

Les Cahiers de droit



La qualification des contrats : aspects théoriques

Pascal Fréchette, LL. M. (Université de Montréal), LL. B. (Université de Sherbrooke)

Volume 51, numéro 1, mars 2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/044138ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/044138ar>

[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

Fréchette, P. (2010). La qualification des contrats : aspects théoriques. *Les Cahiers de droit*, 51(1), 117–158. <https://doi.org/10.7202/044138ar>

Résumé de l'article

La qualification est centrale relativement à l'activité du juriste. En effet, les règles de droit positif ne reçoivent application qu'au moment où les faits obtiennent une certaine qualification. Cette réalité prend une dimension particulière dans le cas du contrat, lequel est l'objet de multiples dispositions législatives. Le législateur a cru bon, au fil du temps, de réglementer diverses formes contractuelles, en particulier les contrats nommés. Sont opposés à ceux-ci les contrats innommés, pure création extralégislative.

La détermination de la nature du contrat passe par un processus de qualification indépendant de notions connexes et qui doit s'éloigner d'une méthode uniquement intuitive. La qualification du contrat se fera principalement par l'analyse des obligations en vue de déterminer l'obligation fondamentale ou la prestation caractéristique du contrat. Il faut à cet égard écarter comme instrument de qualification les notions d'objet et de cause du contrat parce qu'elles sont peu révélatrices.

Le procédé de qualification est en soi une analyse objective et postérieure à la conclusion du contrat. Les parties auront donc peu d'influence sur la qualification qui sera ultérieurement donnée à leur contrat, celle-ci étant une question de droit en principe réservée au juge. Ainsi, les conséquences d'une mauvaise qualification par les parties varieront selon les circonstances.

La qualification des contrats : aspects théoriques*

Pascal FRÉCHETTE**

La qualification est centrale relativement à l'activité du juriste. En effet, les règles de droit positif ne reçoivent application qu'au moment où les faits obtiennent une certaine qualification. Cette réalité prend une dimension particulière dans le cas du contrat, lequel est l'objet de multiples dispositions législatives. Le législateur a cru bon, au fil du temps, de réglementer diverses formes contractuelles, en particulier les contrats nommés. Sont opposés à ceux-ci les contrats innommés, pure création extralégislative.

La détermination de la nature du contrat passe par un processus de qualification indépendant de notions connexes et qui doit s'éloigner d'une méthode uniquement intuitive. La qualification du contrat se fera principalement par l'analyse des obligations en vue de déterminer l'obligation fondamentale ou la prestation caractéristique du contrat. Il faut à cet égard écarter comme instrument de qualification les notions d'objet et de cause du contrat parce qu'elles sont peu révélatrices.

Le procédé de qualification est en soi une analyse objective et postérieure à la conclusion du contrat. Les parties auront donc peu d'influence sur la qualification qui sera ultérieurement donnée à leur contrat, celle-ci étant une question de droit en principe réservée au juge. Ainsi, les conséquences d'une mauvaise qualification par les parties varieront selon les circonstances.

* Le présent texte est une version partielle et remaniée d'un mémoire de maîtrise rédigé sous la direction du professeur Benoît Moore de l'Université de Montréal. Une version abrégée du mémoire a remporté le Concours juridique 2008 de la Fondation du Barreau du Québec dans la catégorie «Manuscrit d'article juridique». Le mémoire a également remporté le Prix Henri-Capitant 2009. L'auteur remercie la professeure Élise Charpentier pour ses commentaires sur une version préliminaire du texte.

** LL. M. (Université de Montréal), LL. B. (Université de Sherbrooke); étudiant au doctorat en droit, Université Laval; chargé de cours, Université de Sherbrooke.

Characterization is essential to legal reasoning. Rules of law can only be applied once particular facts have been characterized in a certain way. Contract law cannot escape this reality since all agreements are subject to a variety of legal provisions. The law recognizes many contractual forms, which are deemed « nominate contracts », as opposed to « innominate contracts », which are the result of practical innovation.

The nature of a contract is determined by a particular method which must exclude mere intuition. Characterization will basically be achieved by the analysis of the obligations contained in the contract. This analysis will focus on the identification of a fundamental obligation or a characteristic prestation. The author argues that the notions of object and cause of the contract do not play a central role, as they often fail to reveal the true nature of a contract.

Characterization of a contract is in itself an objective process taking place after the exchange of consent. Parties will have limited influence on the characterization of their agreement, since this is a question of law and is left to the determination of the court. The consequences of a mistaken characterization by the parties will differ according to the circumstances.

	<i>Pages</i>
1 L'établissement d'un cadre méthodologique.....	123
1.1 Un processus intellectuel spécifique.....	124
1.1.1 Le rejet d'une méthode purement intuitive.....	126
1.1.2 Le syllogisme.....	128
1.2 Un procédé basé sur l'analyse des obligations.....	130
1.2.1 Le rejet de la cause et de l'objet du contrat comme éléments exclusifs d'analyse.....	133
1.2.2 L'obligation fondamentale ou la prestation caractéristique.....	136
2 L'impact de la volonté des parties sur le procédé	143
2.1 La fausse qualification ou la qualification inexacte volontaire	144
2.1.1 La possibilité pour les parties d'imposer ou d'exclure une ou plusieurs qualifications.....	144
2.1.2 L'impossibilité de frauder la loi : l'impact de l'ordre public	147
2.2 L'erreur de qualification ou la qualification inexacte involontaire.....	150
2.2.1 La requalification à la lumière de l'intention des parties	151

2.2.2 Les effets de la requalification	153
Conclusion	156

Une des tâches quotidiennes du juriste consiste à donner un nom aux choses¹ en fonction des règles juridiques applicables. Cette opération permettant au droit d'atteindre son but est la qualification. La qualification juridique a été définie comme « tout dégagement constructif et sélectif par l'autorité [...] des qualités d'un fait ou d'une chose, afin de mettre en relief les motifs positifs ou négatifs qui peuvent conduire [...] à gouverner son existence² ». Ce « dégagement » se traduit par l'attribution d'un nom parmi tant d'autres. Qualifier, c'est « dire lequel parmi plusieurs³ », c'est « confronter le fait à l'ordre juridique⁴ ». En droit, cette chose à nommer peut être un objet matériel, un fait juridique ou un acte juridique⁵.

La question présente un intérêt certain en matière contractuelle. En effet, la tâche première du juriste devant un contrat consiste à lui donner un nom, à l'inclure dans une catégorie. Toutefois, la qualification ne concerne pas que le classement. Elle a également pour objet de « définir » un cas particulier en vue d'y appliquer un régime juridique⁶. Voilà pourquoi certains ont dit que la qualification part du fait pour y revenir dans le but de

1. Olivier CAYLA, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits* 1993.18.3, 3. Voir aussi Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, 4^e éd., Paris, Litec, 2007, p. 157 et 158 : « Le droit est un ensemble limité de règles, alors que la vie quotidienne est un ensemble illimité de faits. Dès lors, il est nécessaire, pour appliquer le droit, de qualifier le fait. »
2. O. CAYLA, préc., note 1, 9.
3. Il s'agit de l'étymologie du mot latin *qualificare* : Michel ROLLAND, *Essai sur les catégories juridiques. Spécialement en droit privé*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, Université de Lyon, 1952, p. 64. Voir aussi : Jean-Paulin NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1949, p. 453 ; Jean-Francis OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1969, p. 15.
4. Hervé CROZE, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Jean Moulin (Lyon III), 1981, p. 25.
5. Xavier HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse de doctorat, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, Université de Nancy II, 1992, p. 3.
6. François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1957, p. 2.

le réglementer⁷. A ainsi été définie la qualification contractuelle «comme le procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative afin de lui appliquer [un] régime⁸». Nous pourrions aussi ajouter : dans le but de circonscrire le contenu obligationnel du contrat⁹. La finalité de la qualification contractuelle est donc de donner effet aux règles juridiques, préoccupation primordiale des juristes et des praticiens.

En droit civil, la qualification du contrat est capitale en raison des dispositions législatives impératives ou supplétives régissant les différents types de contrats nommés dans le *Code civil du Québec*¹⁰. Si un contrat est un prêt, il sera possible d'en attaquer les termes pour cause de lésion. Devant un contrat de service, une partie pourra procéder à la résiliation en tout temps, même avant terme. Au contraire, s'il fallait conclure qu'une entente ne satisfait pas les conditions d'existence des contrats prévus dans le Code civil, la qualification innommée serait choisie. Le régime juridique applicable aux parties est donc radicalement différent selon le choix d'une qualification ou d'une autre¹¹.

La qualification du contrat entraîne également des conséquences importantes en dehors du strict régime législatif lui étant applicable¹². D'abord, les tribunaux élaborent différentes règles jurisprudentielles applicables à un type de contrat donné. Par exemple, s'est développé un corps de règles

7. Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948, n° 62, p. 61. Ainsi, il n'est pas possible de dire que la qualification est un simple passage du fait au droit : André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 498, s.v. «qualification».
8. Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, «Les effets du contrat», 3^e éd. par J. GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 77, où se trouvent de multiples définitions de la qualification.
9. Voir notamment : Paul-André CRÉPEAU, «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) 43 *R. du B. can.* 1.
10. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. Il serait possible de voir la qualification contractuelle sous un angle plus large que les seuls contrats nommés et innommés, c'est-à-dire suivant d'autres catégories de contrats auxquels la loi attache certains effets particuliers (par exemple, contrat d'adhésion ou de consommation). Il ne s'agit toutefois là que de caractéristiques particulières qui peuvent s'appliquer à tous les contrats nommés qui demeurent les catégories plus générales. Aussi le présent texte portera-t-il sur la qualification des contrats comme étant nommés ou innommés auxquels d'autres qualifications accessoires pourraient s'appliquer.
11. Cela crée des situations délicates dans le cas du contrat innommé : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 90.
12. Sur cette idée, voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 915 et 916.

applicables au contrat de franchise, lui-même innommé. Par ailleurs, la qualification est également susceptible d'avoir un impact sur la détermination du tribunal compétent (par exemple, le bail de logement) ou même la validité du contrat (par exemple, le contrat de pari non expressément autorisé). Toute qualification a donc un effet incontestable sur la vie et la mort du contrat.

Étonnamment, la question de la qualification des contrats passe souvent inaperçue en droit québécois. La jurisprudence, tout en reconnaissant l'importance de l'opération, n'en décrit pas les tenants et aboutissants. Pour les tribunaux, la qualification est d'abord une question pratique. Les auteurs québécois consacrent quelques paragraphes à la qualification, tout au plus, ou y font référence au détour d'une phrase¹³. Le plus souvent, ils font uniquement la distinction entre le contrat nommé et le contrat innommé¹⁴. Il y a donc eu peu d'interrogations sur la qualification contractuelle au Québec¹⁵. Il relève par conséquent de l'exception que des auteurs fassent de la qualification contractuelle un sujet théorique distinct¹⁶. Trois raisons principales expliquent ce faible intérêt. Les deux premières sont purement théoriques, alors que la troisième est d'ordre pratique.

D'abord, la qualification est une matière à mi-chemin entre la théorie pure et le droit « concret »¹⁷. Certains ont l'impression que, la qualification étant une affaire d'espèce, il serait trop astreignant d'en faire une description complète. Il y aurait en effet autant de qualifications possibles que de contrats, ce qui rendrait pratiquement inutile toute conceptualisation du processus. Or, ce serait sans compter la tendance infaillible des juristes et

-
13. Voilà pourquoi, sur les aspects essentiellement théoriques de la qualification contractuelle, nous aurons surtout recours aux auteurs français, plus volubiles.
 14. Voir par exemple : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. THÉORET, 1901, p. 185 ; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 70-72.
 15. Maurice TANCELIN, *Des obligations. Actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 163. Tout au plus les difficultés inhérentes à certains contrats nouveaux et particuliers ont-elles été soulevées : Juliette D'HOLLANDER, « La qualification juridique des swaps en droit civil québécois », (1996) 30 *R.J.T.* 69.
 16. C'est par exemple ce qu'ont fait D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 913 et suiv.
 17. Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, « Les principaux contrats spéciaux », 2^e éd. par Jérôme HUET, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 11. Ainsi, certains pourraient penser que le terme « qualification » est ambivalent en ce qu'il est susceptible de toucher deux réalités, c'est-à-dire l'une dite « processuelle » quant à la démarche intellectuelle et l'autre dite « substantielle » quant à la catégorie juridique, résultat de l'opération : Dominique GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Jean Moulin (Lyon III), 1982, n^o 170, p. 198. Nous nous pencherons sur l'aspect processuel dans le présent texte.

des juges à la catégorisation des contrats. Ainsi s'est développé un corps de règles jurisprudentielles autour des concepts connus de vente, de prêt, de franchise, de consignation, etc. Cette seule tendance naturelle à la classification justifie, sur le plan théorique, qu'un processus de qualification soit décrit.

Ensuite, la liberté contractuelle étant la règle, il est aisé de comprendre les raisons pour lesquelles les problèmes de qualification ont peu retenu l'attention depuis la promulgation du Code civil¹⁸. En effet, les parties étant libres de conclure toute convention, il apparaît inutile de s'arrêter aux différentes catégories de contrats. C'est sans compter la propension du législateur à édicter des règles d'ordre public et supplétives qui s'appliqueront à certains contrats nommés en particulier. L'existence et la multiplication de telles règles relatives aux contrats nommés font en sorte que la qualification prend toute son importance.

Enfin, sur un plan plus pratique, les questions liées à la qualification sont souvent minimisées en raison du fait que les contrats les plus fréquents ne posent pas problème. En effet, il se conclut chaque minute un nombre incalculable de transactions simples qui n'appellent aucun commentaire. Toutefois, dès que l'opération envisagée présente un minimum de complexité, il en ira de même de la qualification¹⁹. Parfois, même les contrats les plus simples peuvent se révéler difficiles à qualifier²⁰. Or, les juristes québécois font face à des documents contractuels de plus en plus sophistiqués, résultat de transactions complexes impliquant des capitaux toujours plus importants. Lorsque le législateur a édicté le premier *Code civil du Bas Canada*, il était loin de se soucier de la franchise, de la consignation, de la subordination, de la coentreprise (*joint venture*) et autres créations contractuelles répondant à des besoins particuliers. Il est ainsi aisé de constater que les dispositions législatives du Code civil, pour l'essentiel, ne tiennent pas compte de toute la complexité des transactions commerciales contemporaines²¹.

18. Maurice TANCELIN, *Sources des obligations*, vol. 1 «L'acte juridique légitime», Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 150.

19. P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 1, p. 158.

20. Pensons, par exemple, au contrat de licence qui est très difficile à circonscrire. S'agit-il d'un contrat de vente ou de louage ou encore d'un contrat innommé? Pour un aperçu de la question : Murielle CAHEN, «La nature juridique du contrat de licence sur un logiciel», *Net-iris*, 6 novembre 2008, [En ligne], [www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/20874/la-nature-juridique-du-contrat-de-licence-sur-un-logiciel.php] (20 mai 2009).

21. Nous pouvons, par conséquent, parler d'un «dogmatisme» de la théorie des contrats en ce que la pratique contractuelle, pourtant créative, retient peu l'attention : Jean-Guy BELLEY, «La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme», (1985) 26 C. de D. 1045, 1049.

Notre étude du processus de qualification des contrats débutera par la discussion des principes servant à sa réalisation. Les bases du processus, préalables à toute solution, retiendront donc notre attention dans le présent texte²². Nous verrons qu'un cadre méthodologique (1) bien circonscrit amènera l'interprète à rejeter, autant que possible, toute forme d'arbitraire en matière de qualification et à adopter une méthode basée sur l'analyse des obligations centrales incluses dans chaque contrat.

Faut-il toutefois considérer que le processus de qualification est totalement extérieur aux parties ? La possibilité de qualifier le contrat est-il l'apanage du tribunal ou les contractants peuvent-ils avoir une influence quelconque ? L'étude des bases théoriques de la qualification contractuelle nous amènera également à nous questionner sur l'importance de la volonté des parties dans le processus (2). Compte tenu du principe de la liberté contractuelle, certains pourraient penser qu'il revient aux parties de choisir la nature de leur contrat. La réalité n'est pas aussi simple et les tribunaux se donnent le pouvoir de requalifier les conventions, que ce soit en raison de la nature même de celles-ci ou de l'ordre public.

1 L'établissement d'un cadre méthodologique

La manière de qualifier un contrat ayant peu attiré l'attention en droit québécois, il est, par conséquent, essentiel d'en décrire les tenants et aboutissants. Les assises méthodologiques d'un procédé rendront celui-ci plus crédible et susceptible d'être appliqué au plus grand nombre de cas possible.

L'attribution d'un titre à tout contrat, qu'il s'agisse d'un contrat nommé ou innommé, passe par un procédé de qualification dont les contours sont plus ou moins bien définis. Une analyse rigoureuse du contrat a pour objet d'établir sa nature avec un minimum de certitude. Il est toutefois permis de se demander s'il existe une telle chose qu'une qualification « certaine ». En raison de la texture ouverte du langage, un auteur a suggéré qu'il n'existe pas de vérité absolue en matière de qualification²³. En effet, comme en matière d'interprétation, le risque n'est-il pas de trouver autant de résultats que d'analystes ? Ainsi, pour certains, le contrat de distribution est un contrat innommé²⁴, alors que pour d'autres c'est un contrat mixte de

22. Les aspects pratiques liés à la qualification seront étudiés dans un second texte qui sera publié dans un numéro subséquent des *Cahiers de droit*. Nous y discuterons alors les résultats possibles du processus de qualification (qualification unitaire, distributive ou innommée).

23. Philippe JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits* 1993.18.43, 46 et 47.

24. *D.I.T. Équipements inc. c. Conceptions S.N. Vena inc.*, 2006 QCCS 3711, EYB 2006-107585. Voir Jean GATSI, *Le contrat-cadre*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, p. 8.

mandat et de louage de services²⁵. Le contrat de courtage immobilier peut être un mandat, un contrat de service ou un contrat innommé²⁶. Il devient alors difficile de parler d'une « vérité²⁷ » de la qualification qui ferait qu'il serait tout à fait possible de parvenir à un résultat certain.

Il ne faudrait toutefois pas croire pour autant que le résultat de la qualification est laissé au hasard et à la pure discrétion de l'analyste. Il existe « une vérité relative qui s'apprécie par rapport à la cohérence de l'ensemble²⁸ ». Ainsi, le contrat de transport ne saurait être pris pour le cautionnement. Trop peu d'éléments communs relient les deux notions. Cependant, nous pouvons comprendre que, en matière de contrat de stationnement automobile, un juge y voit tantôt un dépôt, tantôt une location. En effet, les deux types de contrats prévoient la jouissance d'un bien (l'espace laissé), alors que le dépôt se distingue par l'obligation de conservation et de remise d'un autre bien (l'automobile)²⁹. Il s'agit, par conséquent, de reconnaître qu'il existe une vérité « relative » à la qualification, qu'il y a un « bassin » de choix possibles pouvant servir de base à la qualification. Il s'en suit, en matière judiciaire, que, en cas d'erreur d'un juge de première instance, il ne conviendrait pas de parler d'une qualification « inexacte », mais plutôt d'un choix « déraisonnable », compte tenu du contrat à l'étude.

C'est donc en reconnaissant la souplesse de la notion de qualification que nous pourrions entreprendre l'étude du procédé proprement dit. À cet égard, il importe d'abord de constater que la qualification doit être le résultat d'un raisonnement intellectuel spécifique, à l'exclusion de domaines juridiques connexes (1.1). Puis, théoriquement consolidé, le procédé de qualification pourra être décrit en fonction du geste central relativement à celui-ci, soit l'analyse des obligations (1.2).

1.1 Un processus intellectuel spécifique

La qualification contractuelle est trop souvent évacuée par les tribunaux québécois qui n'ont pas élaboré de règles précises pour déterminer la nature du contrat. Ceux-ci semblent procéder le plus souvent par rapprochements instinctifs. Même s'il convient d'admettre que cette méthode « par tâtonnements » permet de régler les cas relativement simples, force est de reconnaître que ce n'est pas là un procédé systématique favorisant

25. *Plani-bureau Mirabel inc. c. Standard Desk*, J.E. 94-1962, p. 3 (C.S.).

26. Les possibilités sont discutées dans : *Demers, Giraud & Associés, Société-Conseil inc. c. Dominion Textile inc.*, [2000] R.J.Q. 3012 (C.S.).

27. O. CAYLA, préc. note 1, 17.

28. P. JESTAZ, préc., note 23, 47.

29. *Safeway Parking Ltd. c. Marsan*, [1976] C.A. 97, 98 et 99.

la prévisibilité du droit. Puisque les juristes tentent, autant que possible, d'ériger le droit en « système » afin d'en favoriser la prévisibilité, il convient d'esquisser une méthode de qualification complète qui se dissocie de certains domaines juridiques connexes³⁰.

Il faut en effet constater que la qualification doit être au départ distinguée de notions proches : la classification et l'interprétation. La classification a pour objet de regrouper les contrats de façon cohérente dans le but de leur appliquer des principes communs³¹. Ainsi, tous les contrats sont classifiés selon leurs éléments caractéristiques et les règles qui leur sont applicables. Se forment alors des groupes « rationnellement déterminés³² ». La classification permet de systématiser les contrats en raison de leur similitude et de créer des catégories, alors que la qualification cherche à mettre à l'avant-plan les éléments nécessaires pour rattacher un contrat à une de ses catégories pré-existantes³³.

De son côté, l'interprétation doit également être distinguée de la qualification, bien qu'elle y soit étroitement liée. Les deux notions se rapprochent en ce qu'elles mettent à l'avant-plan la nature du contrat³⁴. Toutefois,

-
30. Jean RIVERO, « Apologie pour les “faiseurs de système” », D. 1951.chron.99. Dans le but de favoriser la cohérence du droit, certains veulent faire du droit un système complet pour l'adapter à l'action : M. ROLLAND, préc., note 3, p. 52.
 31. Cela sert de base à une « théorie générale des contrats spéciaux » : François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 25.
 32. M. ROLLAND, préc., note 3, p. 52. En conséquence, nous pouvons notamment classer les contrats suivant leur réglementation (contrat nommés ou innommés, de droit public ou privé), leurs conditions de formation (consensuels ou réels, de gré à gré ou d'adhésion) ou leur objet (à titre onéreux ou gratuit, *intuitu personae*) : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 68-107.
 33. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, préc., note 31, p. 27.
 34. C.R. c. J.B., 2005 QCCA 547, par. 31, [2005] R.J.Q. 1391 : « Qu'elle soit une source autonome d'interprétation ou un simple élément de qualification permettant de cerner la loi ou les usages applicables, il demeure que, pour la doctrine majoritaire, la nature du contrat constitue une source permettant de déceler l'intention des parties d'inclure certaines stipulations implicites. » Voilà peut-être pourquoi les deux concepts sont si souvent confondus en pratique à un point tel où les tribunaux s'autorisent parfois à appliquer les règles d'interprétation prévues dans le Code civil quand vient le moment de qualifier le contrat : *Jalbert c. Bernier*, J.E. 2003-1420, par. 22 (C.Q.), où le tribunal a précisément recours aux règles d'interprétation pour décider de la nature du contrat (en l'espèce un prêt ou une donation). Voir aussi *Thibaudeau c. Nahmias*, 133 A.C.W.S. (3d) 358, par. 28 (C.A.), [2004] J.Q. n° 615 (L.N./Q.L.) : « La qualification du contrat relève de la compétence du tribunal qui doit l'interpréter selon l'intention des parties et non, essentiellement, selon les termes qu'elles ont choisi d'utiliser (art. 1425 C.c.Q.). »

les deux concepts remplissent des fonctions différentes³⁵. L'interprétation est d'abord factuelle et utilise certaines normes juridiques en vue de comprendre la portée des dispositions incluses dans le contrat. La qualification, de son côté, se sert de données factuelles en vue d'appliquer certaines règles juridiques³⁶.

Il faut donc prendre acte du fait que la qualification est un concept distinct d'autres notions auxquelles elle est souvent associée et qu'un cadre théorique autonome apparaît souhaitable. Ce constat étant fait, reste aussi à établir le besoin d'une opération détaillée de qualification, ce qui exclut du fait même une manière de qualifier qui en appelle uniquement à l'intuition du juriste. Cette méthode délaisse une façon de faire purement instinctive (1.1.1) pour respecter un syllogisme plus précis (1.1.2).

1.1.1 Le rejet d'une méthode purement intuitive

Devant le contrat à qualifier, le juge ou l'interprète fait instinctivement appel aux notions connues. Il qualifie par essais et erreurs en tentant de se rapprocher des modèles connus³⁷. Pourquoi débattre longuement de la qualification lorsque le contrat étudié fait penser tout naturellement à un crédit-bail déjà lu ? Pourquoi se prononcer à nouveau sur la nature juridique de la franchise alors que la jurisprudence l'a déjà qualifiée d'innommée ?

La faiblesse de cette approche semble évidente. En effet, il apparaît dangereux de qualifier un contrat à partir d'une première impression. Le juriste risque alors de subir l'influence de certains éléments qui peuvent trahir l'intention réelle des parties. Ainsi, il ne faudrait pas conclure à l'existence d'un crédit-bail à la lecture du titre du contrat ou d'une seule clause. La jurisprudence regorge d'exemples qui démontrent l'impossibilité de tenir compte uniquement d'une partie d'un contrat pour le qualifier³⁸.

35. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 78. Il faut donc, selon nous, voir la qualification comme un élément distinct de l'interprétation plutôt que d'en faire, comme certains, un simple aspect particulier de l'interprétation : Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Droit civil. Les obligations*, vol. 2 « Contrat », 6^e éd., Paris, Litec, 1998, p. 68.

36. Frédéric RUEL, *Le choix du type de contrat*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Saint-Étienne, 1995, p. 72 et 73.

37. J. HUET, préc., note 17, p. 21. Par exemple, en jurisprudence québécoise : *Demers, Giraud & Associés, société conseil inc. c. Dominion Textile inc.*, préc., note 26, par. 27 : « Procédant par élimination ».

38. Par exemple, voir l'affaire *La Maison Grise de Montréal c. Comtois*, [2003] J.L. 196, par. 16 (C.Q.), [2003] J.Q. n° 5379 (LN/QL) : « Ce n'est pas le titre du document mais plutôt l'analyse des obligations des parties qui détermine la qualification d'un contrat. » Voir aussi l'affaire *Produits forestiers Labrieville inc. c. Banque Nationale du Canada*, [2004] J.Q. n° 9205, par. 53 (C.S.) (LN/QL).

L'analyse doit plutôt être faite à partir de l'étude attentive de toutes les obligations incluses dans le contrat.

Par ailleurs, nous devons reconnaître qu'en pratique il arrive qu'une solution soit arrêtée d'avance³⁹ : « Il est incontestable que les juges s'accordent également le pouvoir de déformer la technique des qualifications en inversant l'ordre logique des facteurs. Lorsque l'équité ou les circonstances particulières de l'affaire leur semblent justifier une solution précise, la qualification choisie est celle qui permet d'obtenir le résultat souhaité⁴⁰. » Poussée à l'extrême, cette pratique réduirait à néant la prévisibilité du droit en matière de qualification. Il convient en fait de s'interroger sur la sagesse de faire intervenir l'équité dans un processus qualificatif.

Il est clair, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, que l'équité occupe une grande place dans la détermination du contenu du contrat, comme le reconnaît expressément l'article 1434. Cela implique-t-il nécessairement que cette notion ait sa place dans le choix de la nature du contrat ? Bien qu'une définition de l'équité soit difficile à établir, il est généralement admis que l'équité a pour objet de corriger un déséquilibre contractuel qui existe en fonction de la situation personnelle des parties⁴¹. Le juge utilise ainsi l'équité pour combler une lacune contractuelle en faveur d'une partie, fondant par exemple l'obligation de renseignement du contractant⁴². Dans ce cas, un déséquilibre est créé par le fait qu'une information cruciale en vue du consentement est connue par une seule des parties.

Or, il paraît difficile de voir comment pourrait se matérialiser un tel déséquilibre dans la situation des parties au stade de la qualification du contrat. Il est vrai que, pour décider de la nature du contrat, le juge devra considérer toutes les obligations incluses, y compris celles qui sont déterminées par l'équité (art. 1434 C.c.Q.). Toutefois, nous croyons que cela n'a rien à voir avec le processus de qualification proprement dit, qui cherche à rapprocher les obligations découvertes des modèles connus ou inconnus. Serait-il possible de dire, au moment de qualifier, qu'il faut favoriser le contrat de travail plutôt que le contrat de service, puisque le premier accorde davantage de protection au travailleur, partie habituellement

39. O. CAYLA, préc., note 1, 9.

40. X. HENRY, préc., note 5, p. 13.

41. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 133 ; François HÉLEINE, « Le droit des obligations. Une double préoccupation des tribunaux : contrôler les comportements ; s'adapter au droit nouveau », dans Gil Rémillard et autres (dir.), *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan. Colloque organisé par l'Institut Wilson & Lafleur, tenu à Montréal le 17 février 1995*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 27.

42. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 812, 813 et 815.

défavorisée ? Cela dénaturerait clairement la définition des contrats visés. Le juge désireux de faire intervenir l'équité devrait, selon nous, se reporter à l'article 1434 C.c.Q. afin d'influer sur le contenu obligationnel du contrat et non sur le procédé de qualification lui-même⁴³.

La description d'un processus technique permet justement d'écarter une qualification basée sur un résultat décidé à l'avance. Cela permet également de formaliser un processus appliqué par tous les juristes : le raisonnement déductif. G. Kalinowski écrivait ceci : « Le juriste raisonne déductivement comme il respire. Il le fait dans la majorité des cas à son insu selon toute vraisemblance⁴⁴. »

1.1.2 Le syllogisme

Tout raisonnement juridique implique habituellement un syllogisme, lequel écarte l'arbitraire et limite la liberté de l'interprète⁴⁵. Le syllogisme lié à la qualification se décrit ainsi : « La majeure désigne la norme juridique dont l'application est envisagée, la mineure rapporte la situation litigieuse soumise à la qualification, tandis que la conclusion détermine la catégorie adéquate ainsi que les conséquences juridiques qui s'y attachent⁴⁶. » Par exemple, la loi prévoit certaines conditions essentielles pour qu'une vente existe : prix et transfert de propriété (majeure). L'analyste s'interrogera sur la présence de ces éléments dans le contrat à l'étude (mineure) pour conclure que celui-ci constitue véritablement une vente afin d'y appliquer les règles pertinentes. Il arrive que les juges confondent la majeure et la mineure⁴⁷. Ainsi, le fait de procéder instinctivement accroît le risque d'associer automatiquement la vente au contrat à l'étude.

Certains auteurs ont suggéré la description du processus de façon différente, basée sur la « présupposition⁴⁸ » qui met en cause trois éléments : le fait au sens large qui constitue l'objet à qualifier ; et la norme juridique avec

43. Cela se fait dans les seules limites permises par cette disposition discutées dans J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 11, p. 413 et suiv. Ainsi, le Code civil permettrait de compléter le contrat mais non de le modifier.

44. Georges KALINOWSKI, « Logique formelle et droit », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse* 1967.15-1.197, 201, cité dans H. CROZE, préc., note 4, p. 230.

45. O. CAYLA, préc., note 1, 4 ; H. CROZE, préc., note 4, p. 227.

46. D. GRILLET-PONTON, préc., note 17, n° 151, p. 172. Pour certains, la mineure pourrait être divisée en deux parties, soit la constatation du fait et sa qualification : X. HENRY, préc., note 5, p. 4, à la note 4.

47. D. GRILLET-PONTON, préc., note 17, n° 151, p. 172, où l'auteur nomme cette opération la « subsomption ».

48. X. HENRY, préc., note 5, p. 4 ; H. MOTULSKY, préc., note 7, p. 47 et suiv.

ses deux composantes traditionnelles, c'est-à-dire les conditions d'application (la « présupposition » tirée de la norme juridique qui doit être appliquée aux faits) et les effets juridiques (la sanction)⁴⁹.

Quelle que soit l'opération intellectuelle adoptée, celle-ci devrait apparaître objective et même presque mécanique⁵⁰. Il serait toutefois illusoire de penser que le juge n'a pas d'influence sur le processus, au contraire. Le tribunal pourrait être tenté de modifier une qualification initialement prévisible en vue d'en arriver à un résultat voulu. Il s'agit alors d'interpréter les éléments devant mener à une qualification quelconque⁵¹. Prenons l'exemple d'une clause de non-concurrence. Si celle-ci est incluse dans un contrat de travail, elle ne pourra être invoquée par l'employeur en cas de résiliation sans motif (art. 2095 C.c.Q.). Par contre, en présence d'un contrat de service, une telle impossibilité sera écartée⁵². La principale caractéristique différenciant les deux contrats est le lien de subordination lequel, s'il est présent, milite en faveur du contrat de travail⁵³. Le juge pourrait être tenté d'interpréter largement ou restrictivement cette notion en vue d'appliquer ou non l'interdiction d'invoquer la clause de non-concurrence. Tout comme la qualification instinctive, cette façon de faire est à proscrire puisque, menée à l'extrême, elle pourrait « conduire à une dénaturation dangereuse des concepts⁵⁴ ». Comment comprendre la notion de lien de subordination si le juge choisit de s'écarter des idées connues dans le seul but d'influer sur la qualification ?

Même s'il faut tenir compte de l'influence subjective que le juge est susceptible d'avoir sur la qualification, reste que celle-ci devrait autant que possible être vue comme un processus simple où le tribunal recherche le but de la convention ou la prestation centrale relativement à l'entente⁵⁵. La qualification suppose toutefois une opération dualiste. Dans un premier temps, il faut déterminer les éléments caractéristiques des catégories légales

49. Selon les auteurs cités à la note 48, cette deuxième description est préférable puisqu'elle met l'accent sur la description de la norme juridique. Il nous apparaît que l'étude de la norme juridique est implicite dans la majeure du syllogisme. Ainsi, les méthodes pourraient être complémentaires.

50. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 81.

51. *Id.*, pour l'exemple d'une décision de la Cour de cassation française (p. 81 et 82): Civ. 3^e, 9 déc. 1986, *Bull. civ.* III, n° 177, p. 139, où la Cour de cassation étend la notion de prix en matière de vente à une contrepartie non monétaire.

52. Voir l'affaire suivante où le tribunal a dû faire la distinction: *Services de transport FLS inc. c. Piccioni*, EYB 2005-92854, par. 70 et suiv. (C.S.).

53. Vincent KARIM, *Les contrats d'entreprise, de prestation de services et l'hypothèque légale*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 34 et suiv.

54. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 81.

55. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 917 et 918.

connues pour être en mesure, dans un second temps, de relever dans un contrat particulier les éléments de fait qui correspondent au droit⁵⁶.

En principe, la première opération (la mise en évidence des caractéristiques des catégories légales) impliquerait qu'une situation factuelle soit confrontée à toutes les normes possibles en vue de déterminer celle qui serait applicable. Théoriquement, devant un contrat précis, il conviendrait de se demander si c'est là un contrat de vente, de louage, de transport, de prêt, etc. Le lecteur comprendra que cette façon de faire n'est pas utilisée en pratique, particulièrement en droit des contrats où se retrouvent de nombreuses formes. Devant un contrat donné, l'interprète ne procédera pas à sa disqualification quant à l'ensemble des contrats nommés du Code civil et des contrats innommés reconnus par la doctrine et la jurisprudence. Il devra plutôt présélectionner, dans l'ensemble des divers types de contrats connus, ceux qui paraissent «avoir vocation à s'appliquer en l'espèce⁵⁷». Peut-être est-ce d'ailleurs à cette seule étape que l'«instinct» de l'interprète devrait être mis à contribution⁵⁸. Son expérience et ses connaissances devraient lui permettre de créer un bassin de possibilités raisonnables dans le contexte de la «présélection». Pour la suite, il semble logique de privilégier une théorie de la qualification qui relève davantage de la mécanique que de la pure subjectivité.

La qualification contractuelle devrait donc idéalement s'articuler autour d'un cadre intellectuel précis et spécifique. Une mécanique basée sur le syllogisme permettra d'atteindre ce but. Au centre de cette mécanique se trouve l'étude du contenu obligationnel du contrat.

1.2 Un procédé basé sur l'analyse des obligations

Le juriste voulant qualifier le contrat le plus objectivement possible cherchera un mode d'emploi, une manière de procéder afin de mettre en évidence la nature juridique de celui-ci. Avant de se lancer, encore faut-il s'assurer que cette marche à suivre est pertinente suivant le cas⁵⁹. Ainsi, le

56. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, p. 7 et 8.

57. H. CROZE, préc., note 4, p. 103, où l'auteur discute alors de la qualification juridique dans un sens plus général.

58. M. ROLLAND, préc., note 3, p. 67.

59. Ainsi, le juriste devant qualifier le contrat doit d'abord se demander si ce dernier a été conclu en vue de produire des effets de droit: J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 80. Il est également pertinent de se demander si le rapprochement d'une «catégorie générale» de contrats (par exemple le contrat d'adhésion) suffit à régler un litige sans avoir à déterminer autrement la nature du contrat (*id.*, p. 80). Ainsi, il peut

processus n'a pas à être amorcé s'il se révèle inutile⁶⁰. Si les conséquences d'une qualification ou d'une autre s'avèrent identiques, le tribunal n'a pas à donner un nom au contrat. Les tribunaux québécois l'ont souvent reconnu⁶¹. Voilà pourquoi l'harmonisation des régimes juridiques des contrats spéciaux est susceptible d'amenuiser le rôle de la qualification⁶². En effet, plus les règles appliquées aux différents contrats sont semblables, moins la qualification est importante.

Une fois ces divers éléments préliminaires épuisés, l'interprète peut procéder à la qualification proprement dite. Il lui faut d'abord délimiter ce qu'il tente de qualifier. Le contrat à l'étude devra donc être analysé et décortiqué. Celui-ci étant essentiellement un réseau plus ou moins complexe d'obligations, il est logique que l'analyse porte sur celles-ci. Comme nous l'avons déjà dit, la nature d'un contrat est découverte en comparant deux structures d'obligations : la structure concrète, soit le contrat à l'étude, avec une ou plusieurs structures abstraites, c'est-à-dire les catégories reconnues de contrats.

Cependant, que chercher dans ces structures afin de procéder à la qualification ? Traditionnellement, la qualification se fait avant tout en considération des éléments objectifs du contrat : de sa matière, de son objet prédominant, de ses éléments caractéristiques, de sa cause catégorique⁶³.

être suffisant de déterminer qu'un engagement à fournir une contribution alimentaire est un contrat unilatéral à titre gratuit sans avoir à qualifier plus avant : *C.R. c. J.B.*, préc., note 34, par. 32. Que le contrat soit nommé ou innommé n'y change rien.

60. F. TERRÉ, préc., note 6, p. 513. Voir, par exemple : *Hôtel de l'aéroport de Mirabel c. Aéroports de Montréal*, [2003] R.J.Q. 2479, par. 29 (C.A.) (distinction inutile entre le bail, le bail emphytéotique et l'emphytéose) ; *103360 Canada Ltd. c. Sklar Peppler Inc.*, [1989] R.J.Q. 697 (C.S.) (désistement en appel) (puisque le contrat contient une clause implicite sur un préavis de résiliation, la qualification d'un contrat d'agent, en tant que contrat de service ou de mandat, se révèle inutile) ; *2854163 Canada inc. c. Northridge Petroleum Marketing inc.*, [1996] J.Q. n° 3248, par. 40 (C.S.) (LN/QL).
61. Il arrive toutefois que le tribunal donne un nom à la convention tout en reconnaissant l'inutilité de la démarche. Voir les exemples suivants où le tribunal a décidé, en fonction de la question en litige, que la qualification n'était pas nécessaire : *Industries Okaply ltée. c. Domtar Inc.*, [1997] J.Q. n° 4120, par. 44 (C.S.) (LN/QL) ; *2854163 Canada inc. c. Northridge Petroleum Marketing inc.*, préc., note 60 (résiliation qu'il s'agisse d'un mandat ou d'une vente) ; *Guilbert v. Gendron*, [1968] C.S. 51, 1967 CarswellQue 106 (WeC) (intensité de l'obligation de garde qu'il soit question d'un dépôt ou d'un mandat) ; *Société hôtelière Hunsons inc. c. Kalenso inc.*, 2007 QCCA 237, EYB 2007-115028 (résiliation que ce soit un bail ou un contrat de service).
62. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 87.
63. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, préc., note 31, p. 28 ; Civ., 30 oct. 1945, D. 1946.Jur.52. Voir J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 88, qui mentionnent que certains critères, plus « accidentels », devront parfois être considérés : la qualité des parties (par exemple, le contrat d'assurance devra être conclu avec une compagnie

Il importe ainsi de se concentrer sur le contenu du contrat et de mettre de côté, en principe, les circonstances extérieures ou extrinsèques à celui-ci⁶⁴. Par exemple, ce n'est pas parce que les parties ont, par le passé, signé des contrats de travail successifs qu'une nouvelle entente ne pourrait pas être un contrat d'entreprise, le lien de subordination devant être apprécié de nouveau. En fait, il faudrait, comme en matière d'interprétation contractuelle, privilégier les éléments intrinsèques du contrat. En conséquence, pour effectuer la qualification, le juriste devrait apprécier la situation telle qu'elle existait au moment de la formation⁶⁵ du contrat puisque c'est à ce moment-là que la nature du contrat s'est cristallisée. Selon la jurisprudence québécoise, la nature du contrat doit s'apprécier à la date de formation de celui-ci⁶⁶.

Par contre, bien que le contrat lui-même doive être le point de mire de la qualification, la jurisprudence a admis que certains faits menant à sa conclusion pouvaient être considérés. Ainsi, la Cour d'appel a déterminé que les versions préliminaires d'un contrat permettaient d'écarter le choix du bail emphytéotique comme qualification au motif que le terme « emphytéotique » a été retiré de la version définitive du texte⁶⁷. Il semblerait donc

d'assurances dûment formée et qualifiée selon la législation particulière) et la forme du contrat (par exemple, le contrat de travail incluant une clause de non-concurrence devra être écrit).

64. Dans certaines circonstances, les éléments extrinsèques comme la qualité des parties ou leur comportement ultérieur pourront toutefois constituer des indices quant à la qualification : voir X. HENRY, préc., note 5, p. 93 et 94. Ainsi, pour conclure à un contrat d'assurance, l'une des parties doit être assureur au sens de la loi. Le tribunal pourra également confirmer une qualification en examinant le comportement à la suite de la signature : si les parties se sont toujours comportées comme s'il s'agissait d'une donation, cela pourrait confirmer que ce n'est pas un prêt. La jurisprudence n'a toutefois pas utilisé ce dernier critère comme étant central relativement à la qualification. Il faudrait cependant se garder de confondre les éléments externes et les éléments caractéristiques de chaque contrat. En effet, lorsque la donation entre vifs exige un désaisissement actuel, cet événement ne constitue pas un événement extrinsèque qui n'est pas pris en considération aux fins de la qualification. Il s'agit plutôt d'un élément essentiel à la qualification.
65. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 143 et 144.
66. *Ameublement 640 inc. c. Meubles Canadel inc.*, J.E. 2001-1167, par. 20 (C.S.), REJB 2001-24923 (modif. pour d'autres motifs : *Meubles Canadel inc. c. Ameublement 640 inc.*, 2006 QCCA 1547, EYB 2006-111485) ; *P.M.R. (Succession de) c. C.G.*, [2001] R.J.Q. 1542, par. 8 (C.S.), [2001] J.Q. n° 2958 (LN/QL).
67. *Carignan c. La Visitation de Champlain (Municipalité)*, [1996] J.Q. n° 3964, par. 37 (C.A.) (LN/QL) : « La qualification du contrat requiert de rechercher l'intention véritable et réelle des parties tant au niveau de leur comportement que du texte contractuel qu'[elles] ont signé. » Il nous semble toutefois qu'il faudrait user de prudence avant d'affirmer sans nuance que le comportement des parties doit servir à la qualification. Cela provoquerait un rapprochement avec les critères déjà existants en matière d'interprétation (1426 C.c.Q.). Or, comme nous l'avons vu, ce sont là deux domaines différents.

que certains aspects qui ne sont pas à proprement parler intrinsèques pourraient être considérés parmi d'autres.

L'analyse du texte contractuel, lorsqu'il existe, ainsi que des obligations qu'il contient doit tout de même être centrale relativement à la qualification. À cet égard, il existe une tendance bien naturelle du juriste à se pencher sur l'objet ou la cause du contrat pour le qualifier. Or, comme nous le verrons maintenant, ce réflexe ne mène pas à des résultats nécessairement probants (1.2.1). La qualification aura plutôt lieu par la mise en évidence des obligations fondamentales de chaque contrat (1.2.2).

1.2.1 Le rejet de la cause et de l'objet du contrat comme éléments exclusifs d'analyse

La recherche de la nature d'un contrat, de son essence, mène instinctivement aux notions d'objet et de cause, lesquelles révèlent habituellement les motivations véritables des parties. Au moment de qualifier le contrat, n'est-il pas naturel de s'interroger sur le but recherché par les parties ? Celles-ci ont-elles voulu conclure une vente ou un bail, une donation ou un prêt ? La préoccupation qui consiste à préciser l'objectif contractuel se traduit par les notions de cause et d'objet qui font partie des conditions de validité du contrat⁶⁸.

Tout contrat doit en effet avoir un objet licite pour être susceptible d'exécution (art. 1413 C.c.Q.). L'objet du contrat est défini à l'article 1412 du *Code civil du Québec* comme « l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître ». Ainsi, l'objet du contrat est une notion globalisante qui incite l'interprète à se faire une idée de l'économie générale du contrat conclu⁶⁹.

Quelques exemples classiques mèneront à la conclusion que l'objet du contrat ne peut être un critère unique de qualification. La jurisprudence a en effet relevé diverses conventions dont l'objet allait à l'encontre de l'ordre public. Il en est ainsi notamment du pacte sur succession future lorsqu'une partie signe un acte sous seing privé autorisant le transfert de son argent au nom de son exécuteur testamentaire⁷⁰. L'opération envisagée par les

68. Ajoutons le consentement et la capacité : art. 1385 C.c.Q.

69. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 527. Il faut également se garder de confondre l'objet du contrat et son effet : alors que diverses conventions peuvent avoir pour effet de constituer, de transférer ou d'éteindre un droit, ce résultat peut survenir au moyen de plusieurs opérations juridiques distinctes (par exemple, vente ou donation), lesquelles seront les objets de ces conventions.

70. *Lessard v. Labonté*, [1963] C.S. 247.

parties allait contre la loi, soit faire une stipulation sur une succession non ouverte⁷¹. Il en va de même de la cession de créances fictives, laquelle a un objet prohibé par les lois fiscales et corporatives, soit la vente de fausses créances⁷². Les exemples sont nombreux⁷³. À la vue de ces illustrations, ne serait-il pas logique de conclure que la détermination de l'objet du contrat mène à sa qualification? En y regardant de plus près, nous devons toutefois admettre que la détermination de l'objet ignore en soi un processus de qualification quelconque. L'utilité première du concept d'objet est de reconnaître ou non la licéité d'une convention. Or, pour qu'il y ait nullité, cet objet devra être rapproché de l'acte interdit. L'acte sous seing privé du testateur doit alors être vu tel un pacte sur une succession future et la cession de créances fictives doit être considérée comme fautive au sens des lois fiscales et corporatives. Ce sont là des qualifications en soi, du résultat d'une démarche. Par conséquent, tout processus de qualification du contrat culmine sur la détermination de son objet. Ainsi, la mise en évidence de l'objet du contrat présuppose une marche à suivre qui reste à déterminer, tout comme pour le processus de qualification.

Au surplus, la détermination de l'objet oblige l'interprète à voir le contrat sous un angle trop globalisant. Selon certains, il faut, pour mettre en évidence l'objet du contrat, chercher à reconnaître une seule opération juridique envisagée⁷⁴. Cette vision, pour autant qu'elle soit acceptée, s'adapte mal à la réalité des contrats mixtes et innommés, souvent complexes. Voilà pourquoi certains ont dit de l'objet du contrat qu'il s'agissait d'un concept trop flou pour être un guide précis dans le cas de la qualification des contrats⁷⁵.

D'un autre côté, il serait facile de penser que les raisons qui ont poussé les parties à contracter, lesquelles représentent la cause du contrat (1410

71. *Id.*, 250. Bien que le tribunal discute brièvement de la cause, il parle effectivement de l'opération envisagée à partir de l'acte conclu, soit l'objet. Relativement à l'interdiction du pacte sur succession future, voir l'article 1061 du *Code civil du Bas Canada*, aujourd'hui l'article 631 C.c.Q.

72. *Allard c. Socomar International (1985) Inc.*, REJB 2001-23251 (C.S.).

73. Aussi: *Sauvé v. Ville St-Laurent*, [1956] B.R. 70 (C.A.) (contrat de trafic d'influence). Pour d'autres exemples, voir J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 390 et suiv.

74. Jacques GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 683: «Il n'y a d'accord de volontés que si les parties s'accordent sur le même objet, qui ne peut de ce fait qu'être unique et global.»

75. X. HENRY, préc., note 5, p. 49.

C.c.Q.), feraient ressortir la nature juridique d'une transaction⁷⁶. La cause du contrat s'attache à l'intention subjective des parties au moment de la conclusion de l'entente⁷⁷. Pour quels motifs une partie s'est-elle véritablement engagée? L'utilité de la notion de cause du contrat résidera dans sa licéité. La cause contraire à l'ordre public permet d'annuler des actes en apparence valides. Ainsi, selon un exemple classique, les parties ayant en tête l'exploitation d'une maison de prostitution concluent un contrat de louage d'un piano qui sera annulable en raison de la cause subjective ayant amené les parties à contracter⁷⁸. Tout comme le contrat pour la préparation de plans et devis, par lui-même parfaitement valide, peut être annulé parce que le professionnel retenu ne respecte pas les exigences de la législation applicable aux architectes⁷⁹.

Chacun le comprendra, la cause du contrat ne saurait être le critère central devant mener à la qualification d'un contrat⁸⁰. Comme nous le verrons plus bas, l'intention subjective des parties au moment de la conclusion n'est pas déterminante dans le processus de qualification qu'amorcera le juge⁸¹. D'ailleurs, puisque les tribunaux ont la prérogative et parfois l'obligation de requalifier les contrats erronément nommés par les parties, il est difficile de concevoir que leur intention inavouée aura une incidence sur la catégorisation. De plus, il est bien établi en droit québécois que la seule intention subjective n'est pas un critère automatique pour interpréter le contenu de la convention. C'est plutôt à l'intention commune des parties que le juge aura recours en cas d'ambiguïté dans le texte⁸². La stabilité contractuelle exige un équilibre délicat entre ce que les parties ont voulu et ce qu'elles ont exprimé au moment de la conclusion du contrat. À cet égard, la cause du contrat pourrait difficilement être considérée comme facteur unique dans le contexte de la qualification.

Il ne faudrait toutefois pas conclure pour autant que l'objet et la cause du contrat ne seront jamais évoqués en matière de qualification. L'objet, peu révélateur dans le cas des contrats complexes, pourra être plus parlant dans le cas des contrats simples, outre qu'il pourra révéler

76. De son côté, la notion de cause de l'obligation, soit la cause objective ou la raison abstraite de l'engagement, est peu significative en matière de qualification puisque la notion présuppose qu'aient déjà été déterminées les obligations essentielles du contrat.

77. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 11, p. 301.

78. *J. Donat Langelier limitée c. Demers*, (1928) 66 C.S. 120.

79. *Pauzé v. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15.

80. Certains auteurs admettent d'ailleurs que la seule utilité de la notion de cause du contrat est de contrôler la licéité de ce dernier : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 542 et suiv.

81. *Infra*, section 2.1.

82. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 825 et suiv.

certaines caractéristiques du contrat. La cause du contrat, élément purement subjectif, sera parfois le seul élément permettant de distinguer différents contrats nommés⁸³. Ces notions ayant par contre leurs limites, la qualification devra utiliser un critère plus analytique que globalisant, plus objectif que subjectif.

Selon certains, l'étude de l'objet du contrat doit de toute façon mener à la mise en évidence de la prestation caractéristique du contrat⁸⁴. La détermination de l'objet ou de la cause doit en effet prendre en considération les obligations les plus importantes contenues dans le contrat. Comment le tribunal pourrait-il autrement préciser l'opération envisagée ou la raison subjective de l'engagement ? Avec la détermination des obligations essentielles du contrat, l'interprète se rapproche d'un critère analytique plus objectif et plus révélateur.

1.2.2 L'obligation fondamentale ou la prestation caractéristique

Il est communément admis que le contrat est un système d'obligations complexe et organisé⁸⁵ ou encore un ensemble d'obligations interdépendantes, ne prenant sens que les unes par rapport aux autres⁸⁶. Il s'ensuit que, dans tout système d'obligations, certaines doivent être plus importantes que d'autres, qu'il existe une hiérarchie des obligations dans chaque contrat. La qualification devra logiquement se faire à partir d'une appréciation de cette hiérarchie. En effet, seules certaines obligations liées entre elles permettront de conclure à une qualification quelconque. Par exemple, un contrat de service devient un contrat de travail lorsque les obligations y étant contenues montrent un degré de contrôle suffisant sur les actes du débiteur, ou encore un mandat lorsque les obligations incluent un pouvoir de représentation. Ainsi, chaque contrat a une structure propre qui le détermine⁸⁷.

Cette structure sera cruciale aux fins de qualification. En effet, énumérer simplement les obligations qui composent un contrat ne permet pas d'en découvrir la nature⁸⁸. C'est par la relativisation de l'importance de chacune des obligations que la nature du contrat se révèle. La clause de non-concurrence est-elle essentielle à la franchise ? Sûrement pas autant

83. Par exemple, pour différencier la donation et le prêt à usage, seule l'intention subjective des parties pourrait être révélatrice lorsqu'il n'y a pas d'écrit.

84. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *préc.*, note 31, p. 30 et 31.

85. Voir, par exemple, P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *préc.*, note 56, p. 8 et suiv.

86. X. HENRY, *préc.*, note 5, p. 78.

87. *Id.*, p. 79.

88. *Id.*, p. 81.

que l'octroi d'un droit à l'usage d'une marque de commerce ou d'un savoir-faire spécifique. De la même façon, le contrat de travail ne saurait recevoir cette qualification à partir de l'inclusion ou non d'une clause de non-concurrence. Il importe donc de considérer la structure du contrat pour déterminer l'obligation ou les obligations essentielles y étant contenues et les distinguer des obligations accessoires⁸⁹. Il est également possible de parler de l'obligation fondamentale du contrat⁹⁰ ou de la prestation caractéristique⁹¹. Il s'agit, pour nous, de notions similaires, la doctrine et la jurisprudence québécoise n'ayant pas pour l'instant exprimé de consensus sur l'appellation à employer en droit québécois⁹². En effet, les jugements des tribunaux reflètent bien le fait que le processus qualificatif a peu retenu l'attention, le critère utilisé étant variable d'une décision à l'autre, lorsque le juge prend la peine de l'énoncer.

89. En effet, les contrats comprennent des obligations d'inégale importance. Si elles étaient toutes mises sur un pied d'égalité aux fins de qualification, les classifications deviendraient peu significatives et la qualification serait alors souvent sans objet : J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 96. Les obligations accessoires peuvent être de deux ordres : des éléments « accidentels », soit des éléments voulus, mais qui ne dépendent pas de la nature du contrat, tels que les modalités de livraison d'un bien ou la clause de compétence donnant juridiction à une instance particulière ; des éléments « naturels » du contrat, lesquels suivent la nature du contrat comme la garantie de qualité dans le cas de la vente. L'obligation accessoire se reconnaît au fait que le contrat pourra subsister sans elle et que les parties auront la faculté de l'exclure : celle-ci suit simplement la nature de la convention. Voir à ce sujet : P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 1, p. 155 et 156 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 105 ; X. HENRY, préc., note 5, p. 557. Nous pouvons rapprocher cette notion des « obligations accidentelles » qui, telles que Pothier les a décrites, « n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat » : Robert-Joseph POTHIER, *Œuvres de Pothier*, 2^e éd. par Jean-Joseph BUGNET, t. 2 « Traité des obligations », Paris, Cosse et Marchal/Henri Plon, 1861, p. 8.

90. Christian LAVABRE, « Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat », *R.J.D.A.* 1997.4.291.

91. Marie-Élodie ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002.

92. C'est le cas sûrement en raison du fait que peu d'auteurs se sont penchés sur cette question. Certains ont cependant suggéré en doctrine la notion de « prestation essentielle » : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, n° 1733, p. 917. Nous pourrions possiblement faire un parallèle avec l'« obligation essentielle » prévue dans l'article 1437 C.c.Q. qui pourrait être comprise comme découlant de la nature du contrat : Élise CHARPENTIER, « L'article 1437 du *Code civil du Québec* : de l'art de lire un article qui surprend », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 233.

Ont notamment été utilisées aux fins de qualification les notions suivantes : l'essence et la portée du contrat⁹³, l'objet du contrat⁹⁴, le principal attribut⁹⁵, l'objet principal⁹⁶, l'obligation principale⁹⁷, le trait caractéristique⁹⁸, la caractéristique propre⁹⁹, la caractéristique essentielle¹⁰⁰, la caractéristique fondamentale¹⁰¹, l'élément essentiel¹⁰², le caractère essentiel¹⁰³, l'élément caractéristique et prédominant¹⁰⁴, la véritable considération¹⁰⁵, la finalité principale¹⁰⁶ et l'aspect dominant¹⁰⁷. Ces concepts, à

93. *Birks c. Birks*, [1983] C.A. 485, 491.

94. *Garage Tremblay Ltée v. Vézina*, [1948] C.S. 492, par. 14, 1948 CarswellQue 195 (WeC); *Thibault v. Auger, Pare et Société Colbert Ltée*, [1950] C.S. 343, par. 21, 1950 CarswellQue 96 (WeC); *Séguin c. Canada (Société canadienne des postes)*, 1999 CarswellQue 504, par. 30 (C.S.) (WeC); *3491536 Canada inc. c. Raynald Journeault Consultant en média inc.*, 2000 CarswellQue 1405, par. 25 (C.Q.) (WeC).

95. *Industries Providair Inc. c. Kolomeir*, [1988] 1 R.C.S. 1132, par. 33 (citation du juge Nichols de la Cour d'appel, *Kolomeir c. Industries Providair Inc.*, [1985] C.A. 538, par. 42).

96. *Lafarge Canada Inc. c. Société d'énergie de la Baie James*, [1991] R.J.Q. 637, par. 4 (C.A.), 1991 CarswellQue 126 (WeC).

97. *Société de Construction maritime Voyageurs Ltée c. Mon-Ter-Val inc.*, [1994] R.J.Q. 1954, par. 64 (C.S.), 1994 CarswellQue 2106 (WeC) (appel accueilli pour d'autres motifs : REJB 1998-07196 (C.A.)) (la principale obligation du contrat d'affrètement à temps (*time charter*) est de s'assurer que le bâtiment est en état de naviguer).

98. *Paul Poulin (1984) inc. c. Perreault*, [1993] R.L. 205, par. 10 (C.A.), REJB 1992-59224, 1992 CarswellQue 969 (WeC) (le trait caractéristique du cautionnement est son caractère accessoire).

99. *Garfield Transportation Systems Ltd. c. Stan-Canada Machinery Ltd.*, J.E. 96-1126, par. 18 (C.A.), 1996 CarswellQue 483 (WeC).

100. *Université de Sherbrooke c. Lambert Communications inc.*, 2007 QCCS 5926, par. 23, EYB 2007-127528.

101. *Canaque International Construction inc. c. James Richardson International (Quebec) Ltd.*, 2000 CarswellQue 27, par. 19 (C.A.) (WeC) (la caractéristique fondamentale du mandat réside dans l'idée de représentation).

102. *Dion c. Bédard*, J.E. 2000-494, par. 8 (C.Q.) (l'élément essentiel de la transaction est la concession réciproque); *Xéquipe inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*, REJB 2001-26233, par. 56 (C.S.) (désistement d'appel) (éléments essentiels du louage). Voir aussi *Caisse populaire Desjardins des Affluents c. Dauphin*, REJB 2002-32018 (C.S.).

103. *Wilson c. 104428 Canada Inc.*, [2002] R.J.Q. 2026, par. 63 (C.S.) (règlement hors cour en appel) (caractère essentiel du contrat de garde d'un cheval).

104. *Bédard c. Tremblay*, REJB 2003-47611, par. 19 (C.S.), 2003 CarswellQue 10780 (WeC) (bail immobilier non résidentiel); *Montréal (Ville de) c. Dominion Electric Protection Co.*, (1987) 12 Q.A.C. 110.

105. *Ouellette c. Croteau*, J.E. 2002-947, par. 29 (C.S.) (contrat de fourniture d'électricité).

106. *Kourouklis c. Kakoulias-Kourouklis*, J.E. 2003-1076, par. 98 (C.S.), REJB 2003-39854, 2003 CarswellQue 900 (WeC) (citation de Claude FABIEN, *Les règles du mandat*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1987, p. 71).

107. *Slobodian c. Carrier*, REJB 2004-69444, par. 100 (C.Q.), 2004 CarswellQue 2033 (WeC) (citation de V. KARIM, préc., note 53, p. 7).

l'exception de l'objet du contrat, n'ont toutefois aucun sens technique clairement défini par le Code civil ou la jurisprudence. Cet état de fait nous oblige à tenter de réunir ces différents concepts autrement, notamment en utilisant les notions d'obligation fondamentale ou de prestation caractéristique, lesquelles permettront d'atteindre le but visé. Nous devons cependant constater que la loi et la jurisprudence sont peu bavardes sur ces concepts en matière de qualification. Il faut donc chercher dans un domaine connexe.

Historiquement, la notion de prestation caractéristique a surtout été utilisée en droit international privé. Au moment de déterminer la loi applicable à un contrat en cas de défaut des parties d'en désigner une, le lieu de résidence de la personne qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat permettra de trancher¹⁰⁸. Popularisé par la *Convention internationale de Rome sur les obligations contractuelles*¹⁰⁹ et par la loi suisse¹¹⁰, le concept a été repris dans le *Code civil du Québec* à son article 3113. Le ministre de la Justice, dans ses commentaires sur cette disposition, confirme l'importance de la notion en matière de qualification tout en offrant une définition : « la prestation caractéristique est l'obligation qui caractérise le mieux l'ensemble des différentes opérations que suppose un acte juridique ; c'est l'obligation qui permet de qualifier le contrat dont il est question¹¹¹ ». Cette définition a l'avantage de faire un lien clair entre les notions de prestation caractéristique et d'obligation fondamentale. Le ministre reprend divers exemples cités par la loi suisse de ce que devrait être la prestation caractéristique :

- a) la prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation ;
- b) la prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit ;
- c) la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service ;

108. P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 1, p. 156. Au Québec, voir Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Traité de droit civil. Droit international privé*, t. 2 « Règles spécifiques », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 494.

109. CE, *Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 19 juin 1980, [1980] J.O. L 266/1, art. 4, al. 2. Également consultable dans : *Rev. crit. dr. int. privé* 1980.69.875.

110. *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé* (RS 291), feuille fédérale, 12 janvier 1988 [1988.I.5], art. 117, al. 2 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989). Également consultable dans : *Rev. crit. dr. int. privé* 1988.77.409.

111. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, art. 3113.

- d) la prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt ;
- e) la prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement.

Bien que ce barème permette d'établir la prestation caractéristique dans plusieurs contrats relativement simples, le lecteur reconnaîtra d'emblée que la détermination d'une telle prestation dans les contrats plus complexes, pensons par exemple à la franchise ou à la licence, présentera davantage de difficultés¹¹². Force nous est toutefois de constater que les règles du droit international privé permettent à tout le moins de circonscrire la notion avec un minimum de clarté, ce que la communauté juridique tarde à faire en droit strictement interne.

En effet, l'étude en droit interne de l'obligation fondamentale menant à la prestation caractéristique est relativement nouvelle. Chez certains auteurs, la notion a été assimilée à la cause¹¹³. Selon d'autres, l'obligation fondamentale est identifiée à la prestation caractéristique qui se réduit généralement à l'objet ou à la cause du contrat¹¹⁴. Or, comme nous l'avons déjà vu, les notions d'objet et de cause ont leurs limites et l'utilisation d'un critère plus révélateur apparaît nécessaire. Des auteurs ont souligné divers autres aspects. L'obligation fondamentale serait celle sans laquelle les parties n'auraient jamais donné leur consentement¹¹⁵ ou sans laquelle le contrat n'a aucune raison d'être¹¹⁶. Sous un angle plus subjectif, il serait possible de rechercher la finalité de l'intervention du créancier¹¹⁷. Il apparaît toutefois impossible d'adopter une définition plus précise de l'obligation fondamentale, les parties étant libres de s'obliger à n'importe quelle obligation pour autant qu'elle soit susceptible de sanction¹¹⁸. À défaut d'une définition faisant clairement l'unanimité, des auteurs ont retenu deux aspects de l'obligation fondamentale (laquelle sera assimilée à la prestation caractéristique) qui permettront de faciliter la recherche.

112. Ce fait est également reconnu en droit international privé : G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 108, p. 495.

113. Philippe JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz/Sirey, 1985, p. 273, à la page 280.

114. P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 1, p. 156.

115. Jacques MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux. Obligations en général », *RTD civ.* 1999.3.615, 623.

116. P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 1, p. 156.

117. Selon Xavier Henry, il s'agirait là de la « cause de l'engagement ». D'après nous, cette notion, par ailleurs inconnue du droit québécois, prête à confusion avec la cause de l'obligation et du contrat. Aussi nous garderons-nous de l'utiliser : X. HENRY, préc., note 5, p. 412.

118. P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 1, p. 156.

D'abord, un auteur a écrit que l'élément qui caractérise l'obligation fondamentale est que la convention peut en restreindre, un peu, l'étendue, mais non la priver de tout contenu¹¹⁹. Il existe effectivement de ces obligations tellement importantes qu'elles ne sauraient être privées de tout effet sans dénaturer l'opération envisagée. Ainsi, la clause privant l'associé de tout bénéfice dans la société peut être annulée, puisqu'elle va à l'encontre de la nature même du contrat¹²⁰. La détermination de ces clauses essentielles guidera le juriste dans la qualification de contrats ultérieurs.

Ensuite, des auteurs s'entendent pour affirmer que l'obligation monétaire n'est généralement pas prise en considération dans la détermination de l'obligation fondamentale¹²¹. Certains disent de cette obligation qu'elle n'est pas significative par sa nature, que la majorité des contrats la comprennent¹²². En effet, l'obligation de payer une somme d'argent ne permet pas de différencier le contrat de vente du contrat de louage ou de service. Il peut cependant arriver que l'obligation de payer ou l'existence même d'une créance soit caractéristique dans le contexte de la comparaison avec différents contrats nommés (par exemple, en comparant la donation et la vente)¹²³. Ainsi, bien que l'obligation de payer une somme d'argent ne soit généralement pas caractéristique d'un contrat, sa présence pourra être déterminante pour une qualification particulière¹²⁴.

Une fois les notions d'obligation fondamentale et de prestation caractéristique esquissées, il importe de s'interroger sur la façon de les déterminer. En principe, le législateur énonce les obligations qu'il considère comme essentielles dans le contexte des dispositions sur les contrats nommés¹²⁵. La fonction du tribunal devrait donc se limiter à mettre celles-ci

119. P. JESTAZ, préc., note 113, à la page 282.

120. Art. 2203 C.c.Q.

121. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, préc., note 56, p. 11.

122. *Id.* ; Paul-Henri ANTONMATTEI et Jacques RAYNARD, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 5^e éd., Paris, LexisNexis/Litec, 2007, p. 4.

123. Dans l'affaire *Industries Providair Inc. c. Kolomeir*, préc., note 95, la Cour suprême avait à déterminer si un bail contenait un contrat d'entreprise pour la construction de diverses améliorations locatives, ce qui aurait permis la publication d'un privilège de la construction. Bien que la Cour suprême ait vu dans la convention divers indices liés au contrat d'entreprise (autonomie du locataire quant aux travaux, choix des moyens), il n'existait aucune dette du propriétaire relativement à l'aspect de construction. Il ne pouvait donc pas s'agir d'un contrat de construction.

124. Marie-Pierre BAUDIN-MAURIN, « Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat (À partir de l'exemple du contrat *Chronopost*) », *R.R.J.* 2002.4.1859, 1860.

125. Voir toutefois J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 97 : « Cependant, tous les contrats spéciaux ne sont pas réglementés. Le juge peut alors, usant de son *imperium*, déterminer les obligations principales. Il reconnaît donc l'existence d'une

en évidence et à déterminer si elles sont présentes dans le contrat à l'étude. La réalité est cependant plus complexe. L'application aux faits des dispositions législatives impliquera en effet souvent l'interprétation de celles-ci pour en circonscrire les limites¹²⁶. Par exemple, dans le cas du contrat de travail, un lien de subordination doit être présent (art. 2085 C.c.Q.), comme l'ont interprété la jurisprudence et la doctrine ; il en va de même pour la notion de représentation dans le contrat de mandat (art. 2130 C.c.Q.).

Lorsque les exigences législatives sont circonscrites ou ne nécessitent aucune interprétation¹²⁷, il sera possible de revenir à l'analyse du contrat à l'étude, en vue d'en déterminer l'obligation ou les obligations fondamentales ou encore la ou les prestations caractéristiques. Il semble en effet illusoire de croire qu'une seule obligation permettra à tout coup de qualifier le contrat. Au départ, dans le cas des contrats bilatéraux ou synallagmatiques, l'interprète pourrait penser qu'il y aurait à tout le moins autant d'obligations fondamentales que de parties¹²⁸.

De toute façon, la recherche présuppose un contrat complexe avec obligations plurielles¹²⁹. Dans le cas des contrats simples, la détermination ne présente qu'un modeste intérêt parce qu'elle pose peu de difficultés. Le simple contrat de vente aura comme obligation caractéristique le transfert de propriété jointe au paiement d'un prix. La tâche est plus complexe dans le cas des contrats mixtes et innommés, en raison du mélange des obligations liées à divers types de contrats. Même si l'opération devenait plus complexe, l'interprète devrait favoriser une approche basée sur l'analyse de l'ensemble d'un contrat plutôt que d'introduire une notion d'équité, c'est-à-dire favoriser la détermination entraînant la qualification voulue par l'interprète¹³⁰.

Bien que la jurisprudence québécoise soit hésitante et peu développée dans l'application de cette théorie, il en existe tout de même des traces¹³¹.

nouvelle catégorie juridique, ce qui permet la qualification du contrat. » Nous comprenons que l'auteur évoque ici les contrats innommés qui bénéficient d'un régime juridique déterminé jurisprudentiellement.

126. *Id.*, p. 99.

127. Consulter, à cet égard, Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd. avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

128. M.-P. BAUDIN-MAURIN, préc., note 124, 1860.

129. *Id.*, 1859.

130. *Id.*, 1863.

131. Voir, par exemple : *Canaque International Construction inc. c. James Richardson International (Quebec) Ltd.*, préc., note 101, par. 18 : il faut faire l'étude du contrat « en gardant à l'esprit la nature ou l'essence des droits ou obligations qu'il a créés » ; *Montréal (Ville) c. Dominion Electric Protection Co.*, préc., note 104, par. 22 : « un tel contrat [...] comporte les éléments caractéristiques du bail d'un immeuble ». Il arrive également

Ainsi, dans l'affaire *Soniplastics inc. c. Atelier d'usinage Malcor inc.*¹³², la Cour d'appel avait à décider si un contrat constituait un contrat de vente à exécution instantanée ou successive, la réponse ayant un impact sur l'effet rétroactif ou non de la résiliation. Au moment de qualifier le contrat, la Cour d'appel écrit que «c'est la nature des obligations réciproques contenues au contrat, et non exclusivement la nature du contrat in abstracto, qui doit fonder la qualification¹³³». Elle confirme donc que la qualification doit se trouver dans l'analyse plutôt que dans une appréciation globale de la convention, laquelle se référerait nécessairement à des notions trop larges.

Il ressort donc de ce qui précède que la hiérarchie du réseau d'obligations contenu dans le contrat est centrale relativement à sa qualification. La mise en rapport des différentes prestations permettra de déterminer l'obligation ou les obligations fondamentales en vue de rapprocher le contrat des types nommés ou innommés. Il s'agit donc essentiellement d'un processus objectif effectué *a posteriori* par un tribunal auquel les parties auront soumis le contrat. Ce dernier étant toutefois un objet de volonté, il sera ensuite logique de s'interroger sur la place réservée à la volonté des parties dans la qualification.

2 L'impact de la volonté des parties sur le procédé

Jusqu'à maintenant, nous avons étudié la question de la qualification sous l'angle de l'analyse des obligations incluses dans le contrat, comme un procédé établi et influencé uniquement par l'interprète ou le juge. Or, la créature contractuelle est d'abord née de la volonté des parties. Ainsi, il est pertinent de déterminer si cette analyse doit avoir lieu dans l'absolu ou tenir compte de la volonté, même implicite, des parties. En conséquence, nous nous intéresserons au pouvoir des parties sur la qualification. Les contractants, conformément au principe du consensualisme, ne devraient-ils pas être en mesure de déterminer la nature de leur convention¹³⁴? Chacun se doute bien que peu de problèmes se posent lorsque les parties et le juge qualificateur sont d'accord sur la nature du contrat. Le processus

que les notions soient confondues. Ainsi, dans l'affaire *Lafarge Canada inc. c. Société d'énergie de la Baie James*, préc., note 96, par. 4, le juge Chouinard évite de qualifier un contrat de transaction en considérant l'«objet principal».

132. *Soniplastics inc. c. Ateliers d'usinage Malcor inc.*, J.E. 2000-986 (C.A.).

133. *Id.*, par. 13.

134. L'ambiguïté est exprimée par la Cour d'appel dans l'affaire *Groupe Albatros international inc. c. La Financière McLario inc.*, J.E. 2003-1058, par. 21 (C.A.): «La qualification juridique d'un contrat découle de l'intention des parties et de la relation juridique qui s'établit entre elles plutôt que de la qualification qu'elles attribuent elles-mêmes audit contrat.»

de qualification aboutit alors nécessairement à un résultat conforme à la volonté des parties. C'est plutôt lorsque le juge marque un écart avec la volonté des parties ou leur compréhension de la nature du contrat que diverses questions se soulèvent.

Si nous considérons l'impact de la volonté des parties sur le processus de qualification, deux problématiques ressortent. D'abord, bien qu'il revienne en principe au tribunal de qualifier le contrat, est-il possible pour les parties de prévoir expressément une qualification spécifique, même si celle-ci ne représente pas la réalité (2.1)? Ensuite, même si le contrat ne contient aucune qualification expresse, qu'advient-il de celui-ci lorsque les parties ont erronément cru à une qualification autre que celle qui a été choisie par le tribunal (2.2)?

2.1 La fausse qualification ou la qualification inexacte volontaire

Les parties à un contrat peuvent être tentées de prévoir précisément la qualification de leur contrat plutôt que de laisser cette question entre les mains d'un juge dont la décision ne peut être connue à l'avance. Or, il est possible qu'un tribunal conclue que les parties n'ont pas retenu la véritable nature de la convention intervenue. Il importe au départ de distinguer la situation visée de la simulation par laquelle les parties désirent volontairement montrer aux tiers une convention qui est d'une nature différente de celle qui est réellement intervenue¹³⁵. Il sera plutôt question ici du cas où les parties donnent une qualification expresse à leur contrat laquelle se révèle fausse, mais sans que les parties n'aient prévu de contre-lettre contenant leur véritable intention.

Par conséquent, nous sommes en droit de nous interroger sur la possibilité pour les parties d'inclure des dispositions ayant un impact direct sur la qualification (2.1.1). Nous verrons également que l'ordre public met une barrière importante à l'intervention des parties (2.1.2).

2.1.1 La possibilité pour les parties d'imposer ou d'exclure une ou plusieurs qualifications

Pour être conséquent avec le concept de la liberté contractuelle, il faudrait reconnaître que les parties peuvent imposer une qualification à leur contrat, en incluant une clause particulière à cet effet¹³⁶. Elles pourraient

135. Art. 1451 C.c.Q. Voir J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *préc.*, note 8, p. 149.

136. Il est ici question des dispositions contractuelles expresses qui touchent la qualification («Le présent contrat est une vente»). Le simple titre ou les simples mentions faisant référence à une qualification précise seront traités à la section 2.2.

aussi écarter expressément une qualification qui impliquerait des règles dont l'application n'est pas désirée. En pratique, il n'est pas rare que les parties excluent un type de contrat dans le but d'éviter toute confusion¹³⁷. Que se passe-t-il lorsque des parties mentionnent dans une clause expresse qu'il s'agit d'un contrat particulier et qu'un juge décide qu'elles n'ont pas raison ? Le juge doit-il s'incliner devant la volonté des parties ? Rien n'est moins sûr.

En effet, les auteurs s'entendent généralement pour dire que la qualification d'un contrat dépend exclusivement du juge¹³⁸. Certains ont même dit que la qualification ne dépend jamais des volontés qui ont contribué à la formation du contrat ou son exécution¹³⁹. Ce que font les parties prévaut sur ce qu'elles disent¹⁴⁰. En fait, le pouvoir des parties apparaît limité à la détermination du contenu du contrat et semble avoir peu d'impact sur la nature de ce dernier¹⁴¹. Le juge qualifie donc le contrat selon les obligations stipulées et les parties ne peuvent le contraindre¹⁴². Cette réalité se justifie par le fait que la qualification «répond à un impérieux besoin de sécurité¹⁴³». Il est évidemment ici question de stabilité contractuelle. S'il n'existait aucune cohésion dans la qualification des contrats, il est facile d'imaginer le désordre qui s'en suivrait. Ce qui apparaît être une vente doit être une vente. Les parties et les tiers agissent sur la foi de la transaction intervenue.

C'est donc en tenant compte du fait que la qualification doit d'abord s'effectuer selon une approche objective que nous abordons l'impact de la volonté des parties¹⁴⁴. En conséquence, seule la volonté exprimée ou extériorisée sera prise en considération aux fins de la qualification. Il est en effet

137. Par exemple, voir : *D.M.C. Soudure inc. c. Équipements industriels Robert ltée*, J.E. 2004-569 (C.S.), [2004] J.Q. n° 1550 (C.S.) (LN/QL) (règlement hors cour en appel), où le contrat exclut expressément sa qualification comme contrat de société ; *Voca-Tel Communications inc. c. Vidéotron ltée*, REJB 2005-94709 (C.A.), où le contrat mentionne qu'il s'agit d'un contrat de service et non d'un contrat de société.

138. D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 919.

139. Alain SÉRIAUX, *Contrats civils*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 16.

140. F. TERRÉ, préc., note 6, p. 419.

141. Le contrôle sur la qualification serait donc purement indirect : X. HENRY, préc., note 5, p. 19. Le principe semble établi depuis longtemps en droit québécois. Voir l'affaire *Laframboise c. Vallières*, [1927] R.C.S. 193, 199 : « Il va de soi qu'il n'appartient pas aux parties, par la qualification qu'elles lui auraient donnée, de modifier le caractère de leur donation. »

142. X. HENRY, préc., note 5, p. 20.

143. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 114.

144. Civ. 3^e, 17 mars 1981, D. 1981.I.R.442, 443, obs. LARROUMET qui écrit que « la qualification ne dépend pas simplement des volontés des parties mais d'éléments objectifs, puisés notamment dans la loi et sur lesquels l'intention des contractants est sans influence ».

difficile d'imaginer qu'un processus de qualification puisse se baser sur la volonté non déclarée des parties. Le fait qu'un contractant est convaincu qu'il est bénéficiaire d'une donation plutôt qu'un emprunteur semble peu pertinent afin de qualifier le contrat. Ce sont plutôt les écrits, les paroles et les gestes des parties qui guideront la détermination de la nature du contrat. Ainsi, la volonté subjective ne sera pas considérée en matière de qualification, seule la volonté exprimée le sera¹⁴⁵. Par conséquent, la qualification devrait se faire uniquement et objectivement à partir des obligations contenues dans le contrat¹⁴⁶. Il n'y aurait donc aucune place pour la qualification imposée par les parties. Au mieux, les clauses qualificatives ne seraient-elles que de simples indices aidant à qualifier lorsque les parties ont une prétention contraire¹⁴⁷.

Bien que les tribunaux, pour des motifs de stabilité juridique, se réservent le pouvoir ultime de qualifier le contrat, il apparaît toutefois possible de reconnaître certains effets à la qualification expresse prévue par les parties. D'abord, il est théoriquement envisageable que les parties fassent dépendre la validité de leur convention en fonction d'une qualification donnée¹⁴⁸. Elles pourraient ainsi inclure une clause qui prévoit la nullité du contrat dans l'éventualité où le tribunal conclurait à une qualification autre que celle qui a été spécifiée¹⁴⁹. Un auteur français a d'ailleurs admis la possibilité que les parties puissent limiter le pouvoir dévolu à une

145. Carignan c. *La Visitation de Champlain (Municipalité)*, préc., note 67, par. 37: «La qualification du contrat requiert de rechercher l'intention véritable et réelle des parties tant au niveau de leur comportement que du texte contractuel qu'[elles] ont signé.» Il y a ici un parallèle à faire avec la constatation de l'existence du contrat où est d'abord prise en considération la volonté exprimée dans l'offre et l'acceptation corrélatrice. Celles-ci doivent évidemment être manifestées pour constater l'échange de consentement: D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 141 et 165. Il serait toutefois réducteur de penser que la qualification s'arrête à l'analyse objective des obligations engendrées par le contrat. En effet, la volonté des parties, élément subjectif, ne saurait être complètement ignorée, celle-ci étant nécessairement reflétée dans le contrat apprécié par le tribunal. Ainsi, la volonté, même non clairement exprimée au moment de la conclusion du contrat, peut devenir pertinente lorsque deux ou plusieurs qualifications sont envisageables ou encore lorsqu'un contrat est dépourvu d'expression formelle: J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 112-117. Voir aussi P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 1, p. 158.

146. François TERRÉ, «Volonté et qualification», *Archives de philosophie du droit* 1957.99, 113 et suiv.

147. *Shamir c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, EYB 2005-93301, par. 25 (C.S.).

148. F. TERRÉ, préc., note 6, p. 431.

149. Cette possibilité est vraisemblablement réservée aux cas où la remise en état des parties serait relativement facile.

autorité juridictionnelle de procéder à une requalification du contrat¹⁵⁰. Même si nous n'avons répertorié aucun cas semblable en jurisprudence québécoise, nous ne voyons pas ce qui empêcherait les parties de lier le sort du contrat de cette façon si les conséquences d'une annulation ne leur sont pas défavorables.

Ensuite, il serait tout à fait logique de donner effet à la qualification exprimée par les parties quant à son régime juridique, à tout le moins en ce qui concerne les règles supplétives. En effet, ne pouvons-nous pas conclure que le fait pour les parties de choisir une qualification manifestement inexacte révèle la volonté d'appliquer le régime choisi, même pour les règles supplétives seulement¹⁵¹? En France, la Cour de cassation a déjà admis cette possibilité¹⁵². Le principe est également évoqué en jurisprudence québécoise où le tribunal a donné suite à la qualification de bail choisie par les parties dans une affaire, bien que la convention à l'étude ait ressemblé davantage à une promesse de vente : «on doit donner effet au contrat tel qu'énoncé, même si quelques-unes des dispositions du contrat dérogent aux conditions généralement exprimées dans l'espèce de contrat que les parties ont paru consentir. Car les conventions exprimées dans un acte, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, font la loi des parties, suivant l'adage *convention passe droit*¹⁵³. »

Les parties devraient donc pouvoir indirectement agir sur la qualification en soumettant leur contrat à un régime d'une autre catégorie¹⁵⁴. Par contre, comme l'extrait qui précède le mentionne, ce choix du régime juridique par les parties ne saurait passer outre aux règles d'application obligatoire.

2.1.2 L'impossibilité de frauder la loi : l'impact de l'ordre public

Il serait logique de penser, à première vue, que le caractère d'ordre public d'une règle contractuelle a peu à voir avec la qualification¹⁵⁵. En effet, une règle impérative n'est appliquée au contrat que si la qualification préalable s'y prête. Avant d'appliquer une règle impérative de la vente,

150. Thomas JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, vol. 2, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 415.

151. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 86.

152. Civ. 1^{re}, 30 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 128, p. 94. La Cour de cassation a renversé une décision de la Cour d'appel qui avait refusé la qualification de contrat de prêt précisément prévue par les parties. La Cour inférieure aurait tout de même dû vérifier si les règles supplétives du contrat de prêt ne pouvaient pas être applicables.

153. *Paquette c. Deslauriers*, (1935) 73 C.S. 160, 162.

154. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 85; X. HENRY, préc., note 5, p. 19.

155. F. TERRÉ, préc., note 6, p. 528.

encore faut-il avoir qualifié le contrat comme tel. Puisque la qualification est préalable, comment justifier que la règle d'ordre public puisse avoir un impact quelconque ?

Le principe de la liberté contractuelle n'est pas toujours absolu. Le législateur intervient parfois afin de parfaire le contenu du contrat ou d'empêcher l'oppression d'une partie¹⁵⁶. En fait, cela se produit de plus en plus souvent. Le *Code civil du Québec* en présente de nombreux exemples. Certains contrats nommés n'existent que dans le but d'imposer des normes de conduite obligatoires¹⁵⁷. Cela a amené certains à affirmer que la qualification ne sert plus à la détermination de la nature du contrat, mais plutôt à forcer la conclusion d'une convention et à enfermer les parties dans des règles impératives¹⁵⁸. Il existe ainsi un phénomène d'attraction indéniable faisant en sorte que les juristes rapprochent naturellement les conventions étudiées des règles d'ordre public de crainte de contrevenir à celles-ci¹⁵⁹.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que les parties ont en principe parfaitement le droit de tenter de se soustraire à un régime contractuel particulier¹⁶⁰. Se trouve d'ailleurs sous cet aspect l'intérêt pratique le plus patent de la distinction entre le nommé et l'innommé¹⁶¹. Ce sera souvent pour se soustraire à des dispositions impératives que les parties mettront en place une nouvelle entité contractuelle distincte des modèles prévus par le législateur¹⁶². Elles tentent alors de modifier suffisamment les obligations principales liées au contrat nommé voisin afin que celles-ci ne puissent être décelées. La difficulté en cette matière sera de situer la frontière

156. Michel CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235, à la page 237.

157. Pensons, par exemple, aux dispositions portant sur la vente d'immeubles à usage d'habitation (art. 1785-1794 C.c.Q.) ou sur le bail de logement (art. 1892-2000 C.c.Q.).

158. Philippe JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats. 1^{ères} Journées René Savatier à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, les 25 et 26 octobre 1985*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 117, à la page 119. Certains auteurs diront également que, à force de vouloir uniformiser les relations entre les justiciables, le législateur brime leur liberté et que les abus pourraient être empêchés autrement : Danielle BURMAN, « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », (1990) 24 *R.J.T.* 461.

159. J. HUET, préc., note 17, p. 22.

160. F. TERRÉ, préc., note 6, p. 5, où l'auteur parle d'un « détour » sur le cadre préétabli tout à fait concevable et licite.

161. L'opération de qualification reprend donc une importance renouvelée : Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 149.

162. Dominique GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », D. 2000.chron.331, 332 : « Ce serait oublier cette loi sociologique selon laquelle l'interdit est un puissant moteur d'innovation. »

entre « l'habileté tolérée et la fraude insuffisamment caractérisée¹⁶³ ». La distinction se trouverait dans la réalité ou la simulation d'une situation¹⁶⁴. Les parties ont-elles habilement créé l'économie d'un contrat nouveau ou, au contraire, ont-elles mis au point un simple paravent destiné à écarter l'application de règles données¹⁶⁵? Ces principes satisfont peut-être l'esprit, mais force est de constater qu'une large part d'arbitraire est encore laissée au juge. Pour certains, cette détermination entre la création légitime et le paravent proscrire passerait d'abord par l'analyse de la portée de la règle d'ordre public. François Gény écrivait ceci : « En vérité, pour régler l'usage des catégories juridiques au regard de règles rigoureusement impératives ou prohibitives, il faut porter un jugement de fond sur la valeur de celles-ci et se demander dans quelle mesure elles méritent de l'emporter sur la liberté¹⁶⁶. » Cette façon de voir a au moins l'avantage d'admettre clairement la part subjective du jugement.

Cela étant, le problème pratique demeure entier. Le juge doit soit déceler la fraude à l'ordre public, soit conclure à une opération distincte et légitime. Comment fait-il pour déceler le maquillage ou conclure à une nouvelle opération véritable? Il nous semble que la solution se trouve dans le processus de qualification que nous avons décrit. La mise en évidence des obligations fondamentales et leur rattachement, le cas échéant, aux modèles connus devraient faire en sorte de minimiser les risques de fraude à l'ordre public. En effet, la notion d'obligation fondamentale et de prestation caractéristique mise sur l'essence du contrat plutôt que sa lettre. Un jugement « de valeur » est déjà porté à ce moment-là.

En reconnaissant autrement un impact de l'ordre public sur le processus de qualification, l'interprète confondrait la cause et les effets. Le piège est là. Il peut être tentant de qualifier en vue d'appliquer ou non des dispositions d'ordre public. Au contraire, ces questions ne sauraient

163. D. GRILLET-PONTON, préc., note 17, n° 282, p. 327. Sur la notion de fraude à la loi, voir J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 210.

164. À plus forte raison, le paravent serait-il découvert si les parties concluaient une entente secrète cherchant à modifier une convention rendue publique.

165. D. GRILLET-PONTON, préc., note 17, n° 284, p. 329. Ce principe a une application particulière en matière fiscale lorsque les parties tentent d'échapper à certaines dispositions, comme dans l'affaire *Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2007 QCCA 1335, par. 22, EYB 2007-124634 : dans le processus de qualification, il faut d'abord vérifier « si les ententes litigieuses sont des trompe-l'œil, des actes simulés, ce qui, dans l'affirmative, justifierait le recours à la réalité économique comme déterminant de la relation juridique entre les parties ».

166. François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. 3 « Élaboration technique du droit positif », Paris, Sirey, 1921, p. 171 et 172.

être pertinentes au moment de qualifier, outre le fait de constater l'utilité de la qualification. Ainsi, bien que le tribunal doive vérifier si les parties ne tentent pas frauduleusement d'échapper à des règles d'ordre public, ces dernières ne devraient pas avoir un impact en matière de qualification.

Il ressort de ce qui précède que les clauses qualificatives, même si elles équivalent à une fausse qualification, ne sont pas toujours dépourvues de tout effet. Le tribunal doit toujours déterminer la véritable nature du contrat afin de donner suite, le cas échéant, aux règles d'ordre public. Par contre, relativement aux règles supplétives, le tribunal devrait tenter de donner suite à la volonté des parties. Toutefois, il s'agirait là de la limite du pouvoir direct des parties sur le processus de qualification. Dans l'éventualité où les parties n'ont pas pris la peine d'inclure une clause qualificative à leur contrat, il se peut tout de même qu'un juge attribue à leur contrat une nature qu'elles n'avaient pas envisagée. Nous aborderons maintenant les conséquences de cette situation.

2.2 L'erreur de qualification ou la qualification inexacte involontaire

Il arrive que les parties se trompent sur la nature de la convention qu'elles ont conclue. Le juge constate cette erreur à même les dispositions du contrat ou en considérant le comportement des parties ultérieur à la conclusion du contrat¹⁶⁷. Les parties pourraient s'être purement et simplement trompées sur la qualification de leur contrat, ou alors elles pourraient avoir formulé deux volontés contradictoires quant à la nature de la convention : l'une déclarée, l'autre se déduisant de ses composantes¹⁶⁸.

Ainsi, même sans avoir inclus une clause spécifique, les parties ont pu titrer leur convention ou y inclure des termes qui laissent transparaître leur croyance¹⁶⁹. Or, il est possible que leur choix, même implicite, se révèle erroné compte tenu de la nature réelle du contrat. Le tribunal s'autorise à requalifier le contrat pour des raisons particulières (2.2.1). Cependant, cette nouvelle qualification est susceptible d'avoir des conséquences sur la validité du contrat (2.2.2).

167. Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 108.

168. X. HENRY, *préc.*, note 5, p. 17.

169. Les parties peuvent nommer les parties et leurs obligations selon les modèles connus. Elles pourront, par exemple, désigner les parties comme le prêteur et l'emprunteur ou encore le bailleur et le locataire.

2.2.1 La requalification à la lumière de l'intention des parties

Dans l'éventualité où le juge constate que les parties se sont involontairement trompées, il doit alors redresser la mauvaise qualification en y substituant celle qui paraît lui convenir, en principe, compte tenu de la réelle volonté des parties¹⁷⁰. En fait, le juge ne recherche pas la volonté réelle mais plutôt la volonté apparente¹⁷¹.

La simple possibilité de requalification par le juge peut surprendre. Si les parties ont pris soin de donner un nom à leur contrat, ne conviendrait-il pas de respecter ce choix ? Si les parties ont indiqué un nom, ne serait-ce pas parce qu'elles savaient qu'un doute existerait sur la nature de leur contrat et qu'elles voulaient éviter toute ambiguïté¹⁷² ? Or, la requalification n'a pas pour objet de modifier le contenu de la volonté, elle en change simplement le support afin de mieux l'adapter au but voulu¹⁷³. En fait, le juge se demande si le nom donné à un contrat correspond bien aux effets recherchés¹⁷⁴. Ainsi, au moment de qualifier ou de requalifier, le juge n'est pas lié par le titre donné à la convention par les parties, ni par le vocabulaire employé¹⁷⁵. Il s'attache à l'économie du contrat plutôt qu'à son intitulé¹⁷⁶, lequel ne constitue qu'un élément parmi d'autres à prendre en considération¹⁷⁷.

Nous avons vu, dans le cas de la fausse qualification, que le pouvoir des tribunaux de déterminer la nature d'une convention se justifie par l'impératif de la stabilité contractuelle¹⁷⁸. Certains justifient également ce pouvoir des tribunaux par le fait que la qualification est une question de droit, donc laissée à l'appréciation du juge. En effet, comme l'a rappelé la Cour suprême du Canada, l'application d'un concept juridique aux faits est un jugement essentiellement normatif¹⁷⁹. Ainsi, une cour d'appel pourra

170. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 35, p. 68.

171. X. HENRY, préc., note 5, p. 17 ; *supra*, section 1.2.1.

172. F. TERRÉ, préc., note 6, p. 4.

173. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1953, p. 196.

174. *Gilo Système inc. c. Aupe! inc.*, J.E. 94-1643, par. 27 (C.S.) (règlement hors cour en appel).

175. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 919.

176. *Grenier c. Grenier*, (1924) 36 B.R. 172, 175 : « Il est constant que le caractère d'un acte se détermine par l'ensemble de ses clauses et par ses résultats, non par la qualification que les parties ont pu lui donner. »

177. X. HENRY, préc., note 5, p. 15.

178. *Supra*, section 2.1.1.

179. *Desagné c. Fabrique de la paroisse de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, par. 27. Il existe toutefois certains cas où la qualification sera assimilée à une question de fait lorsqu'elle dépend uniquement de l'appréciation de la preuve, par exemple dans le cas des contrats verbaux : *Lauzon (Thurso) Ressources Forestières inc. (Produits forestiers*

sanctionner toute erreur d'un juge de première instance puisque la décision liée à la qualification ne relève pas de sa seule discrétion¹⁸⁰.

La possibilité d'une nouvelle qualification peut aussi se justifier par des impératifs pratiques. Qualifier une vente de location peut conduire à des difficultés insolubles dans le cas de la détermination du régime juridique. En forçant la note, les juges obligent les parties à préciser leurs intentions et à prendre en considération les conséquences sur le régime juridique¹⁸¹. Ce dernier ne saurait être ignoré puisque son application est le but de la qualification. Le pouvoir de faire suivre le régime juridique est trop important pour le laisser à la discrétion des parties. Cela se justifie aisément pour les règles impératives, mais qu'en est-il des dispositions supplétives ? Si les parties intitulent leur convention comme étant une vente alors que le tribunal conclut qu'il s'agit plutôt d'un bail, celui-ci ne devrait-il pas tenir compte de cette volonté, même implicite, et tenter d'appliquer les règles supplétives de la vente, le cas échéant ? Peu d'auteurs se sont intéressés à cette question. Toutefois, certains admettent qu'il est possible d'imposer une nouvelle qualification même dans le cas des dispositions supplétives¹⁸². Il faudrait empêcher les parties d'échapper trop aisément aux règles spécialement adaptées à une situation économique correspondant à celle qu'elles voulaient mettre en place¹⁸³. Le tribunal exigerait alors une volonté expresse des parties quant au régime supplétif applicable au contrat. Agir autrement entraînerait une trop grande incertitude juridique.

Par ailleurs, le pouvoir judiciaire de qualifier peut malheureusement aboutir à une insécurité dans certains domaines. Ayant le pouvoir de requalifier le contrat, le tribunal pourrait être tenté de rejoindre les modèles d'application plus courante ou plus générale, bien qu'en principe il doive être guidé par la volonté des parties. D'abord, le pouvoir de qualification renforcera la tendance des tribunaux à préférer le contrat nommé à l'innommé, même si la réalité suggérerait cette dernière solution. Nous pourrions ainsi expliquer cette tendance jurisprudentielle à voir automatiquement dans le

Turpin) c. *Electro mécanique Waters inc.*, 2007 QCCA 619, EYB 2007-119208. La qualification demeure toutefois généralement une question de droit, ce qui explique qu'elle n'a pas à être précisément plaidée par écrit : *Silo Supérieur (1993) inc. c. Ferme Kaech & Fils inc.*, J.E. 2004-1358, par. 23 (C.A.).

180. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 35, p. 69. D'ailleurs, le fait que la qualification n'est pas un pouvoir discrétionnaire renforce la nécessité d'encourager l'usage d'un processus de qualification clair.

181. X. HENRY, préc., note 5, p. 18.

182. *Id.* ; D. GRILLET-PONTON, préc., note 17, n° 297, p. 340.

183. X. HENRY, préc., note 5, p. 18-19.

contrat de coentreprise (*joint venture*) un contrat de société¹⁸⁴. Ensuite, les tribunaux pourraient aussi opter pour la solution de facilité lorsqu'ils sont aux prises avec une qualification mettant en jeu deux contrats nommés qui ont une finalité voisine¹⁸⁵. Dans plusieurs cas, il existera un contrat nommé de référence autour duquel gravitent d'autres contrats nommés plus spécifiques. En droit québécois, le contrat d'entreprise et de service s'annonce comme le contrat nommé le plus général auquel se frottent d'autres entités contractuelles. Il serait donc fort possible que cela crée un effet d'attraction faisant en sorte que les tribunaux concluent plus facilement à l'existence du contrat de service. Nonobstant ces dangers, le pouvoir de requalification est communément reconnu en jurisprudence québécoise, bien que la loi n'en souffle pas mot¹⁸⁶.

2.2.2 Les effets de la requalification

Il relève du tribunal de déterminer la nature du contrat, même si celle-ci va à l'encontre de la qualification d'abord envisagée par les parties. Or, cette nouvelle qualification du contrat par le tribunal est susceptible de causer une distorsion entre les effets reconnus du contrat et ceux qui ont été voulus par les parties¹⁸⁷. Il y a donc lieu de s'interroger sur les effets de cette distorsion. Les parties ont-elles voulu de façon absolue que l'opération envisagée soit qualifiée de la façon prévue? Cette volonté doit-elle avoir préséance quant à la validité du contrat ou est-ce simplement un élément qui doit être pris en considération dans le contexte de la sélection des conséquences juridiques?

Il importe d'abord de préciser que certaines requalifications auront un effet fatal sur la convention, laquelle devra être annulée. Il en est ainsi lorsque la nouvelle qualification expose un objet ou une cause illégale. Par exemple, le prêt requalifié de contrat de jeu ou de pari illégal est annulé¹⁸⁸. La désignation du bénéficiaire d'un contrat de rente non protégé par la loi

184. Voir Caroline PERRON et Hoang H. MAI, «Quelques réflexions sur la notion et l'application du joint venture au Québec», dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2 «Les contrats relatifs à l'entreprise», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 343.

185. F. RUEL, préc., note 36, p. 74.

186. Ce n'est pas le cas en droit français où le Code de procédure civile, à son article 12, prévoit le pouvoir du tribunal de redresser les erreurs de qualification. L'alinéa 4 du même article énonce toutefois que le juge est lié par une qualification soumise par les parties lorsque celles-ci soumettent une question.

187. T. JANVILLE, préc., note 150, p. 404.

188. *Venne v. Christin*, (1899) 16 C.S. 164; *Couture v. Blouin*, [1946] C.S. 152.

requalifiée comme étant une donation à cause de mort entraîne également son annulation¹⁸⁹.

Cependant, ce ne sont pas là les cas les plus délicats. En effet, les juges se voient imposer de rechercher la qualification permettant à l'accord de volonté de produire des effets, même si l'obligation fondamentale trouvée n'est pas cohérente avec la qualification retenue par les parties¹⁹⁰. Si la nouvelle qualification est éloignée de la première intention des parties, quelles sont les conséquences ? Nous pourrions peut-être présumer que les parties ont implicitement prévu une qualification secondaire et qu'il n'y a aucune conséquence. Cette solution serait bien illusoire, compte tenu qu'au stade de la qualification la volonté non exprimée des parties est en principe peu ou pas considérée¹⁹¹.

Il semble toutefois que la loi prévoit une façon de prendre en considération la volonté subjective des parties dans le cas des conséquences de la nouvelle qualification. Le *Code civil du Québec*, à son article 1400, autorise en effet l'annulation du contrat lorsqu'une partie commet une erreur sur la nature du contrat. Ce faisant, la loi permet de prendre en considération la cause subjective du contrat pour chacune des parties. Pour quelle raison une partie s'est-elle engagée ? Parce qu'elle pensait vendre et non louer.

Par le concept d'erreur, le législateur cherche à protéger les parties contre l'absence de concordance entre leur perception et la réalité¹⁹², ce qui semble *a priori* le cas lorsque le tribunal annonce aux parties que leur contrat est d'une nature différente de celle qui était attendue. Des auteurs ont toutefois émis l'opinion qu'il ne faut pas confondre l'erreur sur la nature du contrat avec la mauvaise qualification du contrat par les parties¹⁹³. Ainsi, Didier Lluelles et Benoît Moore sont d'avis que l'erreur sur la nature du contrat ne s'applique que lorsque les parties croyaient chacune à une nature distincte. Une partie pense au prêt, alors que l'autre pense au dépôt. Cela exclurait la possibilité que les deux parties croient ensemble à une qualification erronée¹⁹⁴. Ce type d'erreur existerait principalement dans le cas où le contrat ne s'est pas véritablement formé, chaque partie pensant conclure

189. *Bergeron c. Beauchesne*, [1988] R.J.Q. 2239 (C.S.) (règlement hors cour en appel).

190. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 103.

191. *Id.*, p. 104 ; F. TERRÉ, préc., note 6, p. 213 ; D. GRILLET-PONTON, préc., note 17, n° 275, p. 317.

192. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 242.

193. *Id.*, p. 243, à la note 28, et p. 920.

194. *Id.*, p. 243, à la note 28 (l'italique est de nous) : « du moment que *les deux parties s'entendaient sur le type de régime contractuel* auquel elles acceptaient de se soumettre, on ne peut parler d'erreur sur la nature de la convention. Tout simplement, le juge qualifiera ou requalifiera, selon le cas, l'opération juridique. »

une entente différente¹⁹⁵. Il est vrai que la jurisprudence québécoise ayant appliqué la notion d'erreur sur la nature du contrat semble jusqu'à maintenant avoir été rendue dans ces circonstances¹⁹⁶.

Peut-être ne faudrait-il pas fermer totalement la porte à la possibilité qu'une mauvaise qualification commune puisse être à l'origine d'une erreur sur la nature du contrat. Le texte de l'article 1400 C.c.Q. ne limite pas nécessairement cette erreur au cas envisagé précédemment : « L'erreur vicie le consentement *des parties ou de l'une d'elles* » (l'italique est de nous). Il est donc possible d'en conclure que les parties pourraient avoir été victimes d'une erreur commune. De plus, rien dans le texte de cet article ne limite l'erreur sur la nature au cas où le contrat n'a pas pu véritablement se former parce qu'il n'y a pas eu accord véritable sur la nature.

Par ailleurs, le fait que l'erreur de droit est une erreur admissible¹⁹⁷ renforce la possibilité que l'erreur de qualification puisse être invoquée. En effet, n'y a-t-il pas erreur sur les conséquences juridiques de la convention lorsque les parties évaluent mal la nature de leur contrat ? N'y a-t-il pas là erreur sur « *l'existence, la nature ou l'étendue des droits* qui ont fait l'objet du contrat¹⁹⁸ » ? En ce sens, nous pourrions rapprocher cette situation de l'erreur sur un élément essentiel du contrat¹⁹⁹. Une partie pourrait se tromper sur la nature juridique de son contrat ou sur les conséquences juridiques de celle-ci, élément essentiel de son consentement.

Toutefois, même si nous tenions pour acquis qu'il existe une possibilité d'invoquer l'erreur commune sur la nature du contrat, il ne saurait être question d'admettre comme telle n'importe quelle qualification erronée par les parties. En effet, conformément aux termes de l'article 1400 C.c.Q., la partie désirant obtenir l'annulation du contrat devrait également convaincre

195. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 279 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 11, p. 153 et 154.

196. Voir par exemple : *Agricultural Chemicals Ltd. c. Boisjoli*, [1972] R.C.S. 278 ; *W.T. Rawleigh Co. v. Dumoulin*, [1926] R.C.S. 551 ; *Services financiers Avco Canada Ltée c. Adam*, [1981] C.P. 118 ; *Matériaux Décoren inc. c. Bannwarth*, B.E. 2001BE-509 (C.Q.).

197. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 290 et 291 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 260 et suiv.

198. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations*, vol. 1 « L'acte juridique », 11^e éd., Paris, Armand Colin, 2004, n° 200, cité dans D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 12, p. 260.

199. Par analogie, voir la décision rendue dans l'affaire *Grenier-Depreist c. Gauvin*, J.E. 2003-2226 (C.S.), où la demanderesse a réussi à obtenir l'annulation d'une convention octroyant un droit de propriété superficielle au motif qu'elle ignorait les conséquences juridiques liées à cette institution légale. Le tribunal y voit une erreur sur un élément essentiel. Nous pourrions argumenter qu'il s'agit des conséquences d'une erreur sur la nature du contrat.

le tribunal que l'erreur commise n'est pas inexcusable et a été véritablement déterminante de son consentement²⁰⁰. La partie visée devrait alors établir que, si elle avait connu la vérité, elle se serait privée de la convention envisagée. Il s'agit là d'une mission qui se révélera souvent difficile, surtout si nous considérons que tout doute sur l'existence de l'erreur jouera en faveur de la validité du contrat²⁰¹. Il est aisé de concevoir que, dans la majorité des cas, les parties ne se priveraient pas d'un contrat (dans l'ensemble avantageux) au motif qu'il y aurait une qualification différente de celle qui a d'abord été envisagée. Prenons l'exemple du contrat d'approvisionnement qualifié de contrat innommé. Contrairement à la situation qui existe en matière de contrat de service (art. 2125 C.c.Q.), un préavis de résiliation du client est nécessaire. Si ce dernier avait connu la réalité juridique, se serait-il empêché de contracter ? Il aura fort à faire pour en convaincre un juge, mais nul ne saurait exclure totalement cette possibilité.

Si nous concluons que l'erreur n'est pas déterminante, la requalification serait alors compatible avec la cause subjective du contrat pour les parties²⁰². En effet, ce qui a amené la partie à contracter n'est pas trahi par la nouvelle qualification puisqu'elle aurait contracté de la même façon si elle avait connu l'erreur. La seule conséquence de la nouvelle qualification sera d'entraîner l'application de règles d'abord écartées volontairement ou non²⁰³. Ainsi, chez certains auteurs, la nullité ne serait prononcée que s'il existe une « discordance irréductible²⁰⁴ » entre les qualifications possibles et la cause. Cette réalité semble rejointe par l'aspect déterminant de l'erreur qui est directement lié à la cause subjective.

Conclusion

Au cours du présent texte, nous avons voulu démontrer l'intérêt d'un processus de qualification contractuelle défini et indépendant. Ce domaine a longtemps été ignoré au profit des réflexes des juristes. Pourtant, la qualification du contrat, comme l'un des contrats nommés dans le Code civil ou comme un contrat innommé, entraîne des conséquences importantes pour les parties, allant de la détermination du contenu implicite du contrat jusqu'à son annulation en cas de dérogation à certaines règles impératives. En conséquence, il est compréhensible que les parties s'attendent à plus

200. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 291.

201. *SB McLaughlin Associates (Quebec) Ltd. c. Mildred Investments Ltd.*, [1983] R.D.J. 681 (C.A.).

202. Tel est le critère pouvant justifier la nullité à la suite d'une nouvelle qualification : F. RUEL, préc., note 36, p. 140.

203. *Id.*

204. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 8, p. 103.

d'objectivité du système juridique. À tout le moins faudrait-il rechercher un « maximum » de prévisibilité puisque, comme nous l'avons vu, tout procédé de qualification ne saurait exclure totalement la subjectivité de l'interprète.

Il ne faut pas sous-estimer les difficultés liées à la qualification contractuelle. Bien que la qualification du contrat soit d'abord issue d'un syllogisme simple, l'application à des cas concrets peut se révéler délicate. Ainsi, les acteurs du monde juridique ne s'entendent pas toujours sur la nature du contrat de courtage immobilier (s'agit-il d'un contrat de service ou de mandat ?), du contrat d'approvisionnement (est-ce un contrat de service ou un contrat innommé ?), du contrat de coentreprise (*joint venture*) (est-il question d'un contrat de société ou d'un contrat innommé ?), et ainsi de suite. Dans ce dédale de possibilités, un processus de qualification balisé permettra de parvenir à des résultats cohérents. À cet égard, nous ne saurions trop insister sur le fait que le procédé de qualification, s'il est suivi, n'a pas à mener à un seul résultat possible, chaque contrat étant un cas d'espèce et les critères applicables pouvant être appréciés différemment suivant chaque interprète. Ce que nous proposons est une méthode en vue d'« objectiviser » la qualification contractuelle, et ce, à l'instar des principes d'interprétation, sans qu'il existe un seul résultat vrai, qui apparaîtrait comme latent ou décidé à l'avance.

Cette méthode apparaît d'autant plus souhaitable que la qualification échappe en grande partie au contrôle des cocontractants. En effet, bien que les parties soient libres d'inclure à leur contrat les obligations qu'elles jugent appropriées, la détermination de la nature juridique de la convention leur échappe, celle-ci étant une question de droit. La stabilité contractuelle exige que la nature juridique des contrats soit examinée à la lumière des dispositions légales applicables. Tout au plus le pouvoir des parties sur la qualification devrait-il se limiter au choix des dispositions supplétives de volonté dans le cas où une qualification expresse serait incluse dans le contrat. Pour le reste, il revient au tribunal d'imposer aux parties la nature de leur convention qui ressort de l'expression de leur volonté. Dans ce contexte, il semble justifié que le processus soit encadré.

Il ne faudrait toutefois pas penser que cette marche à suivre enferme les décideurs dans un carcan. Même en adoptant un procédé de qualification, le tribunal dispose de divers outils lui permettant d'avoir un impact sur le résultat de la qualification si cela apparaît souhaitable. Ainsi, le juge pourra agir en équité en amont du processus de qualification et inclure dans le contrat les obligations qui s'imposent (art. 1434 C.c.Q.), lesquelles seront ensuite considérées aux fins de qualification. Le tribunal a aussi la possibilité d'interpréter les conditions d'existence de chaque modèle connu. Par exemple, quels sont les éléments essentiels du contrat de louage

ou de la franchise ? Dans l'analyse des concepts juridiques à l'intérieur des modèles contractuels, le juge dispose là encore d'une marge de manœuvre intéressante. Rappelons également que la hiérarchisation des obligations est centrale relativement à la qualification contractuelle. À cet égard, le tribunal conserve tout son pouvoir d'appréciation et l'importance qu'il accordera à une obligation ou à une autre relève de son analyse.

Les règles de base liées à l'analyse des obligations étant établies, il faudra toutefois que la qualification puisse s'accomplir. En effet, lorsque l'analyse des obligations contenues dans un contrat sera terminée, il conviendra de les rattacher à divers modèles pour entraîner l'application d'un régime juridique particulier. Il faudra alors choisir entre les diverses qualifications nommées et innommées. Or, cette ultime étape n'est pas sans embûches. Bien que plusieurs contrats courants soient aisément qualifiables, d'autres naviguent dans les zones grises entre les contrats nommés, mixtes et innommés. Quelle est la frontière entre le simple contrat nommé et le contrat mixte par lequel divers régimes connus sont superposés ? À quel moment les obligations à l'intérieur d'un contrat deviennent-elles tellement complexes qu'elles s'éloignent des modèles connus pour entraîner la qualification innommée ? Ces difficultés et le résultat de la qualification rejoignent un objectif pratique que nous aborderons dans un futur article.