 28, p. 630 et suiv.

60. Art. 1744 (2) C.c.Q.

61. Art. 19, règle 4, L.V.O. Ont. Les juges n'ont pas toujours pu tracer la limite entre le premier critère et le second ou ont paru rechigner à décider sur la seule base que l'acheteur s'était dessaisi de la chose au profit d'un tiers. Dans une affaire de référence, il a été expliqué que la vente ou la remise de la chose à un créancier gagiste mettait l'acheteur dans une situation incompatible avec la restitution du bien au vendeur dans un délai raisonnable : voir *Kirkham v. Attenborough*, [1897] 1 Q.B. 201, 204 (C.A.); *Genn v. Winkel*, (1912) 28 T.L.R. 483 (C.A.). Dans une autre affaire, le juge a décidé que, par le nantissement de la chose, l'acheteur avait adopté un comportement de propriétaire : *London Jewellers Ltd. v. Attenborough*, [1934] 2 K.B. 206, 214-215 (C.A.). Par contre, dans nombre de décisions, l'idée de détention au-delà d'un délai raisonnable a servi de fondement suffisant sans que les juges aient à analyser les actes matériels ou juridiques accomplis sur la chose par l'acheteur : voir la jurisprudence citée par G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 90.

S'agissant des biens non individualisés, le droit civil et la common law définissent de la même façon la catégorie de biens visée. Aux biens déterminés seulement par leur espèce mentionnés par le *Code civil du Québec*⁶² correspondent les «uncertain and future goods» régis par la *Loi sur la vente d'objets*⁶³. La doctrine distingue dans cette catégorie les choses de genre et les biens futurs, y compris les corps certains, qui, faisant partie de lots d'articles, ne sont pas encore identifiés⁶⁴. Cependant, la détermination du moment de transfert de propriété reflète une certaine différence de méthode entre les deux systèmes. Le droit civil semble insister sur l'existence certaine de la chose s'il s'agit d'une vente d'un bien futur, sur la sélection d'un bien parmi un ensemble et sur l'identification de la quantité du bien destinée à l'acheteur par l'accomplissement d'actes nécessaires en ce sens, à savoir le mesurage, le comptage ou le pesage, pourvu que l'acheteur en soit informé⁶⁵. Dans sa logique de généralisation et d'abstraction⁶⁶, le Code civil se passe de commentaires, d'autant plus que même avant l'individualisation le contrat est déjà formé. Le consentement, normalement translatif de propriété, ayant déjà été échangé par les parties, il ne reste qu'à déterminer la chose dans son individualité⁶⁷. La common law, par contre, semble rechercher des indices aussi définitifs que possible, permettant de présumer avec le moins d'erreurs possible que les parties ont entendu par là parfaire la vente, donc transférer la propriété. Ainsi, l'identification précise des marchandises ne suffirait pas. En outre, les objets vendus doivent avoir été rendus livrables et «affectés sans conditions au contrat, soit par le vendeur par consentement de l'acheteur, soit

62. Art. 1453 (2) C.c.Q.; P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, p. 85.

63. Art. 19, règle 5, L.V.O. Ont.

64. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, n° 72, p. 85; G.H.L. Fridman, *op. cit.*, note 4, p. 91.

65. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, n° 73, p. 85 et 86.

66. La pensée civiliste se caractérise par «son goût pour la «synthèse normative», sa propension à procéder par vues d'ensemble et par catégories»: voir A.-F. BISSON, «Caractéristiques et méthodes du droit civil», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 155; J. ELLUL, «Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception», (1963) 8 *Archives de philosophie du droit* 24.

67. «La propriété de la chose vendue n'est transmise à l'acquéreur que quand cette chose est déterminée dans son individualité; lorsque la vente a pour objet une certaine quantité de marchandises à prendre dans un lieu désigné, qui en renferme une quantité qui n'a pas encore été mesurée, c'est seulement l'opération de mesurage qui individualise la chose et entraîne en conséquence la translation de propriété»: voir Cass. civ. 30 juin 1925, D. P. 1927.1.29. Ce principe énoncé par la Cour de cassation française correspond également à l'esprit du *Code civil du Québec*. Ce qui semble compter en droit civil, ce sont les conséquences que le droit des biens attache traditionnellement à la division des biens entre *choses de genre* et *corps certains*.

par l'acheteur par le consentement du vendeur⁶⁸». Le test ne consiste donc pas en une application d'un principe légal qui fixe le moment du transfert de propriété, mais en l'interprétation du contrat⁶⁹. Parmi une série d'actes promis ou accomplis par les parties, le juge s'évertue à retenir celui qui traduit suffisamment la volonté des parties de s'engager définitivement. Cette opération est si souvent artificielle que le juge Cresswell l'a décrite par les propos suivants :

It is impossible to examine the decisions on this subject without being struck by the ingenuity with which sellers have contended that the property in goods contracted for had, or had not, become vested in the buyers, according as it suited their interests; and buyers, or their representatives, have, with equal ingenuity, endeavoured to show that they had, or had not, acquired the property in the thing for which they contracted; and Judges have not unnaturally appeared anxious to find reasons for giving a judgment which seemed to them most consistent with natural justice. Under such circumstances, it cannot occasion much surprise if some of the numerous reported decisions have been made to depend upon very nice and subtle distinctions, and if some of them should not appear altogether reconcilable with each other⁷⁰.

Rappelons que le juge est appelé à localiser le droit de propriété quand il faut distribuer certains risques du contrat entre les parties. Le problème de base est l'inexécution du contrat, soit la déviation, par l'une des parties ou les deux, selon les cas, des prévisions envisagées de commun accord. Cette logique est largement identique en common law et en droit civil au point de justifier l'examen comparé des origines de la règle du transfert consensuel de propriété dans les deux systèmes⁷¹.

68. Art. 19, règle 5 (i), L.V.O. Ont. Cette exigence d'« affectation au contrat » a toujours donné du fil à retordre aux juristes de common law. Voir notamment : G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 93 ; P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 157 ; M.D. CHALMERS, *op. cit.*, note 12, p. 63. En effet, il s'agit d'un concept plutôt fluide, dont les conditions d'application ont été jugées remplies dans des cas d'espèces trop variés et selon une dynamique fort instable pour la systématisation. Dans une affaire, à la faillite du vendeur, le juge a décidé que l'acheteur était devenu propriétaire d'un bateau en cours de construction et des matériaux affectés à l'opération : *In Re Blyth Shipbuilding and Dry Docks Co.*, [1926] Ch. 494 (C.A.). Dans certaines circonstances, la sélection de marchandises a servi de critère suffisant, tandis que dans d'autres l'emballage des marchandises et l'identification du destinataire en vue de la livraison ont été retenus ; parfois, c'était le chargement des marchandises sur un camion, parfois, la livraison effective ; et la liste est loin d'être exhaustive. Pour les références aux décisions correspondant à ces exemples, voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 94 et 95.

69. G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 94 ; P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 160.

70. *Gilmour v. Supple*, (1858) 11 Moore P. C. 551.

71. En guise de différence, nous venons de voir qu'en common law la loi cherche la rencontre aussi définitive que possible des consentements qui implique le transfert de propriété, tandis qu'en droit civil le problème de l'individualisation montre que le transfert de

2 Les origines comparées du consensualisme translatif de propriété dans la vente

Il est possible de se demander si les ressemblances entre le droit civil et la common law quant à la règle du transfert consensuel de propriété résultent d'influences réciproques ou d'une inspiration commune ou encore s'il s'agit d'un rapprochement fortuit. À cet égard, l'examen des solutions du droit romain s'impose, car celui-ci a joué un rôle important, quoique différent, dans la naissance des règles du droit privé des deux systèmes.

Le droit romain de la vente, tel qu'il a été reconstitué à partir des *Institutes* de Gaius et de Justinien⁷², présente deux aspects intéressants. Premièrement, la vente comptait parmi les contrats réputés consensuels, c'est-à-dire ceux qui se forment et lient les parties dès l'échange de leur consentement quant à la chose et au prix⁷³. Deuxièmement, le seul échange de consentements ne transférait pas la propriété à l'acheteur. Ainsi, «pour transférer la propriété, une double opération juridique était nécessaire. Le contrat créait des obligations, notamment celle, pour l'aliénateur [...] de remettre la chose à l'acquéreur, mais celui-ci ne devenait pas immédiatement propriétaire. Pour opérer le transfert, il fallait un acte spécial qui était [...], la *traditio*⁷⁴.» Le transfert de propriété dépendait donc de la délivrance de la chose vendue.

Les principes romains, restés en vigueur en droit français et québécois jusqu'à l'adoption des codes civils, ont également marqué la common law, surtout à ses débuts⁷⁵. Il est ainsi important d'examiner comment, en dépit

propriété est l'effet immédiat du contrat considéré comme déjà formé.

72. Pour les détails sur l'histoire de la découverte et l'importance de ces sources du droit romain, voir A.B. PEARSON et H.F. BOYD (dir.), *Benjamin's Treatise on the Law of Sale of Personal Property with references to the American Decisions*, 3^e éd., Jersey City, Frederick D. Linn & Co, 1883, p. 516 et 517.
73. Le formalisme dans la vente a cédé la place au consensualisme dans la phase la plus achevée du droit romain : voir à ce sujet A.B. PEARSON et A.F. BOYD (dir.), *op. cit.*, note 72, p. 519.
74. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil : les biens*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 386, p. 273 ; L. BLACKBURN, *op. cit.*, note 57, p. 267 ; D. JACOBY, «Le transfert contractuel de la propriété dans une perspective de réforme», (1970) 5 *R. J. T.* 65, 69.
75. À ce sujet, l'ouvrage de R.J. POTHIER, *Traité du contrat de la vente*, Paris, Debure, 1772, est une référence incontournable. Au XIX^e siècle, il jouissait d'une grande autorité non seulement auprès des juristes québécois et français, mais aussi chez les auteurs anglais qui ont marqué la common law de la vente. À propos de l'influence de l'ouvrage de Pothier, M.D. CHALMERS, *op. cit.*, note 12, p. xi, écrit ce qui suit : «it is still, probably, the best reasoned treatise on the Law of Sale that has seen the light of day». Puis, citant les propos du juge Best tenus dans *Cox v. Troy*, (1822) 5 B & Ald. 481, il ajoute (p. xi) : «The authority of Pothier is as high as can be had next to the decision of a court of justice in

d'un intérêt commun pour le droit romain (2.1) la common law s'en est détachée pour admettre le consensualisme translatif de propriété dans la vente (2.2) avant le droit civil (2.3).

2.1 La valeur du droit romain pour le droit civil et la common law

Comme chacun le sait, le droit civil s'est développé dans le prolongement du droit romain dont il a hérité l'essentiel du droit des obligations. L'importance du droit romain pour le droit civil se passe donc de commentaires. Par contre, la common law est une émanation des solutions jurisprudentielles et des règles de procédure élaborées par les tribunaux anglais depuis le XII^e siècle. Bien que sa structure et sa logique se soient largement éloignées du droit romain, l'influence de ce dernier y est perceptible à plusieurs niveaux. En effet, de par la géopolitique des peuples anglo-saxons à l'époque de l'émergence de la common law, il est aisé de comprendre que leur droit a été en contact avec le droit romain⁷⁶.

Perçu comme le droit savant, le droit romain fournissait à la common law naissante des catégories, des concepts et certains modèles de raisonnement juridique; il conférait ainsi une certaine autorité aux arguments des plaideurs des cours royaux, même si les décisions des juges et les principes romains devaient souvent diverger⁷⁷. Par exemple, les ouvrages et les *Year Books*⁷⁸ des XIII^e, XIV^e et XV^e siècles indiquent un recours massif aux

this country.» Les auteurs anglais faisaient référence à Pothier notamment pour préciser leur pensée sur les différences entre, d'une part, la common law et, d'autre part, le droit civil qui, pour eux, perpétuait des principes du *Corpus juris civilis*, tels qu'ils avaient été modifiés par la coutume d'Orléans: L. BLACKBURN, *op. cit.*, note 57, p. 271; M.D. CHALMERS, *op. cit.*, note 12, p. xi.

76. Pour l'histoire de la naissance de la common law, voir notamment H. PALLARD, «La common law et ses institutions 1066-1875», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 1 et suiv.

77. «English lawyers turned to Roman law for elementary substantive distinctions, for patterns of legal reasoning, and for a structure of legal concepts. By making selective use of Roman vocabulary and Roman method – borrowing, so to speak, just «half» of a Roman distinction between possessory and proprietary actions – the English legal profession may have sought an extra measure of legitimacy in an age that venerated the ancients, but did not push the common law writs to their Roman extremes of bare possession and absolute ownership»: voir D.J. SEIPP, «Roman Legal Categories in the Early Common law», dans T.G. WATKIN (dir.), *Legal Record and Historical Reality*, Londres, Hambledon Press, 1989, p. 9.

78. Les *Year Books* sont les premiers recueils de jurisprudence qu'aient connus la common law et dont l'apparition remonte au XIII^e siècle. Il s'agissait d'une «collection de notes prises lors d'audiences judiciaires par les plaideurs ou des apprentis», sans rigueur ni méthode consacrée: voir C. BOURBONNAIS, «La règle du précédent», dans L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 117.

distinctions justiniennes⁷⁹ ainsi qu'un usage fréquent du latin⁸⁰ et même du français⁸¹, langues savantes de l'époque⁸². Toutefois, plus la common law évoluait, moins importante devenait l'influence du droit romain, si bien que le système a créé ses propres concepts et ses solutions mieux adaptés à ses réalités. Le consensualisme translatif de propriété semble avoir procédé de cette indépendance par rapport au droit romain.

2.2 L'ancienneté du consensualisme translatif de propriété en common law

Le caractère consensuel du contrat de vente, par son aspect relatif à la création d'obligations, semble bien établi depuis les débuts de la common law⁸³. Par contre, les origines de la règle du transfert consensuel de propriété, codifiée dans la *Sale of Goods Act* anglaise de 1893, font l'objet de controverse. Selon une partie de la doctrine du XIX^e siècle, la règle est bien établie en common law dès ses débuts et elle marque l'une des grandes différences entre le droit civil⁸⁴ et la common law en matière de vente. D'autres juristes nient toute inhérence de la règle à leur système et la présentent comme le résultat d'une interprétation erronée des précédents.

Parmi les partisans de la validité de la règle en common law, Blackburn, Benjamin et Chalmers sont formels. Le premier, après l'analyse de quelques plaidoiries rapportées dans les *Year Books* du XV^e siècle, écrivait notamment ceci : « whether the rule of English law was originally adopted

79. « The telltale of language of « public » and « private », of « persons », « things », and « actions », of « civil » and « criminal », of « real » and « personal », of « contractual » and « delictual », and of « possessory » and « proprietary » pervades these attempts to divine the inherent « structure » of the common law », écrit D.J. SEIPP, *loc. cit.*, note 77, 9.

80. Les maximes latines sont d'usage courant en common law même aujourd'hui. Par exemple, *nemo dat quod non habet* est un principe de common law.

81. Par exemple, voir Y. B. 20 Hy. VI. Trin. pl. 4, où un plaideur, sous le règne d'Henri VI (1421-1471), s'exprime en ces termes : « Sir, jeo veux prouver que si jeo achete un cheval de vous, maintenant le propertie del cheval est a moy, et pur ceo vous aurez breve de Debte pour les deniers, et j'aurai Detinue pour le cheval sur cest bargain » ; c'est un exemple, parmi tant d'autres, cité par W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, t. 3, Londres, Methuen, 1956, p. 355, note 5.

82. « Bracton's Treatise », écrit Seipp à propos de l'ouvrage de H. DE BRACTON, *On the Laws and Customs of England*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1968, « had its imitators in the 1280s, including Britton, an updated epitome in French, the language then replacing Latin as the written medium for transmitting the profession's learning » : voir D.J. SEIPP, *loc. cit.*, note 77, 11.

83. Voir A.B. PEARSON et H.F. BOYD (dir.), *op. cit.*, note 72, p. 520 ; S.F.C. MILSON, « Sale of Goods in the Fifteenth Century », (1961) 77 *L.Q. Rev.* 257, 283.

84. C'est le cas notamment du droit français de l'Ancien Régime et du droit écossais.

by a misapprehension or not, it is submitted that it is not modern, but the ancient rule such as has existed since English law began⁸⁵». Benjamin abonde dans ce sens quand il affirme ce qui suit : «in England, on the other hand, the property of the goods passes to the buyer by the personal contract of sale, and the seller's rights thereafter, in relation to the undelivered subject of the sale (whatever else they may be), cannot be the rights of an undivested owner⁸⁶». Enfin, Chalmers déclare que la France et l'Italie, dans leurs codes civils, ont abandonné la règle du droit civil pour adopter un principe analogue à celui de la common law⁸⁷.

En revanche, certains historiens ne parviennent pas à rattacher le transfert consensuel de propriété à l'origine de la common law, malgré les recherches systématiques effectuées dans les *Year Books*⁸⁸. D'après Holdsworth⁸⁹, jusqu'au XIII^e siècle, le transfert de propriété dans la vente nécessitait la délivrance. Par conséquent, le vendeur pouvait, après la délivrance, recourir au bref de *debt* pour réclamer le prix. Et, avant la délivrance, l'acheteur, n'étant pas encore propriétaire, ne pouvait pas utiliser le bref de *detinue* ; il était admissible au bref de *debt*⁹⁰. Il semblerait pourtant que, dès le règne de Henri VI (1422-1461 et 1470-1471), les vendeurs recouraient aux brefs de *debt*, pour réclamer le prix, alors que les acheteurs exerçaient l'action de *detinue* en vue de forcer la délivrance du bien vendu. Cette action, originellement ouverte aux propriétaires dépossédés, jouissant donc d'un droit de possession (*right to possession*), aurait été étendue aux acheteurs dans l'objectif d'accroître l'efficacité des obligations contractuelles⁹¹.

85. L. BLACKBURN, *op. cit.*, note 57, p. 283 et 284.

86. A.B. PEARSON et H.F. BOYD (dir.), *op. cit.*, note 72, p. 527.

87. *Id.*, p. 57.

88. Blackburn n'appuie ses propos que sur quelques affaires datant des règnes d'Édouard IV (1461-1470 et 1471-1483) et d'Henri VI (1422-1461 et 1470-1471).

89. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 81, p. 354-357.

90. Dès les débuts de la common law (jusqu'en 1852), l'accès à la justice était subordonné à l'exhibition d'un bref (*writ*) délivré par les instances royales. Le bref contenait une description de la demande. Les formules descriptives avaient été consacrées en fonction de la catégorisation des litiges ; il fallait donc qu'un justiciable obtienne le bref correspondant exactement à sa réclamation sous peine de perdre le procès pour vice de procédure. Ainsi, la réclamation relative à l'exécution d'une obligation contractuelle, tel le paiement du prix, requérait un bref de *debt* (du latin *debet* : «il doit»), «premier bref servant à faire respecter des engagements formels de payer une somme précise». Par contre, la revendication d'une chose par son propriétaire à un détenteur nécessitait le bref de *detinue* (dans lequel figurait l'expression latine *debet et detinet* : «il doit et détient»); voir, à ce sujet, J.A. MANWARING, *loc. cit.*, note 13, 290.

91. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 81, p. 355 et 356; voir aussi J.A. MANWARING, *loc. cit.*, note 13, 290, à sa note 6 : «Le bref (de *detinue*) a servi à faire respecter les ententes de vente parce que l'acheteur pouvait alléguer que le vendeur avait en sa possession des

Par la suite, le droit de possession s'est consolidé au point d'être désigné fréquemment, dans les *Year Books*, comme *property*, d'où l'idée selon laquelle la propriété se transmet par la seule opération du contrat de vente portant sur les objets déterminés⁹², même si l'acheteur n'a pas encore payé⁹³. Pour paraphraser l'auteur, nous dirions que la vente, bien que déjà consensuelle lors de l'émergence de l'idée de transfert consensuel de propriété, ne transférait pas, à vrai dire, la propriété, au sens de *proprietas* du droit romain⁹⁴, au moment de la formation du contrat, mais un simple droit de possession. Pourtant, c'est plutôt l'idée de propriété complète qui s'est imposée dans le raisonnement juridique⁹⁵.

Quoi qu'il en soit, nous retiendrons ici que la common law a formulé la théorie du transfert consensuel de propriété bien avant que les Français et les Québécois l'adoptent pour la première fois dans leurs codes civils. La tentative de la lier à la tradition du droit civil plutôt qu'au droit de tradition anglaise serait donc erronée. De l'avis d'un auteur, en effet, au XIX^e siècle, les juristes québécois, opérant une rupture avec les traditions dont leur système était tributaire, avaient « tendance à exiger une certaine tradition pour admettre que le contrat de vente atteigne sa fin ». Il explique cette tendance par « l'osmose du droit anglais », du fait que, « à l'époque,

biens lui appartenant et ainsi forcer le vendeur à les lui livrer. »

92. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 81, p. 356-357.

93. W. HOLDSWORTH, *A History of English law*, t. 7, Londres, Methuen, 1956-1972, p. 508.

94. Contrairement aux immeubles (*real property*) qui étaient et restent en common law le réceptacle de plusieurs droits de propriété concurrents, les meubles (*personal property*) faisaient l'objet de droit de propriété exclusif au sens du droit romain : voir notamment W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 81, p. 352 ; « The *Year Books* reporters [...] appear to have confined the word *propreté* exclusively to the context of chattels ; « property » seemed to drop out of the language completely as a term to be applied to landholding and contrasted with « possession » », écrit D.J. SEIPP, *loc. cit.*, note 77, 24.

95. Voir aussi S.F.C. MILSON, *loc. cit.*, note 83, 273-278. Selon cet auteur, l'explication de Holdsworth ne pourrait être ni affirmée ni infirmée avec certitude. Par contre, Milson repère dans les *Year Books* des XV^e et XVI^e siècle des cas d'acheteurs exerçant une action fondée sur le *bailment* qui, selon lui, aurait également facilité l'introduction de l'idée de transfert consensuel de propriété dans les ventes d'objets déterminés. Néanmoins, il rapporte aussi plusieurs cas d'utilisation du bref de *detinue* et de l'action en *bailment* dans les ventes portant sur les denrées non individualisées, ce qui complique le raisonnement. Son analyse l'incite à conclure que la jurisprudence qui a servi à la formulation du principe du transfert consensuel de propriété traduit plutôt l'effort des parties à la vente pour obtenir l'exécution des obligations contractuelles qu'un rapport fondé sur la propriété. Selon lui, l'idée de transfert consensuel de propriété aurait procédé d'une rationalisation *a posteriori*. Pour la définition du concept de *bailment*, voir R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 336, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 49-52.

la grande majorité des juges du Bas-Canada [étaient] d'origine anglaise⁹⁶ ». Nous dirions plutôt que ces juges anglais essayaient d'appliquer au Québec un principe que leurs collègues de Westminster tenaient pour caractéristique du droit civil véritable, celui de Pothier, dont la doctrine a non seulement marqué les codificateurs québécois⁹⁷, mais aussi séduit les juristes anglais⁹⁸. Toutefois, ce n'est pas dans le sillage de Pothier que les codes français et québécois ont adopté la règle du transfert consensuel de propriété. Ce n'est pas grâce à l'inspiration de la common law non plus, semble-t-il.

2.3 Les origines révolutionnaires du consensualisme translatif de propriété dans le système franco-québécois

Les auteurs québécois et français expliquent l'introduction, dans le Code Napoléon et dans le *Code civil du Bas Canada*, du consensualisme translatif de propriété par l'évolution de la transmission de la propriété immobilière. L'histoire est simple et a été racontée maintes fois⁹⁹. Avant d'en présenter ici un résumé, nous tenons à souligner la différence de statut entre la propriété mobilière et immobilière dans le raisonnement juridique traditionnel.

Jusqu'à la Révolution française, l'organisation sociale et le droit privé reposent, tant en France qu'en Angleterre, sur la propriété immobilière statique et destinée à la production. La propriété mobilière, elle, présente peu de valeur, circule dans le commerce et est liée à la personne¹⁰⁰. Partant, les immeubles obéissent au régime juridique féodal dans lequel le même

96. H. BRUN, «Les origines du consensualisme en matière de transfert de propriété et des mitigations apportées au principe par le droit civil québécois», (1967-1968) 9 C. de D. 273, 284 et 285; la subordination de la perfection du contrat de vente mobilière à la délivrance se dégage de la jurisprudence d'avant le *Code civil du Bas Canada* (*id.*, 284, note 50), mais elle a persisté après la promulgation du Code: voir *Dupuis v. Cushing*, (1880) 22 L.C.J. 201 (C.A.), cité, pour démontrer le même phénomène, par F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province du Québec*, t. 3: «Explication des articles 754 à 1078 du Code civil», Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 421, et par D. JACOBY, *loc. cit.*, note 74, 81; voir aussi G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7: «Articles 982-1040: Des contrats», Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 372.

97. H. BRUN, *loc. cit.*, note 96, 285. Aussi, compte tenu de l'autorité des auteurs anglais que nous avons cités précédemment, nous tiendrons pour marginale l'opinion, contraire, de voir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. 1, New York, W.E. Dean, 1841, p. 362-363.

98. Voir *supra*, note 75.

99. Citons notamment: P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Paris, L. Larose & L. Tenin, 1905, p. 650-658; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 273; D. JACOBY, *loc. cit.*, note 74, 69-72; H. BRUN, *loc. cit.*, note 96, 280 et suiv.

100. Pour la France, voir notamment F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 65; pour l'Angleterre, voir W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 81, p. 352.

fonds est généralement le support de plusieurs propriétés de fait, les *domaines utiles*, au profit des suzerains. Ceux-ci payent des redevances au seigneur, détenteur des droits supérieurs sur le fonds sous le nom de *domaine éminent*¹⁰¹. Le concept de propriété ne reflète donc pas la notion romaine de droit de propriété absolu et exclusif¹⁰². L'aliénation de la propriété immobilière est soumise au contrôle seigneurial par l'entremise de formalités de la *dessaisine-saisine*. L'ensaisinement de l'acheteur équivalait à la tradition romaine¹⁰³. Et, à notre avis, les similarités entre le droit français et la common law s'arrêtent là, car le mouvement social vers la Révolution française introduira des divergences entre les deux systèmes relativement au régime juridique des immeubles¹⁰⁴.

Dans l'Ancien Régime français, l'affaiblissement du système féodal s'est manifesté par le remplacement des formalités de *dessaisine-saisine* par de simples clauses insérées aux contrats de ventes immobilières¹⁰⁵. À la veille de la Révolution française, de telles stipulations sont devenues des clauses de style¹⁰⁶. Elles fourniront, en association avec l'argument tiré de la possibilité de clauses de *constitut possessoire* ou de *traditio brevi manu*, connues déjà en droit romain, une certaine justification à la codification de la règle du transfert consensuel de propriété. En effet, les auteurs écrivent souvent que, du fait même qu'en droit romain la *traditio* pouvait être symbolique ou fictive, il était devenu inutile de la maintenir en droit positif¹⁰⁷.

101. F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 65; D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 1253. Une conception identique régnait en Angleterre: voir notamment W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 81, p. 352.

102. D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, note 101; pour la common law, voir *supra*, note 94.

103. P. VIOLLET, *op. cit.*, note 99, p. 655; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 65. Pour la common law, voir W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 81, p. 357: «Till livery of seisin has been made no real right to the land passes.»

104. Il serait intéressant de savoir comment le droit anglais a conservé les formes juridiques moyenâgeuses dans une société devenue démocratique. Pour une réponse historique à la question, voir G. LEMARCHAND, *Féodalisme, société et Révolution française: Études d'histoire moderne, XVI^e-XVIII^e siècles*, coll. «Cahier des Annales de Normandie», n° 30, Caen, Comité régional d'histoire de la révolution, 2000, p. 293 et suiv. (voir spécialement le texte intitulé «Un cas de transition du féodalisme au capitalisme: l'Angleterre» (p. 293)).

105. P. VIOLLET, *op. cit.*, note 99, p. 655 et 656; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 65.

106. Au moment de consacrer l'œuvre de la Révolution par le Code Napoléon, les articles 1138 et 1583 ne font, certes, que reconduire la pratique notariale de l'époque; cependant, celle-ci participait d'un mouvement sociopolitique séculaire.

107. P. VIOLLET, *op. cit.*, note 99, p. 657; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 273; D. JACOBY, *loc. cit.*, note 74, 71; H. BRUN, *loc. cit.*, note 96, 276 et 277; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 6, Bruxelles, Bruylant, 1942, n° 94, p. 84 et 85.

En revanche, tant en France qu'en Angleterre, la propriété exclusive sur les meubles n'avait jamais fait l'objet de contestation. Elle est synonyme de liberté, d'individualisme. Or, ce sont ces idées de liberté, de propriété absolue et exclusive, perçue comme un droit « naturel » de l'homme, qui constituent le fonds de commerce des révolutionnaires français¹⁰⁸. Dans la foulée, les rédacteurs du Code ont tenu à libéraliser la propriété immobilière et à l'attacher à l'individu et à la toute-puissance de la volonté. Ainsi ont-ils opéré une rupture complète avec le modèle conservé par le système anglais de la *real property*. Les règles relatives au transfert des droits réels semblent donc largement avoir été adoptées en fonction de la propriété immobilière, sans considération de toutes les conséquences juridiques que ce volontarisme pourrait comporter¹⁰⁹. Dans l'Ancien Régime, la propriété sur les meubles avait toujours été transmise par la tradition, sans difficultés¹¹⁰.

Le *Code civil du Bas Canada* et le *Code civil du Québec* adopteront essentiellement le modèle retenu par le Code Napoléon en matière de transfert de propriété¹¹¹. Dans la vente, particulièrement, la propriété est transférée *solo consensu* entre les parties. Toutefois, rien ne montre que les codificateurs ont examiné la question que les juristes de common law et de droit civil se sont souvent posée : « Qu'est-ce qu'une propriété, qu'est-ce qu'un droit réel qui n'existe pas à l'égard de tous¹¹²? »

108. F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, n° 67, p. 66.

109. Pothier qui professait le transfert de propriété par la délivrance était perçu comme un rameur à contre-courant : voir P. VIOLLET, *op. cit.*, note 99, p. 657. La loi aura confondu la création de l'obligation et ses effets dans le seul but d'exaltation des idées philosophiques révolutionnaires. Deux observations le confirment. Premièrement, l'apologie, par Portalis notamment, de la toute-puissance de la volonté révèle un certain paradoxe, car celle-ci doit, dans l'intérêt des rapports de moralité entre les hommes et celui du commerce, franchir « toutes les distances » et surmonter « tous les obstacles [...] comme la loi même », mais sans pouvoir opérer le transfert de propriété sur les biens non individualisés. Voir J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 237-239. Deuxièmement, les codificateurs avaient négligé les droits des tiers, le secret des fortunes étant l'une des libertés à gagner. Il faudra une cinquantaine d'années pour se rendre compte de l'insuffisance des effets de la vente entre les parties. En effet, une loi devra, en 1855, réglementer la publicité des actes et jugements des mutations immobilières entre vifs : F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 277 ; D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, note 101, p. 85.

110. D. JACOBY, *loc. cit.*, note 74, 71.

111. Il semble que le renversement du régime seigneurial comptait aussi parmi les aspirations de la bourgeoisie québécoise au moment de la rédaction du *Code civil du Bas Canada*. Voir, à ce sujet, les références historiques citées par D. HOWES, *loc. cit.*, note 18, 530, et P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Thémis, 1999, p. 269.

112. P. VIOLLET, *op. cit.*, note 99, p. 658 ; voir aussi F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 272 ; P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 141 : « can there be such a legal phenomenon as a transfer of property *as between seller and buyer*? »

3 Une critique du consensualisme translatif de propriété

Vu la force reconnue au droit de propriété en droit des biens¹¹³, les règles sur le transfert de propriété dans la vente incitent nécessairement à vérifier si ce droit conserve la même consistance derrière les règles sur la vente (3.1). Les difficultés surgissent du fait que la logique propriétaire n'est pas respectée conformément à l'importance du droit réel en question. Cela amène certains auteurs à lier le véritable bien-fondé de la règle à la volonté d'assigner simplement certains risques à l'acheteur (3.2). Il en découle une interrogation quant à la pertinence de la règle lorsqu'elle est détachée du problème des risques (3.3).

3.1 Le transfert de propriété et les obligations des parties

Si la vente transfère le droit de propriété, il s'agit de ce droit absolu, complet et exclusif, sous réserve des limitations expressément prévues par les lois particulières et le Code civil¹¹⁴. S'agissant ici de la propriété mobilière, nous pouvons affirmer l'existence d'une conception équivalente dans la vente en common law, *mutatis mutandis*¹¹⁵. Toutefois, le fait même de parler du transfert de propriété entre les parties et l'impact des vicissitudes du contrat suscitent souvent des interrogations sur le contenu du droit de propriété dans la vente. D'une part, un propriétaire doit l'être à l'égard de tous et non à l'égard de son seul cocontractant. D'autre part, un transfert

113. L'opinion suivante exprimée par un juge anglais nous semble très pertinente pour les deux systèmes : « in fact the passing of property is concerned with the creation of rights *in rem*, which the purchaser can assert not only against the vendor but against the world at large, and which he can alienate in such a way as to create similar rights in a transferee » ; *Karlshamns Oljefabriker v. East Port Navigation Corp.*, [1982] 1 All E.R. 208, 211.

114. Pour la portée de ces caractéristiques, voir : P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 111, p. 269-277 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 133 et suiv.

115. « La définition de la propriété dans le cas des biens personnels se résume en quelques mots : [TRADUCTION] « la totalité des pouvoirs reconnus en droit d'utiliser et de disposer du bien » » : voir E.L.G. TYLER et N.E. PALMER, *Crossley Vaines' Personal Property*, 5^e éd., Londres, Butterworths, 1973, p. 40. La L.V.O. Ont. précise que le vendeur transfère la *general property* et non pas seulement la *special property* (art. 2 (1)) ; la seconde expression désigne, en common law, les pouvoirs qui peuvent être conférés à une personne autre que le propriétaire, tel un créancier hypothécaire, qui acquiert ainsi un intérêt précis : G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 103 ; voir aussi I. DAVIS, « Transferability and Sale of Goods », (1987) 7 *Legal Studies* 1, 2.

de propriété indiscutable résultera véritablement des ventes instantanées, au comptant, non exposées aux aléas du temps et de la durée¹¹⁶.

Partant, plusieurs questions sont habituellement discutées sur le plan de l'interaction entre le transfert de propriété et les diverses modalités du contrat de vente. Nous laissons de côté celles que suscitent généralement les promesses de vente et les ventes conditionnelles. Plus problématique, à notre avis, est la confrontation de la logique du droit de propriété à l'économie des obligations des parties dans la vente. Le transfert de propriété n'est pas une obligation mais un effet de l'exécution des obligations. Il s'agit d'un effet mobile que les parties peuvent fixer à n'importe quelle étape de la vie du contrat. Ainsi, l'analyse du contrat pourrait faire abstraction des problèmes de propriété sans écueils. L'examen des règles relatives à l'interdépendance entre l'obligation de délivrance incombant au vendeur et celle qu'a l'acheteur de payer le prix permet de faire d'intéressantes observations.

3.1.1 Les droits et les obligations des parties avant la délivrance du bien vendu

Premièrement, les droits et les pouvoirs du vendeur ainsi que la sanction de son obligation de délivrance font réfléchir. Avant la livraison du bien et sa prise de possession par l'acheteur, le vendeur a le droit de surseoir à ces opérations jusqu'au paiement. Dans la logique du droit de propriété, l'acheteur devient propriétaire dès l'échange définitif de consentements tant en droit civil qu'en common law. Il a donc le droit de revendiquer la chose. Or, le vendeur pourra refuser de s'en dessaisir en exerçant le droit de rétention, concept qui convient alors à la situation¹¹⁷. Toutefois, il serait

116. K.N. LLEWELLYN, *loc. cit.*, note 38, 167, s'est brillamment exprimé à ce sujet : « Lump-title fits only in that rare case in which our economy resembles that of three hundred years ago: where the whole transaction can be accomplished at one stroke, shifting possession along with title, no strings being left behind – as in cash purchase of an overcoat worn home. But the contract for sale and credit, the shifting of goods to market via a factor, the shipment against draft, the installment sale, the delivery of shipment on approval, the agreement to sell goods lying in warehouse under non-negotiable receipt – these are not one-stroke transactions. They involve, each one a complicated series of actions of varying significance. They involve a period, often an extended period, during which matters are in temporary suspension or are in active flux between the parties; over considerable periods of time there is no such Title in either party as the static picture of Title suggests. »

117. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 27, n° 77, p. 603; P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, n°s 101 et 193, p. 112, 113 et 245; il s'agit du *seller's lien* en common law, qui s'exerce dans les mêmes conditions globales qu'en droit civil et surtout du fait que l'acheteur est réputé propriétaire: *Nippon Yusen Kaisha c. Ramjiban Serowgee*, [1938] A.C. 429, 444;

aussi possible de se placer sur le plan de l'exécution des obligations avec le même effet. À cet égard, le vendeur surseoit à son obligation de délivrance tant que le débiteur n'a pas exécuté l'obligation corrélative de payer le prix. Et c'est le jeu de l'exception d'inexécution¹¹⁸. Certes, ces deux mesures constituent des mécanismes de garantie pour le vendeur¹¹⁹, mais, en dehors de cette clarification des concepts, le droit de propriété de l'acheteur ne lui procure guère d'avantages s'il n'a pas encore payé ou du moins obtenu un crédit du vendeur.

Atiyah, auteur de common law, émet à ce sujet des observations applicables au droit québécois¹²⁰. L'acheteur ne pourrait poursuivre un tiers qui s'emparerait de la chose encore détenue par le vendeur. Dans le langage du droit civil, l'acheteur ne peut pas exercer la garantie du droit de propriété : celle-ci concerne l'obligation « de permettre à l'acheteur de jouir pleinement du bien comme un propriétaire et d'exercer sur lui toutes les prérogatives d'un propriétaire¹²¹ ». Or, puisqu'il n'a pas encore payé, cette jouissance lui est refusée. Par ailleurs, si l'acheteur conclut une vente avec un sous-acquéreur, celui-ci ne pourrait revendiquer la chose des mains du vendeur sans payer non plus, à moins que le vendeur n'ait consenti à l'opération. De même, en cas de faillite de l'acheteur, le syndic ne pourrait réclamer le bien chez le vendeur, quitte à le contraindre à participer au règlement des créanciers. Par contre, la loi accorde au vendeur, s'il a expédié la marchandise avant le paiement, la faculté d'arrêter la livraison du bien s'il appert clairement que l'acheteur n'honorera pas ses propres engagements¹²². Pire, le vendeur a la possibilité de passer une vente valide

G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 316.

118. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 27, p. 598 et suiv.

119. M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 939 et suiv., p. 489 et suiv.

120. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 142.

121. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, p. 120; l'emploi même de l'expression « garantie du droit de propriété » à la place de l'ancienne « garantie contre l'éviction » du *Code civil du Bas Canada* ou du droit français marque l'insistance du législateur sur l'objet de la vente, en l'occurrence le transfert de propriété. L'éviction convenait mieux au droit romain, car le vendeur ne transmettait pas nécessairement le droit de propriété lors de la vente, mais il devait protéger l'acheteur contre les réclamations des tiers susceptibles de l'évincer si le vendeur s'avérait avoir aliéné une chose d'autrui : voir à ce sujet A.B. PEARSON et H.F. BOYD (dir.), *op. cit.*, note 72, p. 520.

122. Art. 1740 (2) C.c.Q; art. 38 (1) (b) L.V.O. Ont. La formulation de l'article 1740 est plus générale que celle de la common law. La prérogative est exercée « lorsqu'il apparaît que l'acheteur n'exécutera pas une partie substantielle de ses obligations ». La règle de la common law est précise. La prérogative du vendeur est exercée lorsque l'acheteur devient insolvable, alors que le vendeur s'est départi de la possession des marchandises. Il a été particulièrement difficile aux juristes de common law de justifier le fondement

avec un second acheteur, et ce, alors même que le premier acheteur a payé ou est prêt à le faire.

En droit civil, la vente d'une chose d'autrui donne droit à l'action en nullité¹²³. Selon la logique du droit de propriété, le vendeur qui conclut une double vente aliène le bien appartenant au premier acheteur. Toutefois, le

de ce *stoppage in transitu*. Certaines autorités l'attribuent aux considérations de justice contractuelle; d'autres, au droit strict; d'autres encore à l'équité ou aux usages du commerce. La difficulté procède du fait que l'exercice de ce droit en cas de faillite de l'acheteur semble donner préférence au vendeur en violation de la règle de l'égalité des créanciers. Partant, bien qu'un juge ait dit, non sans raison, que «one man's goods shall not be applied to the payment of another man's debt»: *Booth Steamship Co. v. Cargo Fleet Iron Co.*, [1916] 2 K.B. 570, 580 (C.A.), un autre a déclaré la règle inique: *Kendal c. Marshall Setevens & Co.*, (1883) 11 Q.B.D. 356, 364 (C.A.). Il y a lieu de répondre à la première observation: le souci de soustraire les biens expédiés par le vendeur impayé au paiement de la dette des autres néglige le fait que les autres créanciers ont également consenti à l'acheteur insolvable des biens ou d'autres avantages tout aussi appréciables, parfois même plus importants que les biens du vendeur. Quoi qu'il en soit, la règle perd son attrait dans les ventes avec crédit documentaire confirmé. Sur la question et la controverse l'entourant en common law, voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 325. En vertu du *Code civil du Québec*, la règle aurait pu se justifier par la priorité du vendeur de meuble impayé. Or, l'article 2651 C.c.Q. restreint cette priorité au cas d'une vente à une personne physique qui n'exploite pas une entreprise, d'où son manque d'intérêt compte tenu du fait que le *stoppage in transitu* est une mesure qui intéresse au plus haut degré les vendeurs aux entreprises. En outre, qualifier la règle de complément par rapport au droit de rétention nous semble insatisfaisant (P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, p. 246). Il n'est plus possible de parler de rétention alors que le vendeur n'exerce plus un pouvoir de fait sur la marchandise. À cet égard, la common law comporte quelque logique lorsqu'elle refuse au vendeur son *seller's lien* en cas de délivrance à un transporteur ou à un autre dépositaire pour remise à l'acheteur, sans se réserver le droit de les aliéner (Art. 41 (1) (a) L.V.O. Ont.). Complément de l'exception d'inexécution? C'est, en tout cas, l'explication donnée dans les *Commentaires du ministre de la Justice*: «Le second alinéa (de l'article 1740 C.c.Q) ajoute au droit antérieur, en ce qu'il complète le droit de suspendre l'exécution qui résulte des règles générales applicables en matière d'obligations»: MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1087. Toutefois, dans ce cas, la préférence injustifiée du vendeur sur les autres créanciers reste un problème. Seulement, le commentaire du ministre a le mérite de signifier que c'est la sanction des obligations qui est en jeu, et non la protection de la propriété. Enfin, le fait d'affecter la règle aux cas où l'acheteur se révèle incapable d'exécuter une partie substantielle de ses obligations d'enlèvement et de paiement ne relève que de la propension des codes civils à la généralisation. Il nous semble qu'il ne serait guère possible de trouver d'autres hypothèses que l'insolvabilité ou la faillite, dans lesquelles l'acheteur serait incapable d'exécuter ses obligations. Même s'il en existait, elles comprendraient absolument celle de l'insolvabilité avec le problème d'inégalité des créanciers précédemment mentionné. Il s'agit ici de l'un de ces emprunts effectués sans beaucoup se soucier des critiques dont ils font l'objet dans les systèmes d'origine.

123. Art. 1714 C.c.Q.

Code civil du Québec ne se situe pas sur ce terrain. Il décrit la situation comme un transfert successif à des acquéreurs différents, portant sur un même bien meuble, pour attribuer le titre à l'acquéreur qui en prendra possession le premier, à condition que celui-ci soit de bonne foi¹²⁴. La règle du *Code civil du Québec* se démarque de celle du droit français qui l'a inspirée et, dans un registre différent, de celle de la common law. Langelier confirme l'inspiration du droit français et le fait que la règle a été dissociée de son contexte juridique d'origine : « Cette disposition est empruntée au *Code Napoléon* » écrit-il. Dans ce dernier elle ne présente aucune difficulté, parce qu'elle n'est que l'application de la règle : *en fait de meubles possession vaut titre*¹²⁵. » En droit québécois, en effet, la possession ne pourrait valoir titre¹²⁶. La seule possibilité pour le possesseur de bonne foi d'acquérir la propriété mobilière est de compter sur la prescription acquisitive de trois ans¹²⁷. Or, en droit français, le lien entre la règle *en fait de meubles* et la solution retenue dans la double vente¹²⁸ est d'autant plus étroit que c'est la disposition relative à cette dernière qui explique, par induction, l'exigence de bonne foi par la première¹²⁹.

Le droit québécois présente également un léger décalage par rapport à la common law. L'article 25 (1) de la *Loi sur la vente d'objets* qui accorde un titre valide au second acheteur de bonne foi, s'inscrit clairement dans l'optique des exceptions à la vente de la chose d'autrui, c'est-à-dire à la règle *nemo dat*¹³⁰. Néanmoins, les deux systèmes ont ceci de commun qu'ils justifient cette exception par la protection des transactions commerciales¹³¹. Le droit de propriété du premier acheteur, même si celui-ci a déjà

124. Art. 1454 C.c.Q.

125. F. LANGELIER, *op. cit.*, note 96, p. 423.

126. L'article 928 C.c.Q n'est pas l'équivalent de l'article 2279 du *Code civil* français. *Contra*: C. LAFOND, *op. cit.*, note 111, p. 992. La règle française *en fait de meubles* institue l'un des modes d'acquisition de la propriété mobilière. Il s'agit de l'acquisition de propriété par la prescription instantanée, conférant au possesseur de bonne foi un titre autonome, envisagé en rupture avec les droits de l'auteur. Voir notamment F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 292 et suiv. Le droit français a donc nettement pris parti pour les acquéreurs. Pour le rejet de la règle en common law, voir I. DAVIS, *loc. cit.*, note 115, 27.

127. Art. 2919 C.c.Q.

128. Art. 1141 C.c.fr.; voir aussi J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, note 28, p. 603 et suiv.

129. « L'article 2279, alinéa 1^{er}, n'énonce pas cette condition, mais elle résulte de l'article 1141 qui, faisant une application particulière de la règle : *en fait de meubles...*, vise la seule possession de bonne foi », écrivent F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 74, p. 298.

130. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 181 et 202; G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 137 et suiv.

131. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 181; P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 6, Montréal, C. Théorêt, 1901, p. 270.

effectué un paiement, est par là écarté. À ce point, la common law et le droit québécois rejoignent le droit français en partie¹³².

Hormis l'hypothèse de la double vente, le refus de délivrance par le vendeur l'expose à la saisie-revendication par l'acheteur, à condition que celui-ci ait payé ou soit prêt à le faire¹³³. Toutefois, sur le plan strict des obligations, la possibilité de revendication se perd dans un ensemble d'autres recours, reconnus par le *Code civil du Québec*, tels que l'exécution en nature¹³⁴, la résolution judiciaire¹³⁵ ou extrajudiciaire¹³⁶, l'action en dommages-intérêts¹³⁷. Il nous semble que ces recours contractuels, avec les possibilités de les combiner, offrent de bien meilleurs avantages que la revendication. La situation est comparable en common law où les recours contractuels en cas de défaut de délivrance, à savoir la *specific performance*¹³⁸ et le *recouvrement du prix*¹³⁹ si le paiement a déjà eu lieu, sont présentés comme plus intéressants que l'action délictuelle (*tort*) de *detinue* ou *conversion*¹⁴⁰ qui sont l'équivalent de la revendication connue en droit civil. En somme, la qualité de propriétaire n'est invoquée que dans la foulée de la règle du transfert consensuel de propriété et pourrait être ignorée sans compromettre les droits des parties.

3.1.2 Les droits et les obligations des parties après la délivrance du bien vendu

Après la prise de possession par l'acheteur, l'idée de propriété ne présente guère plus de consistance que dans l'hypothèse examinée précédemment. Les recours reconnus au vendeur non payé ne trouvent

132. Le principe *en fait de meubles* du droit français est d'application générale et protégerait le second acheteur même si le vendeur détenait le bien en vertu d'un nouveau contrat – de location par exemple – passé avec le premier acheteur. La common law et le droit québécois pencheraient pour le premier acheteur dans cette hypothèse. Au Québec, l'article 2919 s'applique, à notre avis. En common law, la restriction résulte de la décision du Conseil privé rendue dans *Mitchell v. Jones*, (1905) 24 N.Z.L.R. 932: «in such case, the second buyer is not protected; the seller is "in possession" in a literal sense but the fact that he was a seller originally is no longer relevant. He is a bailee, not a seller»; voir P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 203.

133. Art. 953 C.c.Q et 734 du *Code de procédure civile*; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 27, n° 806, p. 642.

134. Art. 1590 (2), 1, C.c.Q.

135. Art. 1604 C.c.Q.

136. Art. 1605 C.c.Q.

137. Art. 1607 et suiv. C.c.Q.

138. Art. 50 L.V.O. Ont.

139. G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 415.

140. *Id.*, p. 429.

pas d'appui suffisant dans le transfert consensuel de propriété et ne subiraient pas de modification si le législateur attachait le transfert de propriété à la délivrance.

L'article 1741 du *Code civil du Québec* offre au vendeur la faculté de considérer la vente comme résolue et de revendiquer le bien. L'usage de la notion de revendication suppose que le droit du vendeur de considérer la vente comme résolue le réinvestit automatiquement du droit de propriété¹⁴¹. Cependant, la revendication dont il est question ici requiert nécessairement l'intervention du juge¹⁴². Or, l'acheteur peut contester les conditions de la résolution. Si, par la suite, le juge la constate et autorise finalement la revendication, la situation n'est pas pratiquement différente, sur le plan de la remise du bien, de celle où le juge prononce la résolution et ordonne la restitution des prestations¹⁴³. Aussi serait-il possible d'interpréter les limites opposées à la revendication par l'article 1741 comme des restrictions spéciales à la restitution dans l'hypothèse d'une résolution extrajudiciaire. En effet, l'article 1707 prévoit des restrictions de droit commun. Cependant, que donne l'interprétation en fonction du droit de propriété ?

À cet égard, les restrictions orientées vers la protection des tiers nous semblent les plus révélatrices. En règle générale, le vendeur ne pourra pas reprendre possession de la chose si celle-ci a été revendue *au comptant* à un sous-acquéreur ou cédé à un créancier hypothécaire qui a obtenu le délaissement. Il ne s'agit pas ici du respect d'un *jus abutendi* de l'acheteur, car, par la résolution, ses droits sont censés disparaître rétroactivement. Il n'est pas non plus question de penser à la protection d'un titre autonome acquis par un tiers de bonne foi comme dans l'hypothèse de la double vente. Le tiers est protégé parce qu'il a payé, le créancier hypothécaire parce qu'il a obtenu le délaissement du bien en contrepartie de sa créance sur l'acheteur, fussent-ils de mauvaise foi¹⁴⁴. Nous sommes loin des préoccupations propriétairestes, mais plutôt en présence d'une certaine conception de la sécurité contractuelle¹⁴⁵ et de la protection du crédit. Entre le vendeur et les sous-acquéreurs, la loi choisit de sacrifier le premier, lui attribuant ainsi les risques du contrat avec l'acheteur. En effet, au vendeur théorique-

141. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, p. 247.

142. *Id.*, p. 259.

143. Art. 1699 C.c.Q.; aux termes de l'article 1606 C.c.Q., le contrat résolu donne lieu à la restitution des prestations entre les parties; l'article ne fait pas de distinction entre la résolution judiciaire et la résolution extrajudiciaire.

144. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, n° 213, p. 263.

145. *Id.*, p. 245, sur la protection des sous-acquéreurs. Nous parlons d'une « certaine conception » de la sécurité contractuelle, car le législateur sacrifie la première transaction à la seconde.

ment propriétaire, il ne reste qu'à réclamer, relativement à la jouissance que l'acheteur a pu retirer du bien, les fruits ou revenus, ou indemnités¹⁴⁶, le tout pouvant s'ajouter au montant de la restitution par équivalent. Or, ces recours resteront inefficaces en cas d'insolvabilité de l'acheteur¹⁴⁷. Certes, le vendeur conserve sa priorité, s'il a traité avec une personne physique qui n'exploite pas une entreprise¹⁴⁸, mais cette priorité n'a rien à voir avec son droit théorique de propriété. Non seulement la priorité sert au recouvrement du prix et non à la récupération du bien, mais également un propriétaire n'a pas besoin de priorité spéciale, car il a un droit opposable à tous, un droit de préférence découlant de son droit réel.

Dans le traitement des questions analogues à celles que nous venons d'examiner, l'article 25 (2) de la *Loi sur la vente d'objets* règle le conflit entre le vendeur et les tiers en écartant également, mais autrement, l'idée de propriété. D'une part, le transfert contractuel de propriété implique, en common law, la perte, pour le vendeur, des droits « réels » relatifs au bien vendu. Il ne peut en principe que réclamer le paiement du prix et les dommages-intérêts¹⁴⁹. De son côté, l'acheteur devenu propriétaire ne peut plus rejeter les marchandises même si elles ne sont pas conformes¹⁵⁰. D'autre part, dans un souci de protection du vendeur, l'article 25 (2) s'oppose à ce que l'acheteur, qui n'a pas payé, conclue une vente valide avec un sous-acquéreur de mauvaise foi, alors même que le transfert de propriété a déjà eu lieu. Par contre, dans un souci de sécurité des transactions, le sous-acquéreur de *bonne foi* oppose son titre au premier vendeur, que son auteur soit devenu propriétaire ou non. Dans ce cas précis, nous sommes en présence d'un principe équivalent à la règle *en fait de meubles* du droit français. Comme l'affirme Atiyah, le droit de propriété n'a plus cours ici¹⁵¹. Et Fridman confirme cette observation puisqu'il écrit que l'article 25 (2) n'est compréhensible qu'en mettant le premier acheteur dans la situation de celui qui, bien qu'il ait aliéné une chose d'autrui, réussit, grâce à la loi, à créer un titre valide en faveur d'un tiers de bonne foi¹⁵².

146. Art. 1704 (2) et 949 C.c.Q.

147. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, n° 213, p. 263.

148. Art. 2651(2) C.c.Q.; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 122, p. 1088.

149. La possession de l'acheteur soustrait son droit de propriété au *seller's lien* et au *stoppage in transitu* d'après les articles 41 (1) et 45 de la L.V.O. Ont.; G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 142.

150. *Id.*, p. 381.

151. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 142.

152. G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 142: « the better view of this provision is to treat it as expanding or enlarging the power of a buyer *without property* in goods to transfer a title free from any encumbrance existing in favour of the seller, not as restricting the rights of a buyer with property in goods ».

En définitive, l'inexactitude et l'inutilité du consensualisme translatif de propriété dans l'économie du contrat de vente sont patentées. Lorsque les parties exécutent correctement leurs obligations, aucun problème ne se pose. Le droit de propriété passe à l'acheteur par voie de conséquence. En réalité, la localisation du droit de propriété en matière de vente a été utilisée traditionnellement pour la répartition des risques du contrat entre les parties, et ce, en fonction d'une certaine philosophie.

3.2 La localisation du droit de propriété aux fins de répartition des risques du contrat

La notion de risque en matière de vente déborde le cadre de la règle traditionnelle *res perit domino* (3.2.1), bien que celle-ci, de par les risques qu'elle englobe, permette de jauger l'importance du transfert consensuel de propriété (3.2.2).

3.2.1 Les risques du contrat

La possibilité de perte ou de déception des attentes respectives des parties menace tout contrat et prête à une double explication. Premièrement, tout contrat s'inscrit dans un contexte psychologique, social et juridique complexe qui le façonne¹⁵³. Aussi chaque partie doit-elle redouter le comportement de l'autre partie qui, estimant ses attentes déçues¹⁵⁴, pourrait faillir à ses promesses. Deuxièmement, des circonstances plus ou moins indépendantes de la volonté des parties peuvent envahir le contrat. L'exécution de ce dernier en devient soit difficile, soit impossible¹⁵⁵. Selon ce raisonnement, le risque désigne, « considérée en état d'éventualité au jour de la conclusion du contrat, toute déviation par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financière dont les parties étaient initialement convenues¹⁵⁶ ».

153. Sur la dualité de l'homme dans les contrats, la tension entre le facteur «individu» et le facteur «société», voir I.R. MACNEIL et P.J. GUEDEL, *Contracts, Exchange Transactions and Relations: Cases and Materials*, 3^e éd., New York, Foundation Press, 2001, p. 2 et suiv.

154. J. SWAN, «The Allocation of Risk in the Analysis of Mistake and Frustration», dans B.J. REITER et J. SWAN (dir.), *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 182, note 1.

155. *Id.*, 193.

156. J.M. MOUSSERON, «La gestion des risques par le contrat», (1988) *Rev. trim. dr. civ.* 481, 484. L'idée de «déviation» a été reprise par L. PERRET, «L'importance de la gestion des risques dans les affaires internationales», dans N. LACASSE et L. PERRET (dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux/Risks Management in International Business*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 17; voir aussi N. NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited*, Dordrecht, Martin Nijhoff Publishers, 1995, p. 17 et suiv.

Un grand nombre de risques peuvent être connus et faire l'objet de prévision de la part des parties aux contrats. Cependant, elles ne peuvent jamais tout prévoir¹⁵⁷. Aussi revient-il souvent à la loi et au juge de décider de la charge des risques en fonction de critères comme la faute ou la présomption de faute, la bonne ou la mauvaise foi, l'intensité de l'obligation violée¹⁵⁸, l'étendue de la violation des obligations (violation essentielle ou non)¹⁵⁹, la qualité de connaisseur ou d'ignorant¹⁶⁰, la qualité de possesseur¹⁶¹ ou de propriétaire¹⁶², bref, tout un ensemble de déterminants dépendant des circonstances particulières de chaque cas d'espèce.

3.2.2 L'appréciation du transfert consensuel de propriété à la lumière de la question des risques

La qualité de propriétaire a servi traditionnellement de critère pour la désignation de la partie devant supporter trois sortes de risques. Premièrement, il a été toujours question de déterminer celui des contractants qui doit supporter les conséquences de l'inexécution d'un contrat synallagmatique lorsque le bien faisant l'objet du contrat est perdu ou détérioré accidentellement, donc sans qu'il soit possible de reprocher une faute à l'une des parties. Deuxièmement, le droit a souvent eu à déterminer quand l'acheteur est devenu propriétaire pour lui éviter de supporter les risques de la faillite du vendeur avant la délivrance. Troisièmement, la common law refuse à l'acheteur le droit de rejeter les marchandises de mauvaise qualité lorsqu'il est devenu propriétaire.

L'identification du propriétaire pour lui faire supporter les risques d'un bien disparu avant l'aboutissement du contrat de vente semble avoir été

157. Macneil fait un exposé très intéressant sur les difficultés de communication entre les parties et les possibilités, fréquentes, de rencontre imparfaite des consentements : voir I. R. MACNEIL et P.J. GUEDEL, *op. cit.*, note 153, p. 29 et suiv.

158. L'intensité se réfère à la distinction entre les obligations de moyen (ou diligence) et les obligations de résultat ou de garantie. Voir pour les détails P.A. CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou les obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

159. Il s'agit de toute la question de *fundamental breach* de la common law importée en droit québécois et français. Voir au Québec, par exemple, l'article 1437 (2) C.c.Q. Pour l'application du principe en common law canadienne de la vente, voir G.H.L. FRIDMAN, *Sale of Goods in Canada*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2004, p. 382 et suiv. Pour une étude comparative entre le droit anglais et le droit français, voir R. SELFTON-GREEN, *op. cit.*, note 95.

160. Voir en common law le jugement de L.J Buckley : *Amalgamated Investment and Property Ltd. v. John Walker*, [1976] 3 All E.R. 509 (C.A.).

161. C'est le cas à l'article 1456 C.c.Q.

162. Voir toute la problématique de la règle *res perit domino*.

une règle commune au droit civil et à la common law. Le principe de base est *res perit domino* dans les deux systèmes¹⁶³ où la localisation du droit de propriété dans la vente semble plus largement liée au problème des risques qu'aux autres questions entrant en jeu.

163. Cela a été le cas du moins jusqu'à l'adoption du C.c.Q. : voir l'analyse de D. JACOBY, « Les risques dans la vente : de la loi romaine à la loi de la protection du consommateur », (1972) 18 *R.D. McGill* 343, 374 et suiv ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 27, n° 779, p. 609. Voir aussi l'article 21 de la L.V.O. Ont. et G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 159, p. 266. Néanmoins, une différence conceptuelle doit être signalée entre la « théorie des risques » de common law et celle de droit civil. En droit civil, cette problématique désigne l'ensemble des règles qui déterminent celui des contractants qui supportera les conséquences de l'inexécution d'un contrat synallagmatique lorsque l'un d'entre eux est exonéré à la suite d'un cas de force majeure ayant rendu sa prestation impossible. Voir : R.P. KOURI et autres, *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, s.v. « doctrine of risks » ; R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1999, s.v. « risque » ; J. PINEAU et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, n° 416, p. 711. Dans la vente, d'un côté, si le vendeur, quoiqu'il soit déchargé de l'obligation de délivrance (en vertu de l'article 1693 C.c.Q. sur l'impossibilité d'exécuter une obligation), doit perdre à la fois la chose et le prix, il supporte les risques du contrat (comprenant les risques de la chose, bien entendu). De l'autre, si l'acheteur doit payer le prix malgré la perte de la chose, les risques sont à sa charge : voir J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 27, n°s 774 et 779, p. 606 et 609 ; J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 163, p. 711 ; E. VERGÉ et J. HAMEL, *Nouveau répertoire de droit*, t. 1, 2^e éd., Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1962, n° 94, p. 986. En common law, en revanche, cette situation où le vendeur ne peut réclamer le prix tout en perdant son bien, et où l'acheteur pourrait être contraint de payer bien qu'il ne reçoive rien – selon la décision quant à la charge des risques –, se trouve à cheval entre la véritable *risk issue* et ce qui est appelé dans ce système la « doctrine de *frustration* ». Selon cette dernière, lorsque la chose disparaît dans des circonstances accidentelles que le droit qualifie de *frustration* (pour l'énumération des hypothèses envisagées, voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 159, p. 272), le contrat est éteint et les parties ne se doivent rien. L'acheteur recouvre ce qu'il aurait payé, et le vendeur ne demande rien. En droit civil, nous dirions que le vendeur supporte les risques dans ce cas, et cela paraît soutenable : il perd le profit qu'il attendait du contrat et son bien. Évidemment, il nous semble que, quant au bien, le vendeur n'a à regretter que la perte survenue dans les limites du contrat, par exemple si la chose a déjà été transmise à l'acheteur ou se trouve entre les mains du transporteur. Toutefois, si le bien se trouvait chez lui, le contrat n'y est pour rien. L'incendie, le vol, etc., auraient pu emporter le bien en l'absence du contrat dont il est l'objet. La *risk issue* signifie par contre que le vendeur supporte les risques s'il doit, en plus de la perte de la chose, indemniser l'acheteur des effets de la non-délivrance, tandis que le fait de désigner l'acheteur comme responsable des risques veut dire qu'il doit non seulement payer le prix, mais aussi indemniser le vendeur de tout le préjudice qu'il peut justifier à la suite de l'inexécution accidentelle. Sur la distinction entre les deux questions, voir P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 164. Celui-ci reconnaît tout de même que la théorie de la *frustration* est souvent perçue comme une variante de la *risk issue*.

D'une part, les concepteurs des règles sur le transfert de propriété donnent l'impression d'avoir été motivés par la charge des risques. En effet, dans la vente de choses déterminées seulement par leur espèce ou celles qu'il faut d'abord rendre « livrables » selon la *Loi sur la vente d'objets*, c'est la question des risques qui semble sous-jacente aux règles sur l'individualisation et la notification à l'acheteur¹⁶⁴. Commentant l'article 18, règle (2), de la *Sale of Goods Act* anglaise (l'équivalent de l'article 19, règle 2, de la *Loi sur la vente d'objets*), Chalmers écrit : « The final words, « and the buyer has notice thereof » were added in Committee on a suggestion from Scotland that it is was unfair that the risk should be transferred to the buyer without notice¹⁶⁵. » Nous trouvons une observation similaire dans les commentaires de Jobin sur l'article 1453, al. 2, du *Code civil du Québec* en ce qui concerne la vente d'un objet futur : « il convient de suivre le régime de la vente d'un bien individualisé par son espèce seulement et d'exiger l'information de l'acheteur afin que celui-ci soit pleinement informé (par exemple pour assurer le bien dont il devient propriétaire)¹⁶⁶ ». Un peu plus loin, cet auteur reconnaît que les règles sur l'individualisation du bien et l'information de l'acheteur ont moins d'importance lorsque les risques sont liés à la délivrance¹⁶⁷. Par ailleurs, les règles du Code civil français dont le législateur québécois s'est inspiré trahissent ce lien voulu entre les risques et le transfert de propriété. L'article 1138 associe expressément les deux aspects¹⁶⁸. Cependant, les termes de l'article 1585 sont plus expressifs : « lorsque des marchandises ne sont point vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées¹⁶⁹ ». En common law, les *Sale of Goods Acts* ne comportent pas un tel amalgame. Toutefois, il y a lieu de noter que l'article 21 de la *Loi sur la vente des objets* qui attribue les risques au propriétaire suit immédiatement les règles sur le transfert de propriété,

164. Sur ces règles, voir la section 1.2.

165. M.D. CHALMERS, *op. cit.*, note 12, p. 60.

166. P.G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, p. 88.

167. *Id.*, p. 89.

168. Art. 1138 Code civil français : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant... »

169. « Planiol tient la question du transfert de propriété comme la plus importante, et à laquelle la loi mêle « une décision sur les risques qui ne nous intéresse pas pour le moment », nous sommes convaincus au contraire que ce qui préoccupe le législateur dans l'article 1138, c'est la question des risques plutôt que celle du transfert de propriété » : H. DE PAGE, *op. cit.*, note 107, p. 80. Pour la controverse sur les termes de l'article 1585 du Code civil français, voir G.E. LEDAIN, *loc. cit.*, note 57, 248 notamment.

comme si ce texte venait préciser la raison d'être de ces dernières. Les dispositions subséquentes concernent le transfert du titre par un vendeur qui n'en est pas pourvu *a priori* et tranchent le conflit entre le propriétaire dépossédé et les tiers acquéreurs¹⁷⁰.

D'autre part, la haute fréquence de la question des risques dans la jurisprudence, tant de droit civil que de common law, relative à la localisation du droit de propriété dans la vente constitue également un indice sérieux de la confusion conceptuelle du transfert consensuel de propriété et du problème des risques¹⁷¹.

Toutes ces considérations incitent à prendre au sérieux l'observation de H. De Page selon laquelle la règle du transfert consensuel de propriété aurait été imaginée, du moins lors de la rédaction du Code Napoléon, pour justifier l'attribution des risques de la chose à l'acheteur. À l'instar d'autres auteurs, le Belge examine la règle à partir du droit romain¹⁷². Ce dernier attribuait les risques à l'acheteur avant la délivrance et, donc, avant le transfert de propriété dès lors que ces opérations étaient concomitantes. Dans l'entendement des juristes de cette époque, la solution était juste. En effet, dès la conclusion du contrat, l'acheteur bénéficiait des fruits de la chose ou de la hausse éventuelle de sa valeur. Partant, il était raisonnable pour lui de supporter également les mauvaises chances. L'École du droit naturel dénoncera cette justification qui balance la perte de la

170. Art. 22 et suiv. L.V.O. Ont.

171. Après une analyse de la jurisprudence québécoise depuis l'adoption du C.c.B.C., Jacoby a recensé 43 p. 100 de décisions contre 22 p. 100 concernant la double vente – question qui, bien qu'elle se rapporte au transfert contractuel de propriété, ne conduit pas à localiser le propriétaire, mais le premier acheteur à entrer en possession de la chose –, 19 p. 100 touchant aux droits de l'acheteur contre les créanciers du vendeur ou le syndic à la faillite du vendeur qui n'a pas livré la marchandise. Voir D. JACOBY, *loc. cit.*, note 74, 104. Pour la common law, en analysant la jurisprudence citée par Fridman au chapitre sur le transfert de propriété, nous avons remarqué que la plus grande proportion de décisions concerne le problème de risques (15 décisions sur 46 analysées ; 10 décisions concernent le refus à l'acheteur de rejeter les marchandises ; le reste des décisions touchent des sujets variés comme l'opposition à la saisie opérée par les créanciers ou le *sheriff*, la réparation des dommages causés à des tiers, la revendication du vendeur entre les mains du sous-acquéreur, etc. Aussi G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 267, affirme-t-il que « many of the cases concerned with the question of transfer of property raise that issue simply to decide what has been called the «risk issue» ».

172. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1948, n° 852, p. 772 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta, 1990, p. 281 et suiv. Voir aussi J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 163, n° 418, p. 715.

chose avec une simple hausse de valeur¹⁷³. Elle préconisera au contraire l'attribution des risques au propriétaire.

Il semble plutôt que la règle romaine avait été instituée pour répondre à des besoins économiques concrets. Dans le dessein d'enrichir la métropole des biens de tous les horizons, le pouvoir romain avait édicté une règle incitative pour les vendeurs, afin de promouvoir les transactions avec les autres peuples¹⁷⁴. Selon De Page, les codificateurs de 1804 ont voulu maintenir la solution romaine. Puis, pour contourner le reproche de l'École du droit naturel, ils ont situé le transfert de propriété sur le plan de la formation du contrat, et la règle *res perit domino*, dans son sens actuel, voyait ainsi le jour¹⁷⁵.

Nous n'avons pas trouvé des propos similaires en common law. Néanmoins, l'interaction entre la propriété et les risques semble bien être un phénomène de common law traditionnel. Dans une affaire de 1859, un juge anglais déclarait ceci : « the rule *res perit domino* is generally an unbending rule of law arising from the very nature of property¹⁷⁶ ». Blackburn abonde dans le même sens :

As a general rule, *res perit domino* [...] and when you can show that the property passed the risk of loss, prima facie, is in the person in whom the property is. If, on the other hand, you go beyond that, and show that the risk attached to the one person or the other, it is a very strong argument for showing that the property was meant to be in him¹⁷⁷.

Toutefois, la règle *res perit domino*, tant en common law qu'en droit civil, a souvent fait l'objet de contestation de la part de plusieurs autorités

173. Sur toute la question, voir, notamment, H. DE PAGE, *op. cit.*, note 172, n° 852 ; aussi H. DE PAGE, *op. cit.*, note 107, n° 91 et suiv., p. 80 et suiv. ; De Page cite les philosophes du XVII^e siècle, à savoir Grotius, Puffendorf et Barbeyrac, dont les opinions sont aussi reprises et rejetées par R.J. POTHIER, *op. cit.*, note 57, p. 239 ; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, note 172, p. 290 et 291.

174. H. DE PAGE, *op. cit.*, note 107, n° 95, p. 85, est formel là-dessus. Le fait que le gouvernement romain supportait les pertes dues aux cas de force majeure lors de l'importation des denrées alimentaires est confirmé par d'autres auteurs : voir B. SIRKS, *Food for Rome*, Amsterdam, J.C. Gieben, 1991, p. 33, 145, 187, 215, 250 notamment.

175. H. DE PAGE, *op. cit.*, note 107, n° 94, p. 84 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, note 172, n° 852, p. 773. Avant 1804, la formule *res perit domino* était employée plutôt dans les contrats unilatéraux (Tome 2^e, note infra-paginale (2)). La règle romaine pour la vente était *periculum rei venditae est emptoris* (littéralement : « le risque de la chose vendue est pour l'acheteur »). C'est la formule abrégée de la règle des *Inst. III*, 23, 3, citée par exemple par R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, note 172, p. 281.

176. *Hausen v. Craig & Rose*, (1859) 21 D. 432, 432.

177. *Martineau v. Kitching*, (1872) L.R. 7 Q.B. 436.

doctrinales et jurisprudentielles¹⁷⁸. Aussi, lors de la révision du *Code civil du Québec*, le législateur a-t-il lié les risques à la délivrance¹⁷⁹. Les auteurs ont pris l'habitude d'expliquer cette réforme en citant les *Commentaires du ministre de la Justice*¹⁸⁰ : elle « s'inspire en partie de l'article 69 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises¹⁸¹ [...] et tient compte du fait que celui qui est en possession du bien est plus à même de prendre les mesures appropriées pour en assurer la protection ». Cette règle correspondait à la proposition de l'Office de révision du Code civil où elle était justifiée de façon plus explicite. L'Office jugeait ainsi « plus conforme au réalisme juridique et à l'équité de faire supporter la perte de l'objet par celui qui en a la possession, donc la garde et qui, par voie de conséquence, est le mieux placé pour la [sic]

178. Après s'être étendu sur les difficultés que la règle présentait sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, Jacoby a proposé de lier les risques à la délivrance au moins dans la vente des meubles : D. JACOBY, *loc. cit.*, note 74, 383 ; voir aussi : *Latreille c. Isabel*, [1958] B. R. 431, confirmant C.S. (Montréal – 362956) 24 avril 1956 ; *Létoumeau c. Laliberté*, [1957] C.S. 428. De Page a préconisé également la dissociation des risques et de la propriété en droit belge et français : H. DE PAGE, *op. cit.*, note 107, p. 87 ; de même, devant les distorsions que subit la règle en ce qui concerne la réglementation des clauses de réserves de propriété, J. GHESTIN et D. DESCHÉ, *op. cit.*, note 28, n° 594, p. 658, écrivent : « De lege ferenda, il pourrait être opportun de lier le transfert des risques, comme celui de la garde, à la livraison et non au transfert de propriété, ce qui est normalement admise en droit allemand. » En common law, selon Blackburn, « the expression *Res perit domino* is a very meaningless one in the law of sales » ; cet auteur cite alors une décision de common law, dans laquelle les risques avaient été rattachés à la localisation d'un intérêt assurable, soit *Dunlop c. Lambert* (1839), 6 Cl. & Fin. 620 ; L. BLACKBURN, *op. cit.*, note 57, p. 269 ; aussi P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 165 ; pour la jurisprudence canadienne, voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 159, p. 267 et 268 : la séparation des deux phénomènes avait lieu souvent sous prétexte de l'accord présumé des parties.

179. Art. 1456 (2) C.c.Q.

180. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 122, p. 883-884 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 27, n° 780, p. 609 ; C. KARIM, *Les obligations*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, commentaire au sujet de l'article 1456.

181. Dans le système de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises* [...], les risques passent également à l'acheteur en même temps qu'il prend possession de la chose : voir J.O. HONNOLD, *Uniform Law For International Sales*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, n° 373, p. 413. Cependant, cette convention prévoit d'autres solutions dépendant des modalités du transport, du comportement des parties et d'autres circonstances de détail : voir les articles 66 à 70, Doc. Off. A/Conf. 97/12, *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises, Acte final de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, 10 mars-11 avril 1980, New York, Nations Unies, 1981 (ci-après citée « CIVM ») ; J.O. HONNOLD, *op. cit.*, note 181, p. 393 et suiv.

protéger ou la [sic] prémunir contre la destruction totale ou partielle¹⁸² ». Il faut combiner ces deux commentaires pour mettre en évidence la véritable source de la dissociation des risques de la propriété. En effet, la référence à l'article 69 de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises* [...] (CVIM) et au réalisme renvoie d'ailleurs à l'*Uniform Commercial Code* américain.

Adoptées pour les ventes internationales¹⁸³, les dispositions de la CVIM résultent largement du compromis interétatique¹⁸⁴, et, sur le plan technique, de la confrontation des arguments d'experts provenant des systèmes juridiques différents et ainsi nantis de cultures juridiques différentes. Aussi le compromis a-t-il souvent consisté en l'adoption de règles de common law au détriment des règles de droit civil et vice-versa¹⁸⁵. L'article 69 ressemble à l'article 2-509 (3) de l'*Uniform Commercial Code* américain¹⁸⁶. Partant, il est en quelque sorte le résultat des critiques formulées

182. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL/CIVIL CODE REVISION OFFICE, COMITÉ DU DROIT DES OBLIGATIONS/COMMITTEE ON THE LAW OF OBLIGATIONS, *Rapport sur les obligations/Report on Obligations*, Montréal, Le Comité, 1975, p. 126. Deux observations découlent de ces deux commentaires. D'une part, l'évocation de la possession traduit un raisonnement basé sur les droits réels, certainement à cause de l'idée, persistante, du transfert consensuel de propriété. D'autre part, l'idée de la partie mieux placée pour protéger la chose vendue est discutable. Il ne devrait pas être question de protection de la chose. La perte ou la destruction de la chose dans la théorie des risques résulte d'un cas de force majeure, par définition insurmontable. À la rigueur serait-il possible d'invoquer la meilleure position du possesseur de la chose quant aux questions d'assurance.

183. Voir l'article 1 de la CVIM portant sur le champ d'application.

184. Voir, notamment, les commentaires de Honnold concernant l'article 68 régissant les risques des marchandises vendues, en cours de transport. À ce point, il aurait été question de répartir les intérêts des acheteurs des pays en voie de développement et ceux des vendeurs des pays occidentaux : J.O. HONNOLD, *op. cit.*, note 181, p. 410.

185. De l'avis de Farnsworth, représentant des États-Unis lors de la rédaction de plusieurs conventions internationales relatives à des matières de droit privés (y compris la CVIM), les États-Unis font souvent passer des règles de leur UCC, grâce essentiellement à leur puissance «juridique». Ainsi, par le truchement des conventions internationales, l'UCC peut indirectement s'appliquer au Québec, en France ou en Allemagne. L'auteur précise que ce qui s'impose du droit américain relève plutôt de ces règles que l'UCC a élaborées sur des considérations réalistes et pragmatiques, telles que le *self-help*, et non de celles-là qui reflètent encore l'aspect mystérieux de la common law, telle la théorie de la *consideration*. L'auteur aurait pu tout aussi mentionner que les règles américaines vont jusqu'à faire partie des principes de droit strictement interne comme dans le cas de plusieurs règles du *Code civil du Québec* inspirées de la CVIM. Sur les commentaires de l'auteur américain, voir F.A. FARNSWORTH, «L'américanisation du droit – Mythes ou réalités», (2001) 45 *Archives de philosophie du droit* 21.

186. Art. 2-509 (3) UCC : «In any case not within subsection (1) or (2), the risk of loss passes to the buyer on his receipt of the goods if the seller is a merchant ; otherwise the risk passes to the buyer on tender of delivery» ; voir aussi J.O. HONNOLD, *op. cit.*, note 181,

à l'égard de la common law par d'éminents auteurs, tel Llewellyn¹⁸⁷, dont l'œuvre relève beaucoup du réalisme juridique¹⁸⁸.

Dans le même esprit que le *Code civil du Québec*, la Law Reform Commission de l'Ontario a, depuis plusieurs années, soumis aux autorités habilitées un projet de révision de la *Loi sur la vente d'objets*. Cette commission propose également de suivre l'*Uniform Commercial Code* sur la question de la charge des risques dans la vente¹⁸⁹.

Il est intéressant de remarquer que la critique du principe *res perit domino* a été souvent assortie du rejet du principe du transfert consensuel de propriété. Et pour cause ! Le rapport ayant toujours uni les deux principes est si étroit qu'il y a lieu de se demander ce qui reste au consensualisme translatif dès qu'il est séparé de la question des risques.

3.3 La valeur résiduelle de la règle du transfert consensuel de propriété

Les difficultés du consensualisme translatif de propriété avaient été dénoncées avant la révision du *Code civil du Québec*¹⁹⁰. De même, en common law, nous pouvons affirmer que Chalmers avait proposé au codificateur anglais un principe qu'il n'acceptait pas puisqu'il écrit ceci :

As the English Courts have rejected the objective test of delivery for making the time when the property is to pass, they have been forced to lay down more or less arbitrary rules for fixing the moment when the property is to be held to pass in cases where the parties have either formed no intention on the point, or failed to express it¹⁹¹.

n° 376, p. 415.

187. Rapporteur en chef (*Chief reporter*) de l'UCC, Llewellyn avait recommandé d'attribuer les risques de la perte de la marchandise à la partie justifiant d'un intérêt assurable : voir, à ce sujet, K.N. LLEWELLYN, *loc. cit.*, note 38, 189 ; L. BLACKBURN, *op. cit.*, note 57, p. 269, avait fait des suggestions similaires.

188. Pour la définition du «réalisme», voir D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, note 101, p. 1297, s.v. «réalisme».

189. ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 17, p. 265 et suiv. ; G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 71.

190. Voir J.J. GOW, «Conveyance of Title in the Sale of Corporeal Moveables», (1967) 13 *McGill L.J.* 245 ; en droit français, selon Y. LOUSSOUARN, *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Paris, Cours doctorat de droit privé, 1969-1970, p. 17, «le système apparemment simple du transfert de propriété *solo consensu* débouche sur un système extrêmement complexe qui est en définitive plus complexe que celui fondé sur l'inscription au livre foncier pour les immeubles et la tradition pour les meubles».

191. M.D. CHALMERS, *op. cit.*, note 12, p. 60 ; il faut y ajouter les propos de Milson selon lesquels « [the] passing of property on the contract, extraordinary as it is, was not a happy invention making sale the unique consensual contract under the old forms » : voir S.F.C. MILSON, *loc. cit.*, note 83, 282 et 283. La Law Reform Commission de l'Ontario a estimé,

Pourtant, le droit québécois et la common law canadienne maintiennent le principe du transfert consensuel de propriété. Lors de la révision du *Code civil du Québec*, le législateur n'a pas poussé le réalisme au-delà de la dissociation entre les risques et la propriété. L'analyse qu'avait effectuée Jacoby en vue de la réforme avait dégagé deux effets pratiques de la règle, à savoir le transfert des risques dès la conclusion du contrat et la soustraction de la chose vendue, avant la délivrance, aux réclamations éventuelles des créanciers du vendeur. En vertu du nouveau Code, seul le second effet est envisageable. Est-il suffisant pour le maintien de la règle? Pour sa part, la Law Reform Commission de l'Ontario a proposé l'abandon d'un raisonnement fondé sur la propriété dans l'économie du contrat de vente. S'il y a matière à se préoccuper du transfert de propriété, cette Commission propose de se référer à la délivrance soit des marchandises, soit au moins des documents qui s'y rapportent. Le projet de réforme n'a pas encore abouti. Dans ces circonstances, tant que la *Loi sur la vente d'objets* demeure inchangée, le *Code civil du Québec* présente plus de réalisme que la common law de la vente qui comporte la règle *res perit domino* en plus de toutes les complications du consensualisme translatif. Seulement, le principe selon lequel le juge doit refuser à l'acheteur le droit de rejeter les marchandises après le transfert de propriété a été souvent contourné par d'autres recours, liés à l'*equity*, dans le contexte des exigences quant à la qualité des marchandises livrées¹⁹². Dans d'autres circonstances, quand ils estiment raisonnable de favoriser l'acheteur, les juges interprètent le contrat de manière à établir que l'acheteur n'a pas accepté véritablement les marchandises, donc que la propriété ne lui a pas été transmise¹⁹³.

En définitive, l'économie du contrat de vente et les considérations réalistes, dans les deux systèmes canadiens, montrent qu'un véritable droit de propriété, au sens classique de la notion, n'est possible qu'après l'exécution complète des obligations des parties¹⁹⁴, lorsque la situation de l'acheteur est

à son tour, que les règles de la L.V.O. Ont. sur le transfert de propriété compliquent inutilement le droit de la vente: voir ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 17, p. 260; G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 4, p. 711.

192. G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 159, p. 376 et suiv.: les recours fondés sur *fraud*, *innocent misrepresentation*, *unconscionable conduct* ou *fundamental breach* permettent à l'acheteur d'obtenir le même résultat que s'il avait rejeté les marchandises.

193. *Id.*, p. 249-253.

194. Par exemple, il n'est guère utile de qualifier un acquéreur de propriétaire s'il doit faire appel à son auteur pour écarter les réclamations des tiers (garantie du droit de propriété).

devenue statique¹⁹⁵. Par ailleurs, il semble que, pour localiser la propriété ou le titre dans la vie du contrat de vente, la référence à l'époque de la délivrance¹⁹⁶ offre plus d'avantages que le maintien du consensualisme. Ce changement allégerait les textes et le raisonnement juridique¹⁹⁷. Il ne serait plus nécessaire de réconcilier les droits du vendeur impayé (*seller's lien* en common law, exception d'inexécution en droit civil, *stoppage in transitu* dans les deux systèmes) ou les autres règles de la vente avec le droit de propriété des parties. En outre, les règles sur l'individualisation disparaîtraient dans les deux systèmes.

Le consensualisme reste pourtant en vigueur en droit civil et en common law, et il faut y attacher tous les effets possibles. Ainsi, dès que toutes les conditions sont remplies pour la formation complète du contrat de vente et si les parties n'ont pas prévu des dispositions contraires, l'acheteur passe pour propriétaire, notamment au regard du droit de la faillite¹⁹⁸, du droit

195. Nous faisons ici allusion aux propos de P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 165, qui, à propos du principe *res perit domino*, écrit ceci: «while this is no doubt largely true in a static situation where property remains with one person throughout, it is not necessarily true of the dynamic situation where property is being transferred from one party to another».

196. Vu l'importance de l'obligation de payer le prix, il peut être suggéré d'y appuyer le transfert de propriété: voir notamment C. WITZ, «Le paiement du prix de vente, condition légale du transfert de propriété en matière mobilière? Étude comparative», dans *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Paris, Société de législation comparée, 1999, p. 339 et suiv. Le prix pouvant être payé bien avant la délivrance et même avant l'existence de la chose à acheter, les droits des parties quant à la chose poseraient d'autres problèmes épineux.

197. Sur les avantages de lier le transfert de propriété à la délivrance, voir P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 16, p. 144. S'agissant de la nécessité pour l'acheteur de justifier d'un droit de propriété pour s'opposer à la saisie du bien par les créanciers du vendeur ou par le syndic à la faillite – seule conséquence pratique du consensualisme translatif en vertu du *Code civil du Québec* –, la loi pourrait investir l'acheteur d'un intérêt suffisant, opposable aux créanciers du vendeur et au syndic à la faillite, si le transfert de propriété était lié à la délivrance.

198. Voir, par exemple, *Anderson Ventures Inc. v. Jarvie Farm*, (1987) 60 Sask. R. 25 (Sask. Q. B.).

fiscal¹⁹⁹ ou du droit pénal²⁰⁰, ou même pour décider d'autres questions diverses²⁰¹.

Conclusion : la règle du transfert consensuel de propriété et le bijuridisme canadien

L'étude de la règle du transfert consensuel de propriété permet quelques réflexions sur le bijuridisme canadien. Certes, d'un seul principe, si important soit-il, il est périlleux de tirer des conclusions générales. Les constatations que notre étude nous inspire sont toutefois corroborées par les commentaires d'autres juristes qui ont effectué des études plus étendues en droit canadien.

Concernant les emprunts, le droit québécois est plus éclectique²⁰² que la common law. Le législateur québécois n'hésite pas à tirer de la common law quelques principes et notions, sans vouloir effectuer d'emprunts systématiques, mais souvent sans entrer dans les péripéties historiques qui sous-tendent la plupart du temps les règles importées. L'emprunt du *stoppage in transitu* et d'autres notions²⁰³ illustre nos propos. En effet, les privatistes

199. Ainsi, dans l'affaire *M.R.N. v. Wardean Drilling Ltd.*, (1969) D.T.C 5194, où il était question de déterminer le moment du transfert de propriété d'une foreuse aux fins de déduction d'amortissement fiscal, le juge a appliqué le principe du transfert consensuel de propriété tel qu'il est formulé dans le *Sale of Goods Act* d'Alberta.

200. *Gale v. New*, précité, note 47 : la propriété n'était pas passée à l'acheteur du fait que celui-ci n'avait pas débarrassé le champ de tir militaire de toutes les douilles, ce qui était une *condition precedent*. Par conséquent, le contractant suivant ne pouvait être accusé de vol.

201. *Pavages Maska inc. c. Montréal (Ville)*, [2002] J.Q. n° 3674 : un acheteur avait commandé une souffleuse à un fabricant. Entre-temps, il avait soumissionné un contrat administratif de déneigement, mais sa soumission avait été écartée du fait qu'il n'avait pas encore acquis la propriété de la souffleuse, alors que c'était une condition pour soumissionner. La souffleuse était une vente d'un bien futur et était encore en construction au moment de la soumission.

202. Pour la diversité des sources du droit québécois, voir l'énumération faite par J.E.C. BRIERLEY, « Reception of English Law in Quebec », dans M. DOUCET et J. VANDERLINDEN (dir.), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 105.

203. Citons notamment : le droit, pour le vendeur ou l'acheteur, de résoudre unilatéralement le contrat, dans certaines circonstances, ce qui rappelle en partie le *self-help* de common law (voir la règle générale de l'article 1605 C.c.Q. ainsi que, par exemple, les règles spéciales des articles 1736, 1740 C.c.Q.); l'obligation de l'acheteur de donner préavis au vendeur (art. 1739 C.c.Q.) avant de se prévaloir de la garantie pour vices, et ce, en vue de permettre à ce dernier de remédier à son défaut, ce qui, en common law, s'appelle le *right to cure*; la doctrine du *learned intermediary* admise par la Cour suprême en matière d'obligation de sécurité et appliquée par les tribunaux québécois (P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 31, p. 212 et 213).

québécois tiennent à ce que leur système demeure partie intégrante de la famille romano-germanique²⁰⁴. Ainsi, l'inspiration principale reste le droit français.

Par contre, l'étude des règles sur le transfert de propriété ne montre pas de volonté de s'inspirer du *Code civil du Québec* de la part de la common law. Là, il est davantage question d'harmonisation du droit entre les provinces de common law²⁰⁵. Par ailleurs, le rapport de la Law Reform Commission de l'Ontario s'inspire de l'*Uniform Commercial Code*, sans la moindre mention au droit québécois, du moins en ce qui concerne les règles que nous avons analysées²⁰⁶.

D'une manière générale, les deux systèmes canadiens accusent un manque de symbiose. Pourtant, dans la volonté de rendre compte de la réalité économique et des situations concrètes, un rapprochement est possible. Par exemple, les règles sur le transfert des risques seraient identiques dans les deux systèmes si les réformes proposées en common law de la vente étaient adoptées. Toutefois, ce serait le résultat non pas d'une certaine collaboration entre les systèmes mais d'une inspiration commune, à savoir l'*Uniform Commercial Code* américain.

Le seul terrain de confrontation substantielle entre les principes des deux systèmes reste finalement la législation fédérale. Celle-ci connaîtra toujours des difficultés d'harmonisation entre les deux systèmes qui évoluent de manière quasi parallèle²⁰⁷. Il suffirait cependant que les deux systèmes codifient de la même façon le principe du transfert de propriété à

204. S. NORMAND, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil», (1987) 32 *R.D. McGill* 559.

205. C'est l'un des objectifs de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, organisme créé en 1974 (sous son nom actuel) et orienté essentiellement vers la common law et qui n'a adopté l'usage du français que depuis 1995 : voir CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Historique*, [En ligne], 2004, [www.law.ualberta.ca/alri/ulc/about/fhistory.htm] (20 décembre 2004). Sa 63^e session a recommandé l'adoption des réformes du *Sale of Goods Act* proposées par la Law Reform Commission de l'Ontario : voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 159, p. 3.

206. ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 17, p. 259 et suiv.

207. Notre préoccupation n'est pas la suppression du bijuridisme. Cependant, ce dernier n'exclut pas les influences réciproques. Si la diversité est source de richesse, la communauté de solutions ne reflète pas la pauvreté non plus. L'exemple est donné par la common law. La communauté de solutions dans le Commonwealth est fascinante : la doctrine et la jurisprudence voguent librement des décisions du Royaume-Uni à celles de la Nouvelle-Zélande en passant par le Canada et l'Afrique du Sud, notamment. Certes, la langue commune y est pour quelque chose, mais il est aisé de comprendre la force que peut représenter ce front commun, notamment lors de l'adoption des conventions internationales.

la délivrance pour éliminer une partie des problèmes causés par le consensualisme quant à la divergence d'intérêts entre le vendeur et l'acheteur. Or, si les réformes proposées en common law aboutissaient, le consensualisme translatif resterait en vigueur en droit civil alors qu'il serait supprimé en common law. Dans un tel contexte, la législation fédérale pourrait contourner une grande partie des problèmes techniques en recherchant la solution pratique, plus par la description des situations que par la sacralisation des concepts²⁰⁸.

208. Les propos de K.N. LEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », (1930) 30 *Colum. L. Rev.* 431, 438, à cet égard, sont très éloquents : « Far be it from me to dispute that the concepts of substantive rights and of rules of substantive law have had great value. They moved definitely and sharply toward fixing the attention of thinkers on the idea that procedure, remedies, existed not merely because they existed, nor because they had value in themselves, but because they had a purpose. From which follows immediate inquiry into what the purpose is, and criticism, if the means to its accomplishment be poor. They moved, moreover, to some extent, toward sizing up the law by situations, instead of under the categories of historically conditioned, often archaic remedy-law : a new base for a synthesis ; a base for law reform. »