

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

115-11-CA

KELTY DRUET

APPELLANT

- and -

MARC GIROUARD

RESPONDENT

Druet v. Girouard, 2012 NBCA 40

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
August 9, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
2011 NBQB 204

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2011] N.B.J. No. 354
[2011] N.B.J. No. 385

Appeal heard:
November 15, 2011

Judgment rendered:
April 26, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull

KELTY DRUET

APPELANTE

- et -

MARC GIROUARD

INTIMÉ

Druet c. Girouard, 2012 NBCA 40

CORAM :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 9 août 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 204

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2011] A.N.-B. n° 354
[2011] A.N.-B. n° 385

Appel entendu :
Le 15 novembre 2011

Jugement rendu :
Le 26 avril 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Souscrit aux motifs :
L'honorable juge Turnbull

Counsel at hearing:

Kelty Druet appeared in person

For the respondent:
Christian Girouard

THE COURT

The appeal is allowed and the motion judge's order is set aside. The amended motion for summary judgment is dismissed. The appellant is entitled to costs of \$3,500 on the motion in the Court of Queen's Bench. With respect to the application for leave to appeal and the appeal, the appellant is entitled to disbursements only, fixed at \$1,500.

Avocats à l'audience :

Kelty Druet a comparu en personne

Pour l'intimé :
Christian Girouard

LA COUR

L'appel est accueilli et l'ordonnance du juge qui a entendu la motion est annulée. La motion modifiée en vue d'obtenir un jugement sommaire est rejetée. L'appelante a droit à des dépens de 3 500 \$ relativement à la motion devant la Cour du Banc de la Reine. En ce qui concerne la demande en autorisation d'appel et l'appel, l'appelante n'a droit qu'aux débours, dont le montant est fixé à 1 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON and RICHARD JJ.A.

I. Introduction

[1] Section 1(d) of the *Statute of Frauds*, R.S.N.B. 1973, c. S-14, provides that no contract for the sale of land is enforceable unless the agreement is in writing and signed by the party to be charged (typically the defendant). Correlatively, s. 7 of the *Electronic Transactions Act*, S.N.B. 2001, c. E-5.5, provides that if New Brunswick law imposes a requirement that information be in writing, the requirement can be satisfied if the *Act's* definition of “electronic information” is met. Similarly, s. 10 states that a legal requirement to provide a signature may be met if the definition of “electronic signature” is satisfied. This appeal was precipitated by a series of seven emails and a motion judge’s ruling that the electronic exchanges, authored by two non-commercial parties, resulted in a binding contract for the purchase and sale of a residential condominium unit. The motion judge concluded the emails contained the essential terms of the agreement. He also ruled that the purchaser’s offer to have a formal agreement prepared for the vendor’s review did not impact on the enforceability of their agreement. With leave of this Court, the vendor and owner of the condominium unit, Kelty Druet, appeals the motion judge’s ruling, which is now reported as 2011 NBQB 204, 379 N.B.R. (2d) 1.

[2] Undoubtedly, the non-lawyer will view the decision as authority for the proposition you can sell your home by email, even though the parties had not signed a formal agreement of purchase and sale. Many a consumer and real estate agent still mistakenly believe there can be no binding agreement without that formal contract. Hence, the proposition is daunting for those addicted to modern modes of instantaneous communication, but whose responses are not always informed by slowness of thought. From a lawyer’s perspective, the precedential significance of this case is potentially broad. The interplay between contracts, emails, writing requirements and electronic signatures extends beyond the realm of curiosity when the *Statute of Frauds* is placed

alongside the *Electronic Transactions Act*. The fact the latter *Act* was recently repealed and replaced with the *Electronic Transactions Act*, R.S.N.B. 2011, c. 145, is of no moment, as there has been no change to the provisions relevant to this appeal other than numbering.

[3] As a matter of general principle, we accept that an exchange of emails can satisfy the writing requirement under the *Electronic Transactions Act* and, correlatively, the *Statute of Frauds*. Of course, to reach this conclusion, one must apply the principle of “joinder”. We also accept that the parties reached an agreement with respect to the essential terms (the 3 P’s, namely, price, parties and property) and two other matters: the assumption of the existing mortgage and payment of closing fees. This leads us to ask whether Ms. Druet’s method of identifying herself on one or more of the emails meets the definition of “electronic signature” set out in the *Electronic Transactions Act*. The issue is one of first impression for this Court and there is a dearth of Canadian or English jurisprudence on point. To complicate matters, the issue was not dealt with in the court below and only superficially in this Court. Hence, we restrict our analysis to offering a general outline of the issue and the identification of basic questions for future consideration (see paras. 24-30). For the moment, it is sufficient to understand that, even if the signing requirement were satisfied, the alleged agreement remains unenforceable through the application of established contractual principles. The reference in one of the emails to the drafting of an agreement of purchase and sale for the review of the vendor triggers a fundamental question: Was there an intention to create legal relations? Of course, intention is to be measured objectively, having regard to the totality of the evidence.

[4] This is not a commercial transaction where the law imposes a rebuttable presumption of an intention to establish a binding relationship. This is a consumer transaction involving the sale of residential property and negotiations conducted in cyberspace without the intervention or assistance of professionals. In these circumstances, we believe the law is better served by a rebuttable presumption against the intention to establish legal relations. That presumption accords with what we perceive to

be the populist view that generally an exchange of emails is to be regarded as a preliminary negotiation that may lead to the signing of a formal contract. The notion that a person can sift through a series of emails, identify the 3 P's, find a signature which satisfies the *Electronic Transactions Act* and, correlatively, the *Statute of Frauds*, and then have the court fill in any necessary contractual terms is simply out of step with the reasonable expectations of today's typical consumer. There are still instances where formalities count. The purchase of a home is one of them. However, we wish to reinforce the obvious. Rarely are cases decided on the basis of presumptions alone.

[5] It is settled law that the legal effect of an agreement which is "subject to contract" is a question of construction. However, we also agree with the prevailing view that, in the context of real estate transactions, the qualification is normally interpreted to mean the preliminary agreement is not enforceable until such time as the formal agreement is signed. Aided by the presumption and the law surrounding conditional agreements, we conclude the series of emails, when viewed collectively from the vantage point of a disinterested bystander, does not reveal an intention to be contractually bound. This is an easy case because it was the respondent purchaser, Mr. Girouard, who offered to have a formal agreement prepared for Ms. Druet's consideration. This is understandable because neither he nor his wife had ever set foot in the condominium and, thus, had no idea as to its state of repair or disrepair. While these matters may not have been of concern to Mr. Girouard, they are in the eyes of the disinterested bystander who, in the absence of special circumstances, must view the issue from the perspective of the typical vendor and purchaser. The typical purchaser does not buy existing properties sight unseen and the typical vendor does not expect otherwise. Even those who buy or sell goods on Kijiji appreciate the practical significance of these observations. On the facts of this case, there was never an intention to create a binding relationship; a fact which was confirmed by Mr. Girouard's offer to have a formal contract prepared for Ms. Druet's consideration. Accordingly, she was entitled to withdraw from the negotiations three hours after she had agreed with Mr. Girouard on the sale price. This leads to the conclusion the appeal should be allowed.

II. Background

[6] The accepted facts are as follows. The respondent, Marc Girouard, was interested in purchasing a condominium unit in the same building in which Ms. Druet owned and rented a unit (#203). The unit is located in Moncton, where Mr. Girouard resides. Ms. Druet lives in Halifax. Mr. Girouard saw that a condo unit in the building was being advertised for rent on Kijiji, and, on October 22, 2010, he tracked down the owner, Ms. Druet, to discuss the possibility of purchasing it for \$150,000. It was agreed they would continue negotiations by email. The first of the relevant emails was sent by Ms. Druet to Mr. Girouard on October 24, 2010, at 11:56 a.m. It reads as follows:

From: Kelty Druet [email address omitted]
Sent: October 24, 2010 11:56:21 AM
To: Marc Girouard [email address omitted]

Hi Marc,

After giving the idea of selling my condo some more thought I have come to a decision. I would sell it to you for \$160,000 conditional that you take over the current mortgage and pay the legal fees associated with the purchase. (I estimate about \$800)

The condo next door to me sold for 142K at the first of the year however it is a bachelor (smaller unit).

Please let me know your decision.

Kind regards,

Kelty Druet

[7] A few moments later, Mr. Girouard responded to Ms. Druet's email:

From: Marc Girouard [email address omitted]
Sent: October 24, 2010 12:16:59 PM
To: Kelty Druet [email address omitted]

Thank you Kelty, I will meet you half way @ 155000.00 and pay legal fees and assume existing mortgage.

- [8] Ms. Druet did not immediately respond to this email. On October 25, 2010, Mr. Girouard emailed Ms. Druet again, this time at 1:12 p.m., asking whether it would be possible for Mrs. Girouard to visit the unit in question, while providing Ms. Druet with Mrs. Girouard's phone number. The email reads as follows:

From: Marc Girouard [email address omitted]
Sent: October 25, 2010 1:12:48 PM
To: Kelty Druet [email address omitted]

Hi Kelty, would it be possible for my wife to visit the condo at your tenants discretion. She is flexible for day and time. You can let me know or have [tenant] contact her when it would be convenient for him. Her cell is [....]

- [9] At 2:59 p.m., Ms. Druet responded by email stating that she would ask the tenant to phone Mrs. Girouard. However, two minutes earlier, Ms. Druet had sent an email to Mr. Girouard worded as follows:

From: Kelty Druet [email address omitted]
Sent: October 25, 2010 2:57:01 PM
To: Marc Girouard [email address omitted]

Hi Marc,

Sorry for the late reply – I've been thinking about it. I will accept your offer. How would you like this to go?

Thanks,

Kelty

[10] It is important to note the parties appear to have agreed on an amount, but no information whatsoever has been exchanged about the outstanding mortgage Mr. Girouard was to assume, nor had Mr. Girouard or his wife viewed the unit in question. It is also noteworthy that, after they agreed on the amount, arrangements were still being made for Mrs. Girouard to view the unit. This is seen from the email which Ms. Druet sent to Mr. Girouard two minutes after the email reproduced above:

From: Kelty Druet [email address omitted]
Sent: October 25, 2010 2:59:03 PM
To: Marc Girouard [email address omitted]

Yes I will contact [the tenant] and ask him to give her a call.

Kelty
think globally act locally

[11] Within a half hour of the above emails, Mr. Girouard replied to Ms. Druet and introduced the understanding that a draft agreement of purchase and sale would be prepared and suggested a possible closing date for the transaction. The email reads as follows:

From: Marc Girouard [email address omitted]
Sent October 25, 2010 3:33:11 PM
To: Kelty Druet [email address omitted]

Great, are you in moncton any time soon? I can have a sales and purchase agreement drafted for your review. Is a 15 nov. closing acceptable so not interfere with your tenants, that I am told are vacating on that date. Is the mortgage holder a moncton or halifax bank?

[12] Approximately three hours later, Ms. Druet sent another email to Mr. Girouard in which she indicates that, after speaking with her partner who had just

returned from Peru, she was not prepared to sell because of the price. The email reads as follows:

From: Kelty Druet [email address omitted]
Sent: October 25, 2010 6:37:54 PM
To: Marc Girouard [email address omitted]

Hi Marc,

My partner has been in Peru the last few days and I just got to speak with him tonight about the condo. He was not agreeing with the price so I am sorry but I cannot sell to you.

If your wife would still like to see the condo I have asked [the tenant] to call her.

Kelty's iPhone

[13] Parenthetically, Ms. Druet does not deny she is the sole owner of the unit in question. The next day, Mr. Girouard wrote to Ms. Druet informing her that he considered her to be contractually bound to sell him the condo unit. Eventually, he commenced an action against Ms. Druet, seeking specific performance or damages for breach of contract.

III. Motion Decision

[14] Following the examination for discovery, Mr. Girouard brought a motion, under Rule 23.01(1)(a) of the *Rules of Court*, for the determination as to whether the exchange of emails resulted in a binding agreement of purchase and sale. The main question was broken down into three parts: (1) was there an agreement on all of the essential terms; (2) are email exchanges considered a written document for the purpose of s. 1(d) of the *Statute of Frauds*; and (3) is an email signature considered a signature for the purpose of that section?

[15] The motion judge's analysis starts by asking whether the emails qualified as a binding agreement of purchase and sale, irrespective of whether they satisfied the writing and signing requirements set out in the *Statute of Frauds*. In addition to the legal requirement that there be an offer and an acceptance, the motion judge acknowledged there must be an agreement on three essential terms: the parties, the price and a sufficient description of the property. He also acknowledged that if other terms have been agreed upon, so too must they be capable of identification. The motion judge then concluded the parties had entered into a binding agreement. The parties were identified and the emails make reference to the condo unit in question and a purchase price of \$155,000. The emails also make reference to two other terms: assumption of the existing mortgage on the property and payment of the vendor's legal fees.

[16] The motion judge went on to consider whether the emails constituted a written memorandum or note, signed by the party to be charged, as required under s. 1(d) of the *Statute of Frauds*. The motion judge referred to authorities such as Sopinka, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999), acknowledging the legislative and judicial trend to broadly define documents to include modern methods of communicating and storing information (see also the definition of "writing" at s. 38 of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13). This led the motion judge to conclude the emails satisfied the writing requirement under the *Statute of Frauds*. In his view, the emails were admissible for the proof of what is stated in them, having regard to the fact there was no issue as to the identity of the senders, whether the emails were actually sent, or any allegation of the emails having been altered.

[17] The motion judge turned to the argument that, as the emails contemplated the signing of a formal agreement of purchase and sale, they had to be regarded as evidence of a non-binding consensus in the same way as an "agreement to agree" is regarded in contract law. The motion judge cited two cases in support of his rejection of this argument: *Wood v. Advanced Systems Technology Inc.*, 2008 NBQB 155, 325 N.B.R. (2d) 123 and *Dominion Stores Ltd. v. United Trust Co. et al*, [1973] O.J. No. 2259 (H.C.J.) (QL). Prior to addressing this issue, however, the motion judge cited and quoted

relevant passages from Victor Di Castri, *Law of Vendor and Purchaser*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1988), including the following:

Where there is a memorandum evidencing a final and complete agreement, the mere fact that the parties have also expressly stipulated for a more formal document being prepared and executed later does not, by itself, and in the absence of any uncertainty as to the essential terms of the contract, manifest an intention to continue negotiations. As stated by the Alberta Court of Appeal, [*Wild Rose Properties Ltd v. Latour* (1985), 59 A.R. 95 at 96] [p. 4-29 of text, cited at para. 16 of judgment]

[18] The motion judge determined the reference in the email from Mr. Girouard to Ms. Druet in which the drawing of a formal agreement is raised was not an indication of an “agreement to enter into another contract” (para. 26). With respect to the failure of the parties to agree to a closing date, the motion judge ruled it was reasonable to infer a date based on real estate practice that closings occur in the middle or end of the next following month and the same understanding should apply to the case at hand.

[19] Curiously, the motion judge does not squarely address the impact of the *Electronic Transactions Act* and the application of s. 10 to the signing requirement. Instead, he simply rules that the signatures as indicated on the emails constitute a signature for purposes of the *Statute of Frauds*. However, earlier in his reasons, the motion judge refers to s. 7 of the *Electronic Transactions Act*, which provides that “[a] legal requirement that information be in writing is satisfied by electronic information that is accessible so as to be usable for subsequent reference.”

IV. Issues

[20] After the granting of Mr. Girouard’s motion, Ms. Druet entered the ranks of the self-represented and set out on her own to obtain the leave necessary to appeal an interlocutory decision. Obviously, she succeeded. Ms. Druet remains self-represented and has raised three grounds of appeal in the form of questions: (1) Did the motion judge err

in concluding Ms. Druet's emails contained an electronic signature?; (2) Did the motion judge err in concluding the parties had reached an agreement for the purchase and sale of the condo unit?; and (3) Did the motion judge err in determining whether there was adequate consideration to support a binding agreement? In our view, there is no merit to the third ground. The enforceability of an agreement to buy and sell land is not dependent on whether the purchaser pays a deposit. The deposit serves other purposes which need not be explored in these reasons. With respect to the first ground of appeal, we have elected not to answer that question because of our ruling with respect to the second. However, we are prepared to make some observations with respect to the type of arguments and analysis that would have to be pursued in regard to the signing requirement in light of the *Electronic Transactions Act*. Also, we must address a procedural issue tied to the application of Rule 23 of the *Rules of Court*.

V. The Procedural Issue – Rule 23

[21] Assuming for the moment there is merit in Ms. Druet's second ground of appeal, a procedural matter must be addressed. This matter came to the Court of Queen's Bench as a plaintiff's motion for the determination of a question of law prior to trial. On motions of this kind, evidence is generally not admitted, except as provided for by Rule 23.02 of the *Rules of Court*. This is because the scope of Rule 23.01(1)(a) is limited to the determination of questions of law and, therefore, does not contemplate factual determinations or determinations of mixed law and fact. In the present case, Mr. Girouard asked the Court to determine (1) whether there was a binding agreement between the plaintiff and the defendant; (2) whether email exchanges can be considered a written document for the purposes of the *Statute of Frauds*; and (3) whether an email signature could be considered a signature for the purpose of the *Statute of Frauds*. Admittedly, the last two questions lend themselves to a Rule 23 application, as they raise pure questions of law. On the other hand, one would think the first question is one of mixed law and fact, even though there appears to be some support for the view that where a contract is based on a written document only, it still involves a question of law.

[22] In reality, Mr. Girouard's motion sought not only a determination with respect to questions of law, but also summary judgment. The very nature of the principal question raised and of the issues to be determined by the motion judge reveals an intention to have the ultimate merits of the liability issue determined on summary judgment. Both the parties and the motion judge proceeded on that basis. The arguments both in support of and against the motion, as well as the motion judge's decision, stray much farther than simply determining questions of law. In our view, there was in fact an evidentiary foundation for the judge to rule on a motion for summary judgment. The essential facts are not in dispute. Had the motion judge and counsel reflected further, a request to have the Rule 23.01(1)(a) motion converted to a motion for summary judgment under Rule 22.01, would have been granted, as permitted by Rule 37.10(a) (see *Norris v. Lloyd's of London* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29, [1998] N.B.J. No. 351 (C.A.) (QL), at para. 21).

[23] Where the relevant facts are uncontested, and since both the motion and the appeal were argued as though dealing with a motion for summary judgment, we will exercise our power under Rule 62.21(1) and make the order that should have been made, thereby converting Mr. Girouard's motion into one for summary judgment. This enables us to rule on the question of whether or not the judge erred in ruling there was a legally-binding agreement between Ms. Druet and Mr. Girouard. This is the most just, least expensive and most expeditious determination of the proceeding. Otherwise, we would be limited to ruling that the judge's decision exceeds the ambit of what is permissible on a Rule 23.01(1)(a) motion. Hence, one of the parties would have to bring a motion for summary judgment relying on the same factual matrix.

VI. The Non Issue – The Signing Requirement & Electronic Signatures

[24] As much as the signature issue is certain to attract the intellectual curiosity of the lawyer and non-lawyer alike, this is not the case to venture into uncharted waters unsupported by lifejackets infused with cogent submissions. From a legal standpoint, we note that the *Electronic Transactions Act* was not pled, but was raised in both of the pre-

hearing briefs submitted to the motion judge. Ms. Druet's submission focused on s. 10 (today s. 11) of that *Act*, which is discussed shortly.

[25] For the record, the 2001 *Electronic Transactions Act* was repealed and replaced in 2011 by R.S.N.B. 2011, c. 145. However, ss. 7 and 10 of the former legislation are replicated in ss. 8 and 11, respectively of the present *Act*. The genealogy of the legislation leads us back to the 1996 United Nations' *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*. Moving forward, the UN model was subsequently endorsed by the Uniform Law Conference of Canada and promulgated as the *Uniform Electronic Commerce Act* in 1999. In turn, that model legislation has been adopted with variations in Atlantic Canada and beyond: see Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2nd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2009) at 340 and, in particular, note 90. So far as the New Brunswick legislation is concerned, the variations are substantial if one compares the uniform legislation with what the New Brunswick Legislature first adopted in 2001. In particular, the provisions of the uniform legislation touching on the matter of electronic signatures should be contrasted with the New Brunswick definitions. We would also draw attention to the Discussion Paper issued by the Legislative Services Branch of the Department of Justice in December of 2000, prior to the adoption of the *Electronic Transactions Act*, which occurred in June of 2001. It is rare for the Legislature to provide us with a blueprint and insight, albeit non-binding, as to the intent behind an Act and each of its provisions.

[26] The starting point of any analysis is the *Electronic Transactions Act*. As the 2001 version was employed at trial, we shall cite the sections of that version. Section 10(1) provides that: "A legal requirement for the signature of a person is satisfied by an electronic signature". By virtue of s. 1(1), "electronic" includes "digital and optical". As to the use of digital signatures, see Mark Lewis, *Digital Signatures: Meeting the Traditional Requirements Electronically – A Canadian Perspective* (2002), 2 *Asper Rev. of Int'l Bus & Trade Law* 63. Section 1(1) also defines "legal requirement" to mean "a requirement of an Act of New Brunswick, of a regulation or other subordinate legislation under an Act of New Brunswick, or of the common law". As the *Statute of Frauds* does

require a signed writing, it is trite to conclude the *Electronic Transactions Act* applies. While s. 4(2) provides that the *Act* does not apply to legislation excluded by regulation, the regulation in question does not mention the *Statute of Frauds: Exclusion Regulation – Electronic Transactions Act*, N.B. Reg. 2002-24. That being so, the *Act's* definition of “electronic signature” comes into play. The definition has two sources. The first is found in s. 1(1): “‘electronic signature’ means electronic information that a person has created or adopted in order to sign a document and that is in, attached to or associated with the document”. The second source of the definition is found in s. 10(2). It provides that, without limiting the generality of the definition found in s. 1, an electronic signature may include one of the following two scenarios. According to s. 10(2)(a), an electronic signature may be an electronic representation of the signor’s manual signature. According to s. 10(2)(b), an electronic signature may be electronic information by which the signor provides his or her name and indicates clearly the name is being provided as his or her signature to the document.

[27] Before the motion judge, counsel for Ms. Druet appears to have focused on electronic signatures in which the signor has clearly indicated his or her name is being provided as a signature (s. 10(2)(b)). In other words, counsel was arguing that had Ms. Druet concluded her emails with “signed Keltly Druet”, the signing requirement under the two statutes would have been satisfied. Admittedly, none of Ms. Druet’s emails ended with that closing. But the flaw in the argument is that s. 10(2)(b) of the *Electronic Transactions Act* does not limit the generality of the definition found in s. 1 of that *Act*. In other words, the ambit of the definition of “electronic signature” found in s. 1 is broader than that outlined in s. 10(2)(b). Pursuant to the definition section of the *Act*, s. 1(1): “‘electronic signature’ means electronic information that a person has created or adopted in order to sign a document and that is in, attached to or associated with the document”. Against this synoptic background, the following analysis provides an outline of issues upon which we express no opinion.

[28] As a matter of statutory interpretation, one must seek out the legislative purposes underscoring the *Electronic Transactions Act* and, in particular, the provisions

relating to electronic signatures. This leads one to ask whether the legislative objectives underscoring the signature requirement under the *Statute of Frauds* are relevant to the application of the *Electronic Transactions Act*. It is generally accepted that signatures serve two purposes. One is to identify the person who is signing; that is to say, to identify the source and authenticity of the document. The other purpose is to establish the signatory's approval of the document's contents. Admittedly, these purposes are well-documented in the jurisprudence and by commentators. We also know the signature requirement under the *Statute of Frauds* has long been a topic of discussion in the law. As a general proposition, the concept of signature under that legislation has been interpreted loosely: see *Durrell v. Evans* (1862), 158 E.R. 848, per Blackburn J., at 855 (C.A.) and *Goodman v. J. Eban Ltd.*, [1954] 1 Q.B. 550. Several Canadian Law Reform agencies have dealt with the signature requirement under the *Statute of Frauds*: e.g., see Joseph T. Robertson, *Discussion Paper on the Statute of Frauds, 1677* (St. John's, NL: Newfoundland Law Reform Commission, March 1991) and the reference to the Ontario Law Reform Commission, *Report on Amendment Of The Law Of Contract* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987). See also Angela Swan at 335-336 and cases collected at note 65.

[29] There is one recent English decision dealing with electronic signatures, outside the context of the statutory equivalent of the *Electronic Transactions Act*, which warrants brief consideration. It shows there are limits as to what the common law will accept as an electronic signature. In *Mehta v. J. Pereira Fernandes S.A.*, [2006] EWHC 813 (Ch.), the Court was asked whether the automatic insertion of a person's email address in the header, after the document has been transmitted by either the sending and/or receiving ISP, constituted a signature for the purpose of s. 4 of the English *Statute of Frauds* [our s. 1(d)]. Mr. Mehta's name or initials did not appear at the end of the email or indeed, anywhere else in the body of the email. The appeal judge answered "no" to the question. His analysis, found at paragraph 26 of his reasons, is of interest, as is the case law cited throughout the decision. Apparently there are American decisions that take a contrary view: see, e.g., *JSO Associates, Inc. v. Price*, 2008 N.Y. Slip Op 30862 (U). Indeed, there does not appear to be consistency in the treatment of email signatures.

[30] As an aside, one has to wonder whether legal determinations regarding satisfaction of the signature requirement are strongly influenced by the merits or so-called “equities” of a particular case. This leads us to pose another question: Will satisfaction of the signing requirement in electronic form be dependent on the circumstances of each case? For example, would it make a difference that the parties downloaded from the internet a standard form agreement of purchase and sale and used that document to circumscribe their negotiations, as opposed to an exchange of quick-fire emails? In the case of the electronic standard form agreement, would the law accept as a valid signature the person’s first or last name only? By contrast, would the law reach the same conclusion if the facts involved a series of email exchanges? The questions posed lead one to ask whether the form of the writing is as important, or more important, than the form of the signature. In turn, we cannot help but ask whether there is an overlap between the intention to authenticate a document and its contents and the intention to create legal relations. The present case poses another legal conundrum. There was an exchange of seven emails. In order to cobble together a binding contract, the plaintiff, Mr. Girouard, had to invoke the principle of “joinder”, which is explained below. Are we to assume the signing requirement applies only to the email in which Ms. Druet conveyed her willingness to accept Mr. Girouard’s offer of \$155,000, or does the requirement apply to the other emails or, alternatively, only those which set out the essential terms? These are the types of questions we leave for another day.

VII. The Writing Requirement, Essential Terms & the Principle of Joinder

[31] It is often said there are only two certainties in life: death and taxes. In the law there are many uncertainties, one of which involves the enigmatic *Statute of Frauds*. The jurisprudence spans 335 years and apparently there is no end in sight for those jurisdictions who cannot agree on the fate of the statute: see the Newfoundland Law Reform Commission’s *Discussion Paper on the Statute of Frauds, 1677*. To the legal historian and student of *Sullivan on the Construction of Statutes*, the statute is a testament to the resolve of courts to recast the meaning of words that admit of no apparent ambiguity. From the outset, courts have spent more time devising rules and doctrines to

avoid the inequitable results often flowing from the strict enforcement of the writing requirement and have done so without condemnation from those who classify themselves as originalists or textualists. Yet, there are occasions when the writing requirement serves a valid purpose, even in modern times. Much of the jurisprudence engages the subsection dealing with contracts involving land, which, if read literally, refers to all contracts. The essential parts of s. 1(d) read as follows: “No action shall be brought [...] upon any contract, or sale of lands, or of any interest therein [...] unless the agreement upon which the action is brought, or some memorandum or note thereof, is in writing and signed by the party to be charged therewith, or some other person authorized by him.” The underlined word “or” has been read as “for”, without generating controversy. See generally *Martins v. 601360 N.B. Inc.*, 2010 NBCA 16, 356 N.B.R. (2d) 68; *McKnight et al. v. Grant*, 2009 NBCA 4, 340 N.B.R. (2d) 386 at para. 16; *Town of Nackawic v. Safeway Shouldering*, 2001 NBCA 14, 234 N.B.R. (2d) 356 at para. 24, and also Swan, *Canadian Contract Law*, *supra*, at 328.

[32] This case offers challenges not typically encountered in the jurisprudence. The first relates to the writing requirement set out in s. 1(d) of the *Statute of Frauds*. Like the motion judge, we see no legal impediment to the proposition that emails so qualify. If legal authority were needed, we cite *Mehta v. J. Pereira Fernandes S.A.*, *supra*, while relying on s. 38 of the *Interpretation Act*, which provides in part: “In every enactment [...] ‘writing’ [...] includes words printed [...] or reproduced by any mode of representing or reproducing words in a visible form”. As one would expect, the legal conclusion is the same under the *Electronic Transactions Act*. Section 7 (now s. 8) provides that a legal requirement for information to be in writing is satisfied “by electronic information that is accessible so as to be usable for subsequent reference”. No one had alleged that the emails in question failed to qualify.

[33] The finding that emails may satisfy the writing requirement under the *Statute of Frauds* and the *Electronic Transactions Act* leads us to consider another aspect of the writing requirement. We are not dealing with one email but rather seven. Commentators believe that the drafters of the original *Statute of Frauds* clearly

contemplated the inclusion of all the contractual terms in a single document. However, by the beginning of the nineteenth century, courts would allow plaintiffs to rely on two or more documents to prove their case under the “joinder” principle. But it was still necessary that one document should specifically and on its face refer to the other (see *O’Donohoe v. Stammers* (1884), 11 S.C.R. 358). Oral evidence was not permitted for the purpose of connecting the two: *Boydell v. Drummond* (1809), 103 E.R. 958 (K.B.). In short, the law required an internal and express reference in one document to the other. But in the latter half of the nineteenth century, the law became even more accommodating. A sufficient reference could arise by implication: *Timmins v. Moreland Street Property Co. Ltd.* (1957), [1958] 1 Ch. 110 (C.A.). English writers summarize the law in terms of the law reports revealing a “progressive laxity of interpretation”: M.P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract*, 11th ed. (London: Butterworths, 1986) at 204.

[34] The lead Canadian case on the issue of joinder is *Doran v. McKinnon* (1916), 53 S.C.R. 609, [1916] S.C.J. No. 47 (QL). In that case, it was held: “parol evidence may be given to connect two documents together which do not expressly refer to each other, but which connection and reference is a matter of fair and reasonable inference” (at 611). The inference drawing power of judges is significant. The Alberta Court of Appeal applied this principle in *Harvie et al. v. Gibbons*, [1980] A.J. No. 951 (C.A.) (QL). In that case, the Court allowed oral evidence to connect documents where an incomplete reference on a cheque was supplemented by a map drawn by the purchaser and an unsigned note of a conversation with the vendor’s executrix. Other courts appear to take a less flexible approach when it comes to the joinder issue: e.g., *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Titus et al.*, [1980] O.J. No. 3546 (H.C.J.) (QL) and see cases collected in S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 6th ed. (Toronto: Canada Law Book, 2010) at 168, note 60.

[35] We must decide whether the emails may be properly joined and, therefore, fall within the *Statute’s* writing requirement. The record on motion contains seven emails that reflect what occurred over a two day period. The first is Ms. Druet’s offer to sell her

condo for \$160,000, provided Mr. Girouard is willing to “take over” the existing mortgage and pay the legal fees for the transfer, estimated at \$800. The second email is a counteroffer from Mr. Girouard for \$155,000 and an indication of his willingness to assume the existing mortgage and pay Ms. Druet’s legal fees on the transaction. The third email is from Mr. Girouard asking whether it would be possible for his wife to visit the unit in question. The fourth email is from Ms. Druet to Mr. Girouard in which she accepts Mr. Girouard’s counteroffer for \$155,000. The fifth email relates back to Mr. Girouard’s wife visiting the property. The sixth email comes an hour later and is from Mr. Girouard to Ms. Druet and expresses his satisfaction with respect to the transaction, while stating that he was prepared to have a sales agreement drafted for her review. A closing date is mentioned and an inquiry is made to identify the mortgage holder. The seventh email comes three hours later. Ms Druet now indicates she is not prepared to sell the unit to Mr. Girouard.

[36] In our view, the emails constitute a sufficient memorandum within the meaning of s. 1(d) of the *Statute of Frauds*. While the emails do not make specific reference to one another, the reference arises as a “matter of fair and reasonable inference”. Parol evidence is not needed, except perhaps with respect to one of the three essential terms. None of the emails identifies the condominium unit which is the subject matter of the sale (unit #203). They simply refer to a condo. However, we agree with the motion judge that the reference to the tenant and the fact the unit was owned by Ms. Druet is sufficient for purposes of the *Statute of Frauds*.

[37] We also agree that, when read collectively, the emails outline the essential terms of the underlying consensus, the 3 P’s, so to speak, and other terms unique to the transaction, namely, the terms respecting the assumption of the existing mortgage and the undertaking to pay up to \$800 towards the vendor’s legal fees. Finally, as the motion judge quite rightly concluded, the law is willing to fill in any gap in the contract which can arise by reasonable implication. The most cited and non-controversial example is with respect to implying a reasonable date for the closing. We pause here, however, to note that the apparent willingness of the law to fill contractual gaps so as to find the

necessary certainty or definitiveness must have some limits. One marvels at how the typical contract for the purchase and sale of residential property can reach two or more pages of single-spaced type, and yet the common law requires only the 3 P's on a napkin. On this point, see the incisive comments of Angela Swan at 335-336.

VIII. Intention to Create Legal Relations

[38] Assuming without deciding the signing requirement has been satisfied and accepting that the writing requirement and the essential terms had been agreed to, we must return to the question originally posed. Was there an intention to create legal relations? Admittedly, the question is not one which typically arises in contract cases. When it does, the pathway to the answer is aided by presumptions. As well, the objective theory of contract formation tells us that intention is to be determined objectively and, hence, without reference to what each party may have actually intended. Thus, the question focuses on what a reasonable bystander would have concluded having regard to the totality of the circumstances.

A. *The Presumptions*

[39] Prior to 1980, text writers addressed the intent issue by differentiating between two general classes of contract: domestic and commercial agreements. With respect to the first class, there was no presumption of an intention to create legal relations. With respect to commercial arrangements, the requisite intention was presumed. That is the approach this Court adopted in *Dugas v. Dugas Estate* (1978), 23 N.B.R. (2d) 199, [1978] N.B.J. No. 217 (C.A.) (QL), with Hughes C.J.N.B. quoting from *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9th ed.) at 103:

The cases in which a contract is denied on the ground that there is no intention to involve legal liability may be divided into two classes. On the one hand there are social, family or other domestic agreements, where the presence or absence of an intention to create legal relations depends upon the inference to be drawn by the court from the

language used by the parties and the circumstances in which they use it. On the other hand there are commercial agreements where this intention is presumed and must be rebutted by the party seeking to deny it. In either case, of course, intention is to be objectively ascertained. [para. 11]

[40] In recent years, Canadian text writers have expanded upon the intent issue by isolating several contractual scenarios in which an intent to enter into legal relations has caused difficulty in the law. For example, Professor Waddams writes of: (1) comfort letters; (2) social engagements and jests; (3) family agreements; (4) government contracts; (5) business promotions and lotteries; and (6) non-justiciable agreements (Waddams, *The Law of Contracts*, *supra*, at 110 *et seq*). Professor McCamus, in his text *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law, 2005), provides a similar approach to the question of contractual intent. There is also authority for the proposition that the law will examine the issue of intention to create legal relations having regard to the distinction between formal and informal agreements. The proposition is explained in *Massey Ferguson Ltd. v. Canada*, [1976] F.C.J. No. 196 (C.A.) (QL):

Speaking generally, an agreement whether formally documented or evidenced in some other fashion, is not enforceable unless the parties evince an intention to create legal relations. Where there is a formal contract, it would be unusual to find that there was no intention to create such legal relation but where, as in this case, there is no formal contract, regard must be had to all of the evidence to ascertain whether or not the parties intended such relations to be created and whether or not they were successful in doing so. [para. 12]

[41] This is not a commercial transaction where the law recognizes a rebuttable presumption of an intention to establish a binding relationship. But this leads us to ask whether the law would be better served by recognizing a rebuttable presumption against such an intention in circumstances where there is an exchange of rapid-fire emails between two consumers acting on their own. In our view, a positive response is warranted. Such a presumption accords with what we perceive to be the populist view that, generally, an exchange of emails qualifies as preliminary negotiations that may lead

to the signing of a formal and binding contract. We recognize there are two ways of approaching the issue. One is to look at the issue from a classical perspective. The emails represent a series of letters that are delivered by a highly efficient postal system. This enables the court to sift through a series of emails, identify the 3 P's, find something which satisfies the signature requirement of the *Electronic Transactions Act* and then have the court fill in any necessary contractual terms. The other approach is to view the emails as the equivalent of recorded telephone conversations which reveal the extent to which the parties have engaged in informal discussions that could lead to a formal and binding contract. In our view, the latter perspective is more in line with the reasonable expectations of today's consumer. And to go back to what was said earlier, one marvels at how the typical contract for the purchase and sale of residential property can reach two or more pages of single-spaced type and yet the common law requires only the 3 P's on a napkin and the courts still remain confident they can fill any perceived gap. If the air-of-reality approach to legal adjudication makes sense, the law should recognize a presumption against the intent to create a binding contract in circumstances such as those with which we are faced.

[42] As noted at the outset, rarely are cases decided on the basis of a presumption alone. Presumptions are rebuttable. For example, this is not a transaction where the parties had downloaded a standard form agreement of purchase and sale and proceeded to fill in the blanks. Nor is this a transaction where the parties have closed their emails with "signed Marc Girouard" or "signed Kely Druet". These are the types of cases where the presumption loses its allure as a guide post. Finally, we have not lost sight of the fact that we are not dealing with a transaction between family members, a common source of s. 1(d) litigation. Many of the reported cases involve a promise to convey property in return for services to be rendered. Such transactions are marked by informality and courts will often strive to find a binding agreement and, if unable to do so, will ask whether there was reliance which would bring into play the ever elusive doctrine of part performance. This is not a transaction where there has been subsequent reliance by a party.

B. “Subject to Contract”

[43] This case is not going to be decided on the basis of a rebuttable presumption. All of the surrounding circumstances must be examined. This includes the email from Mr. Girouard to Ms. Druet indicating that he was prepared to have a draft agreement of purchase and sale prepared for her consideration. Putting the matter in Ms. Druet’s best light, the relevant email could be equated with a term which reads “subject to a formal contract being drafted for the vendor’s review”. This type of clause leads one to ask whether the preparation of the formal contract indicates an intention to defer the enforceability of an agreement until such time as the formal document is signed. The motion judge framed the issue in terms of whether the qualification resulted in an “agreement to agree”. We prefer to avoid that characterization because it could lead to the mistaken belief the common law recognizes a general duty to bargain in good faith. This case is not about good faith.

[44] Ignoring the rebuttable presumption discussed above, the insertion of the phrase “subject to contract” is sufficient to raise the issue of whether there was an immediate intention to establish a binding relationship. The alternative is to view the preparation of a formal document as a mere formality and, therefore, the initial agreement is enforceable from the outset, provided other contractual requirements are met. The lead decision of the Supreme Court of Canada is *Calvan Consolidated Oil & Gas Co. v. Manning*, [1959] S.C.R. 253, [1959] S.C.J. No. 9 (QL), relying on a well-known English case authored by Parker J.: *Von Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander*, [1912] 1 Ch. 284. Here is how our Supreme Court framed the issue:

This is not a case of acceptance qualified by such expressed conditions as "subject to the preparation and approval of a formal contract", "subject to contract" or "subject to the preparation of a formal contract, its execution by the parties and approval by their solicitors". Here we have an unqualified acceptance with a formal contract to follow. Whether the parties intend to hold themselves bound until the execution of a formal agreement is a question of construction and I have no doubt in this case. The principle

is well stated by Parker J. in *Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander* [[1912] 1 Ch. 284 at 288-9, 81 L.J. Ch. 184.], in these terms:

It appears to be well settled by the authorities that if the documents or letters relied on as constituting a contract contemplate the execution of a further contract between the parties, it is a question of construction whether the execution of the further contract is a condition or term of the bargain, or whether it is a mere expression of the desire of the parties as to the manner in which the transaction already agreed to will in fact go through. In the former case there is no enforceable contract either because the condition is unfulfilled or because the law does not recognise a contract to enter into a contract. In the latter case there is a binding contract and the reference to the more formal document may be ignored.

[pp. 260-261]

[45] In brief, the question to be addressed is whether the reference to the preparation of a formal document is to be treated as a condition which must be fulfilled before the agreement becomes enforceable or whether it is a mere expression of a desire to clothe a binding agreement with an air of formality. The answer to that question is a matter of construction. As Professor Swan explains by example in her text:

A statement in an agreement that it is “subject to contract” will often be taken to require a formal, signed agreement before either party may enforce it, even though the terms have been settled by oral or even written communications. This position is not, however, without exceptions. [at 4.139]

[46] The last sentence in the quote is important. For example, in England, conveyancing practice is such that the initial document signed by the parties is made “subject to contract” and is not considered binding. As we understand it, the title search is done before the parties exchange formal contracts and that is why the phrase “subject to contract” is generally accepted as a sign of no intent to be bound. This leads us to ask whether the reference to the preparation of a formal document in documents involving

the sale of land is more likely to be given effect than in other commercial arrangements. So too does Professor McCamus offer an incisive opinion:

This suggestion by Parker J. to the effect that the use of conditional language will be an important signal that the creation of an enforceable agreement is dependent upon or contingent upon the eventual formalization of the agreement has been widely accepted. Thus, it has generally been held that where the preliminary agreement is expressly stipulated to be “subject to contract”, a device commonly used in the context of real estate transactions, this provision is normally interpreted to mean that the formation of the agreement is postponed until such time as the formal contract is agreed to by the parties. Accordingly, at any time prior to execution of the formal agreement, either party is entitled to withdraw from the proposed transaction. The question is, however, one of construction and in circumstances where the preliminary arrangements are very extensive and detailed, the presence of conditional language of this kind may not preclude the preliminary agreement from constituting an enforceable agreement. [p. 127]

[47] We caution that the jurisprudence dealing with cases involving other conditional phrases has met with great resistance. For example, there are cases where the agreement stipulates it is “subject to solicitor’s approval”. A case on point is a decision of the late McEachern C.J.B.C. in *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, [2000] B.C.J. No. 1187 (QL). The case dealt with a settlement agreement related to a mortgage foreclosure and an exchange of faxed documents. One of the faxed documents signed by both parties stated the settlement was “subject to approval by the [mortgagee’s lawyer] of legal documents acting reasonably.” The trial judge rejected the mortgagee’s argument the settlement was binding on the ground the alleged agreement was too vague to be enforced. The Court of Appeal reversed. One of the issues addressed by that Court was whether there was an intention to create legal relations. On this issue McEachern C.J.B.C. applied the decision rendered by Parker J. in *Von Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander* to support the conclusion the “subject to” clause was a “mere expression of the desire of the parties as to the manner in which the transaction already agreed to will in fact go through” (para. 35). For purposes of deciding this appeal, it is

McEachern C.J.B.C.'s approach to the question of intention to create legal relations which is important:

One of the leading cases is *Smith v. Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597 at 607, where Blackburn J. wrote:

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

This dictum is often quoted as authority for the proposition succinctly stated by McLachlin J. (now C.J.C) in *Osorio v. Cardona* (1984), 15 D.L.R. (4th) 619 that, "The test for intention to create legal relations is objective." It is stated in S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 4th ed. (Toronto:Canada Law Book Inc., 1999), at 106 that "it is not what the signer inwardly intends but what he appears to a reasonable promisee to do that is relevant."

There is very little authority about the basis upon which intention to contract should be found. In *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning* (1978), 83 D.L.R. (3d) 400 (Ont. C.A.), it was suggested at 405, that a person "who attaches his signature to the contract intends by doing so to acknowledge his acquiescence to its terms, and that the other party entered into the contract upon that belief." In A.G. Guest, ed., *Chitty on Contracts*, 27th ed. (London:Sweet and Maxwell, 1994), it is noted at 152 that in normal commercial transactions, where the intention to be contractually bound is at issue, the onus of proving that such an intention did not exist "is on the party who asserts that no legal effect is intended, and the onus is a heavy one": *Edwards v. Skyways Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 349. Those, however, were cases where the form of the documentation was clearly contractual. The circumstances in the instant case were far more informal.

Most authorities suggest that the Court is not confined to the four corners of the alleged agreement, but may look at all the circumstances. In *Osorio v. Cardona* (supra) McLachlin J. considered evidence of past agreements

involving other parties, the circumstances in which the alleged agreement was made, and future actions and representations by both parties. The investigation is to determine whether a reasonable observer would think that [the mortgagee] in signing the faxed document in these circumstances, intended to be contractually bound when he signed and delivered the faxed documents. [paras. 18-21] [Emphasis added.]

[48] McEachern C.J.B.C. concluded the “subject to” clause could not be read to give the lawyer the right to approve or disapprove of an agreement already reached. The clause was a “mere expression of the desire of the parties to the manner in which the transaction already agreed to will in fact go through.” Chief Justice McEachern goes on to observe: “A consideration of the authorities indicates that the courts of this province have been more likely than courts in other provinces to give legal effect to agreements reached through negotiation and discussion” (para. 38).

[49] We would point out that the observations of Chief Justice McEachern were made in the context of a detailed settlement document, drafted with the assistance of legal counsel. Those certainly are not the facts of our case. However, the late Chief Justice also indicated that the question of intention is to be decided by reference to all of the surrounding circumstances, including matters that occurred after the making of the agreement. That ruling is important to the present case because Mr. Girouard’s offer to have a draft contract prepared for Ms. Druet’s consideration was made after she had signaled her agreement to the purchase price. Applying *Langley Lo-Cost Builders Ltd.*, the search for intention is not restricted to the four emails that end with Ms. Druet’s willingness to accept Mr. Girouard’s counteroffer. We must look to all seven emails to determine, on an objective standard, whether the reference to the preparation of a formal document indicated an intention the parties were not yet contractually bound to one another.

C. *Resolving the Intention to Create Legal Relations Issue*

[50] We have already decided the facts of the present case support the imposition of a rebuttable presumption that the parties did not intend the exchange of emails to create a binding contract for the purchase and sale of land. Moreover, we have concluded Mr. Girouard's reference to the future preparation of a draft agreement for Ms. Druet's review is normally interpreted to mean that the parties did not intend to create a binding contract until such time as a formal agreement was prepared and executed. The reasonable bystander also knows that the exchange of emails represents a skeletal contractual framework worked out without the assistance of professional advice. In short, the emails do not represent the type of detailed agreements which have propelled some courts to conclude the execution of a formal document would serve no valid purpose other than to provide one of the parties with a feeble legal excuse for reneging on an agreement.

[51] More importantly, neither Mr. Girouard nor Mrs. Girouard had ever viewed Ms. Druet's condominium unit. Mr. Girouard was still seeking to make arrangements to have his wife view the unit at the time Ms. Druet withdrew from the transaction. To the disinterested bystander, the typical purchaser does not buy existing properties sight unseen. As the Girouards had no knowledge of the unit's state of repair, it would only make sense that the agreement would be subject to the execution of a subsequent formal document. The reasonable bystander would know that Mr. Girouard had yet to explore the obligations to be assumed on "taking over" the existing mortgage. Specifically, he was unaware of the amount to be assumed or the onerousness of the mortgage terms. Moreover, nothing was said with respect to legal issues that are peculiar to transactions involving the sale of condominiums. All of those facts, when viewed collectively, reinforce the presumption that there was never an intention to create a binding relationship over the internet. If there were any doubt on this issue, Mr. Girouard's offer to have a formal agreement of purchase and sale drafted for Ms. Druet's review is conclusive. Admittedly, on discovery, both parties acknowledged that without a formal contract of purchase and sale, the existing mortgage holder was not likely to

accept the emails as evidence of a binding contract, and, therefore, a formal document would have to be prepared for the mortgage. In our view, however, this fact does not outweigh or negate the fact there are other valid and compelling reasons why neither party would want to become contractually bound once Ms. Druet accepted Mr. Girouard's counteroffer.

[52] If there were any doubt as to the correctness of the above analysis, we offer the following reasoning in further support of our ultimate conclusion. The reasonable bystander might well proceed on the assumption that the search for the requisite intention to create legal relations is a search for mutual intention, in the sense that both parties intended to be bound by the exchange; not just one of the parties. It would seem to make little sense to hold, for example, that the parties intended Ms. Druet would be bound, but not Mr. Girouard. Curiously, Mr. Girouard did not close any of his emails with an acknowledgment of his first or last name. Thus, if he had decided to withdraw from the transaction, he could have arguably done so without incurring liability to Ms. Druet by pleading s. 1(d) of the *Statute of Frauds*. Failing that defence, Mr. Girouard could plead no intention to create legal relations because of his offer to have a formal contract prepared for Ms. Druet's review. Had Mr. Girouard subsequently inspected the condominium with his wife and had they found the unit in need of repairs or unsuitable, their plea of no intention would have an air of reality, so far as our reasonable bystander is concerned. Had Mr. Girouard inspected the terms of the mortgage and found them outside the expected norm, he could have once again turned to the offer to have a formal contract of sale drawn up. In brief, to the extent that the facts support the understanding that Mr. Girouard did not possess the requisite intent to enter into a binding contract, there is no reason why our reasonable bystander should not also deem Ms. Druet to lack the requisite intent.

[53] In our view, the reasonable bystander, presented with the facts of this case, would be driven to conclude there was no intent to create legal relations. As stated at the outset, the reasonable bystander knows the typical residential purchaser does not buy existing properties sight unseen and the reasonable person does not do so without the

approbation of his or her spouse or partner, in circumstances where their opinion or approbation is being sought. People who agree to buy and sell goods on Kijiji do not normally expect to be bound until they have the opportunity to inspect the goods, even though they may have agreed to the essential terms. The general understanding is that the first person to make it to the door with cash in hand is the buyer. People who buy goods on eBay know well the risks of buying without an inspection, but are provided with ways of evaluating the trustworthiness of the vendor before pushing the enter key to confirm a bid or to exercise the “Buy it Now” option. Frankly, there is more legal formality surrounding the millions of transactions that occur daily on eBay than what occurred in the present case. Parties to a real estate transaction who are strangers usually fix a closing date, obtain a deposit and, most importantly, sign a formal purchase and sale agreement.

[54] Based on the objective standard of the typical or reasonable bystander, we conclude the parties lacked the requisite intention to enter into a binding contract for the purchase and sale of the condominium unit. Accordingly, even though Ms. Druet accepted Mr. Girouard’s counteroffer of \$155,000, she could withdraw from the negotiations without incurring liability and, therefore, the appeal should be allowed.

VIII. Disposition

[55] We would allow the appeal and set aside the motion judge’s decision. The record before the motion judge disclosed no binding agreement of purchase and sale. The motion, as amended, should be dismissed. Had Ms. Druet also applied for summary judgment for dismissal of the action under Rule 22.01(3), she would have succeeded. Unfortunately, that issue was not before the motion judge, nor is the issue before us. However, unless the matter is otherwise discontinued, nothing currently prevents Ms. Druet from bringing a motion before the Court of Queen’s Bench under that Rule. If this occurs, a judge will have to determine the matter in a manner consistent with these reasons.

[56] As Ms. Druet was represented by legal counsel on the motion in the Court of Queen's Bench, she is entitled to costs which we would fix at \$3,500. As Ms. Druet was self represented on the hearing with respect to the leave application and the subsequent hearing on the appeal, she is entitled to disbursements only, which we would fix at \$1,500, for a total of \$5,000.

LES JUGES ROBERTSON et RICHARD

I. Introduction

[1] L'alinéa 1d) de la *Loi relative aux preuves littérales*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-14, dispose qu'un contrat de vente immobilière n'est exécutoire que si la convention est constatée par écrit et porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée (habituellement le défendeur). Corrélativement, l'article 7 de la *Loi sur les opérations électroniques*, L.N.-B. 2001, ch. E-5.5, dispose que si le droit en vigueur au Nouveau-Brunswick impose une exigence voulant que l'information soit sous forme écrite, cette exigence peut être satisfaite si l'on respecte la définition que donne la *Loi* de l'expression « information [sous forme] électronique ». De même, l'article 10 dispose qu'une exigence légale imposant l'apposition de la signature d'une personne peut être satisfaite si l'on respecte la définition de l'expression « signature électronique ». Le présent appel découle d'une série de sept courriels et de la décision d'un juge saisi d'une motion portant qu'un échange de courriels électroniques, dont les auteurs étaient deux particuliers, a donné lieu à une convention obligatoire d'achat et de vente d'une unité condominiale à usage d'habitation. Le juge saisi de la motion a conclu que les courriels contenaient les éléments essentiels de la convention. Il a également conclu que l'offre de l'acheteur de faire préparer une convention solennelle d'achat-vente afin que la venderesse l'examine n'avait pas d'incidence sur la force exécutoire de leur entente. Avec l'autorisation de notre Cour, la venderesse et propriétaire de l'unité condominiale, Kelty Druet, interjette appel de la décision du juge saisi de la motion, laquelle est maintenant publiée sous la référence 2011 NBBR 204, 379 R.N.-B. (2^e) 1.

[2] Il ne fait aucun doute que les non-juristes estimeront que la décision appuie la proposition voulant que l'on puisse vendre sa maison par courriel, malgré le fait que les parties n'avaient pas signé de convention solennelle d'achat-vente. Nombreux sont les consommateurs et agents immobiliers qui croient toujours, à tort, qu'il ne peut y

avoir de convention obligatoire sans ce contrat en bonne et due forme. Il s'ensuit que la proposition susmentionnée est déconcertante pour tous les mordus des moyens modernes de communication instantanée, mais dont les réponses ou réactions ne sont pas toujours le fruit éclairé d'une pensée posée. Du point de vue de l'avocat, la valeur de précédent de la présente instance pourrait être considérable. Les interactions entre les contrats, les courriels, les obligations de mise par écrit et les signatures électroniques ne relèvent plus uniquement de la simple curiosité lorsque la *Loi relative aux preuves littérales* est placée en regard de la *Loi sur les opérations électroniques*. Le fait que cette dernière *Loi* a récemment été abolie et remplacée par la *Loi sur les opérations électroniques*, L.R.N.-B. 2011, ch. 145, n'a aucune importance puisqu'aucune modification aux dispositions pertinentes pour les fins du présent appel n'a été apportée sauf pour ce qui concerne la numérotation.

[3] Sur le plan des principes généraux, nous reconnaissons qu'un échange de courriels peut satisfaire à l'obligation de mise par écrit énoncée dans la *Loi sur les opérations électroniques* et, corrélativement, la *Loi relative aux preuves littérales*. Il va sans dire que pour en arriver à cette conclusion, il faut appliquer le principe dit de la « liaison (joinder) ». Nous reconnaissons également que les parties ont conclu une entente en ce qui concerne les trois éléments essentiels (savoir le prix, les parties et le bien) et deux autres questions : la prise en charge de l'hypothèque existante et le paiement des frais de clôture. Cela nous amène à nous demander si la façon dont M^{me} Druet a décliné son identité dans un ou plusieurs des courriels satisfait à la définition de l'expression « signature électronique » qui est énoncée dans la *Loi sur les opérations électroniques*. Il s'agit d'une question que notre Cour n'a encore jamais examinée et il y a très peu de précédents canadiens ou anglais qui sont directement pertinents. Pour compliquer les choses, la question n'a pas été débattue devant le tribunal de première instance et elle ne l'a été que superficiellement devant notre Cour. Notre analyse se limitera donc à faire un exposé général de la question et à identifier certaines questions fondamentales qui pourront être examinées un jour (voir les par. 24 à 30). Pour l'instant, il suffit de comprendre que même à supposer que l'obligation de signature ait été remplie, la prétendue convention demeure inexécutoire par suite de l'application de certains

principes contractuels établis. La mention, dans un des courriels, de la rédaction d'une convention d'achat-vente afin que la venderesse l'examine soulève une question fondamentale : existait-il une intention de créer des rapports juridiques? Bien entendu, l'intention doit être évaluée d'une façon objective, compte tenu de la preuve dans son ensemble.

[4] Il ne s'agit pas ici d'une opération commerciale au titre de laquelle la loi imposerait une présomption réfutable d'intention d'établir des rapports contractuels obligatoires. Il s'agit d'une transaction de consommateur concernant la vente d'un bien à usage d'habitation et au titre de laquelle des négociations ont été tenues dans le cyberspace sans l'intervention ou le concours de professionnels. Dans ces circonstances, nous croyons que le droit est mieux servi par une présomption réfutable d'absence d'intention d'établir des rapports juridiques. Cette présomption s'accorde avec ce que nous considérons être l'opinion populaire qui veut qu'en général, un échange de courriels doive être considéré comme une négociation préliminaire qui peut mener à la signature d'un contrat en bonne et due forme. La notion voulant qu'une personne puisse passer au crible une série de courriels, identifier les trois éléments essentiels, trouver une signature qui satisfasse à la *Loi sur les opérations électroniques* et, corrélativement, à la *Loi relative aux preuves littérales*, et demander ensuite à la Cour de combler les lacunes en ajoutant les clauses contractuelles nécessaires n'est pas conforme aux attentes raisonnables du consommateur type actuel. Il y a encore des situations où les formalités comptent. L'achat d'une maison en est une. Toutefois, nous désirons confirmer une évidence. Il est rare qu'une instance soit tranchée sur la seule base des présomptions.

[5] Il est bien établi en droit que l'effet juridique d'une entente conclue « sous réserve de contrat » est une question d'interprétation. Toutefois, nous souscrivons également à l'opinion dominante qui veut que dans le contexte d'une opération immobilière, on estime habituellement que cette réserve signifie que l'entente préalable n'est exécutoire que lorsque la convention solennelle est signée. Forts de cette présomption et des règles de droit régissant les conventions conditionnelles, nous concluons que la série de courriels, ceux-ci étant envisagés collectivement du point de

vue de l'observateur impartial, ne révèle aucune intention d'être obligé par contrat. Il s'agit en l'espèce d'un cas facile parce que c'est l'acheteur intimé, M. Girouard, qui a proposé de faire préparer un contrat en bonne et due forme afin que M^{me} Druet l'examine. Cela peut se comprendre étant donné que ni lui ni son épouse n'avaient jamais posé le pied dans le condominium et n'avaient donc aucune idée de l'état, bon ou mauvais, dans lequel il se trouvait. Bien que ces questions aient pu ne pas être un motif de préoccupation pour M. Girouard, elles en sont un aux yeux de l'observateur impartial qui, en l'absence de circonstances particulières, doit envisager la question du point de vue du vendeur et de l'acheteur types. L'acheteur type n'achète pas un bien existant sans l'avoir vu et le vendeur type ne s'attend pas à ce qu'il le fasse. Même ceux et celles qui achètent et vendent des biens sur Kijiji se rendent compte de l'importance pratique de ces observations. D'après les faits de la présente instance, il n'y a jamais eu d'intention de créer des rapports contractuels obligatoires; fait qu'est venue confirmer l'offre de M. Girouard de faire rédiger un contrat en bonne et due forme afin que M^{me} Druet l'examine. Par conséquent, celle-ci était en droit de se retirer des négociations trois heures après avoir convenu d'un prix de vente avec M. Girouard. Cela mène à la conclusion que l'appel doit être accueilli.

II. Le contexte

[6] Les faits établis sont les suivants. L'intimé, Marc Girouard, était intéressé par l'achat d'une unité condominiale située dans le même immeuble que celui où se trouvait une unité dont M^{me} Druet était propriétaire et qu'elle donnait en location (l'unité 203). Cette unité est située à Moncton, où habite M. Girouard. M^{me} Druet vit à Halifax. M. Girouard a vu qu'une unité condominiale était offerte en location sur le site web Kijiji et le 22 octobre 2010, il a réussi à localiser la propriétaire, M^{me} Druet, afin de discuter de la possibilité d'acheter l'unité au prix de 150 000 \$. Ils ont convenu de poursuivre les négociations par courriel. Le premier des courriels pertinents est un courriel de M^{me} Druet à M. Girouard, qui a été envoyé le 24 octobre 2010, à 11 h 56 du matin. Il est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

De : Kelty Druet [adresse de courriel omise]
Date: le 24 octobre 2010 11:56:21
À : Marc Girouard [adresse de courriel omise]

Bonjour Marc,

J'y ai pensé et j'ai pris une décision en ce qui concerne la vente de mon condo. Je suis prête à vous le vendre au prix de 160 000 \$, à condition que vous assumiez l'hypothèque et que vous payiez les honoraires d'avocat liés à l'achat (j'estime environ 800 \$).

Au début de l'année, le condo voisin du mien s'est vendu 142 000 \$, mais c'est un studio (plus petite unité).

S.V.P., faites-moi savoir votre décision.

Cordialement,

Kelty Druet

[7] Quelques instants plus tard, M. Girouard a répondu au courriel de M^{me} Druet :

[TRADUCTION]

De : Marc Girouard [adresse de courriel omise]
Date : le 24 octobre 2010 12:16:59
À : Kelty Druet [adresse de courriel omise]

Merci Kelty. Je vous rencontrerai à mi-chemin à 155 000 \$. De plus, je payerai les honoraires d'avocat et j'assumerai l'hypothèque existante.

[8] M^{me} Druet n'a pas immédiatement répondu à ce courriel. Le 25 octobre 2010, M. Girouard a envoyé un autre courriel à M^{me} Druet, cette fois à 13 h 12. Dans ce courriel, il lui demandait s'il était possible que son épouse puisse visiter l'unité en

question et lui donnait du même coup le numéro de téléphone de M^{me} Girouard. Ce courriel est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

De : Marc Girouard [adresse de courriel omise]
Date : le 25 octobre 2010 13:12:48
À : Kely Druet [adresse de courriel omise]

Bonjour Kely, est-ce possible pour mon épouse de visiter le condo à un moment qui conviendrait à vos locataires? Elle est flexible quant au jour et à l'heure. Vous pouvez me le faire savoir ou demander [au locataire] de communiquer avec elle afin de lui faire part d'un temps convenable. Son numéro de cellulaire est le [...]

[9] À 14 h 59, M^{me} Druet a répondu par un courriel dans lequel elle disait qu'elle demanderait au locataire de téléphoner à M^{me} Girouard. Deux minutes plus tôt, toutefois, M^{me} Druet avait envoyé à M. Girouard un courriel ainsi libellé :

[TRADUCTION]

De : Kely Druet [adresse de courriel omise]
Date : le 25 octobre 2010 14:57:01
À : Marc Girouard [adresse de courriel omise]

Bonjour Marc,

Excusez-moi d'avoir mis du temps à vous répondre. J'y ai pensé et je vais accepter votre offre. Comment aimeriez-vous procéder?

Merci.

Kely

[10] Il importe de souligner que les parties semblent avoir convenu d'un montant, mais qu'aucun renseignement quel qu'il soit n'a jamais été échangé ou communiqué à propos de l'hypothèque existante que M. Girouard devait assumer et que ni M. Girouard ni son épouse n'avaient vu l'unité en question. Il est à remarquer également qu'après s'être entendues sur le montant, les parties étaient encore en train de prendre des arrangements afin que M^{me} Girouard visite l'unité. On le constate à la lecture du courriel que M^{me} Druet a envoyé à M. Girouard deux minutes après avoir envoyé le courriel reproduit ci-dessus :

[TRADUCTION]

De : Kelty Druet [adresse de courriel omise]
Date : le 25 octobre 2010 14:59:03
À : Marc Girouard [adresse de courriel omise]

Oui, je vais communiquer avec [le locataire] et lui demander de téléphoner à votre épouse.

Kelty

Penser mondialement, agir localement

[11] Dans la demi-heure qui a suivi l'envoi des courriels susmentionnés, M. Girouard a répondu à M^{me} Druet. Il a laissé entendre pour la première fois qu'un projet de convention d'achat-vente serait préparé et a proposé une date de clôture possible pour l'opération. Le courriel en question est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

De : Marc Girouard [adresse de courriel omise]
Date : le 25 octobre 2010 15:33:11
À : Kelty Druet [adresse de courriel omise]

Parfait! Est-ce que vous serez à Moncton prochainement? Je peux faire rédiger une convention d'achat et de vente que je vous ferai parvenir pour examen. Est-ce que le 15 novembre vous conviendrait comme date de clôture?

On m'a dit que vos locataires quittent le condo ce jour-là. Il n'y aurait donc pas de conflit. Est-ce que le titulaire de l'hypothèque est une banque de Moncton ou de Halifax?

[12] Environ trois heures plus tard, M^{me} Druet a fait parvenir à M. Girouard un autre courriel dans lequel elle dit qu'après avoir parlé avec son compagnon qui venait de rentrer du Pérou, elle n'était pas disposée à vendre en raison du prix. Le courriel est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

De : Kely Druet [adresse de courriel omise]
Date : le 25 octobre 2010 18:37:54
À : Marc Girouard [adresse de courriel omise]

Bonjour Marc,

Mon compagnon était au Pérou pendant les derniers jours et j'ai finalement pu lui parler ce soir à propos du condo. Il n'était pas d'accord sur le prix. Je suis désolée, mais je ne peux pas vous le vendre.

Si votre épouse souhaite encore voir le condo, j'ai demandé [au locataire] de communiquer avec elle.

Envoyé depuis le iPhone de Kely

[13] Incidemment, M^{me} Druet ne nie pas être la propriétaire unique de l'unité en question. Le lendemain, M. Girouard a écrit à M^{me} Druet aux fins de l'informer qu'il considérait qu'elle était tenue par contrat de lui vendre l'unité condominiale. Finalement, il a engagé contre M^{me} Druet une action dans laquelle il sollicitait l'exécution en nature ou des dommages-intérêts pour rupture de contrat.

III. La décision sur la motion

[14] À la suite des interrogatoires préalables, M. Girouard a déposé une motion, en vertu de la règle 23.01(1)a) des *Règles de procédure*, dans laquelle il

demandait à la Cour de trancher la question de savoir si l'échange de courriels avait donné lieu à une convention d'achat-vente obligatoire. La principale question était subdivisée en trois parties : (1) est-ce qu'il y avait eu entente sur tous les éléments essentiels; (2) est-ce qu'un échange de courriers électroniques constitue un document « écrit » aux fins de l'alinéa 1d) de la *Loi relative aux preuves littérales*; et (3) est-ce qu'une signature électronique constitue une « signature » aux fins de cet alinéa?

[15] Le juge saisi de la motion a commencé son analyse en posant la question de savoir si les courriels constituaient une convention d'achat-vente obligatoire, qu'ils satisfassent ou non aux obligations de mise par écrit et de signature énoncées dans la *Loi relative aux preuves littérales*. Outre l'exigence légale selon laquelle il doit y avoir une offre et une acceptation, le juge saisi de la motion a reconnu qu'il doit y avoir entente sur trois éléments essentiels : les parties, le prix et une description suffisante du bien. Il a également reconnu que s'il y a eu entente sur d'autres éléments, on doit pouvoir les identifier aussi. Le juge saisi de la motion a ensuite conclu que les parties avaient passé une convention obligatoire. Les parties avaient été identifiées et les courriels font état de l'unité condominiale en question ainsi que d'un prix d'achat de 155 000 \$. Les courriels mentionnent également deux autres éléments : la prise en charge de l'hypothèque existante et le paiement des honoraires d'avocat de la venderesse.

[16] Le juge saisi de la motion a ensuite examiné la question de savoir si les courriels constituaient un mémorandum ou une note écrite, portant la signature de la partie contre laquelle l'action sera engagée, comme le veut l'al. 1d) de la *Loi relative aux preuves littérales*. Le juge s'est reporté à des ouvrages de doctrine comme celui de Sopinka, intitulé *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1999), où l'auteur reconnaît que la tendance législative et judiciaire est de donner une définition large au mot « document » afin d'inclure des méthodes modernes de communication et de stockage de renseignements (voir aussi la définition du mot « écrit » à l'art. 38 de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13). Cela a amené le juge saisi de la motion à conclure que les courriels satisfaisaient à l'obligation de mise par écrit énoncée dans la *Loi relative aux preuves littérales*. Il a estimé que les courriels étaient admissibles à titre

de preuve des renseignements qu'ils contiennent, compte tenu du fait que ni l'identité de leurs auteurs ni le fait qu'ils avaient effectivement été envoyés n'étaient contestés et qu'on ne prétendait pas que les courriels avait été modifiés.

[17] Le juge saisi de la motion a ensuite examiné l'argument voulant que puisque les courriels prévoyaient la signature d'une convention solennelle d'achat-vente, il fallait les considérer comme constatant un consensus qui n'avait pas force obligatoire au même titre qu'un [TRADUCTION] « accord d'entente future » en droit contractuel. Le juge saisi de la motion a invoqué deux décisions à l'appui du rejet de cet argument : les décisions *Wood c. Advanced Systems Technology Inc.*, 2008 NBBR 155, 325 R.N.-B. (2^e) 123, et *Re Dominion Stores Ltd. and United Trust Co. et al.*, [1973] O.J. No. 2259 (H.C.J.) (QL). Avant d'examiner cette question, toutefois, le juge saisi de la motion a cité et invoqué certains passages pertinents de l'ouvrage de Victor Di Castri, intitulé *Law of Vendor and Purchaser*, 3^e éd. (Toronto : Carswell, 1988), dont celui-ci :

[TRADUCTION]

Lorsqu'il y a un mémorandum qui constate la conclusion définitive d'une convention, le simple fait que les parties ont aussi indiqué expressément qu'un document plus formel serait préparé et signé à une date ultérieure ne constitue pas en soi, et en l'absence de toute incertitude quant aux clauses contractuelles essentielles, la manifestation d'une intention de poursuivre les négociations. [P. 4-29 de l'ouvrage, citée au par. 16 du jugement.]

[18] Le juge saisi de la motion a estimé que la mention, dans le courriel de M. Girouard à M^{me} Druet, de la préparation d'une convention d'achat-vente en bonne et due forme n'était pas une indication qu'il y avait [TRADUCTION] « entente pour ce qui est de la conclusion d'un autre contrat » (par. 26). En ce qui concerne le défaut des parties de convenir d'une date de clôture, le juge saisi de la motion a conclu qu'il était raisonnable d'inférer une date en s'appuyant sur la pratique habituelle dans le domaine de l'immobilier, soit la clôture au milieu ou à la fin du mois suivant, et que le même principe devait s'appliquer en l'espèce.

[19] Chose curieuse, le juge saisi de la motion n'a pas franchement examiné l'incidence de la *Loi sur les opérations électroniques* et l'application de l'art. 10 à l'obligation de signature. Au lieu de cela, il a simplement conclu que les signatures figurant sur les courriels constituent une signature aux fins de la *Loi relative aux preuves littérales*. Plus tôt dans ses motifs, toutefois, le juge saisi de la motion s'est reporté à l'art. 7 de la *Loi sur les opérations électroniques*, qui dispose qu'« [u]ne exigence légale voulant que l'information soit sous forme écrite est satisfaite si l'information est sous forme électronique et est accessible de façon à être consultée ultérieurement ».

IV. Les questions à trancher

[20] Après que la motion de M. Girouard a été accueillie, M^{me} Druet est venue grossir le nombre des personnes qui se représentent elles-mêmes et elle a entrepris, toute seule, d'obtenir l'autorisation nécessaire pour interjeter appel d'une décision interlocutoire. Il est manifeste qu'elle a obtenu cette autorisation. M^{me} Druet se représente encore elle-même et elle a soulevé trois moyens d'appel formulés sous forme de questions : (1) Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur en concluant que les courriels de M^{me} Druet contenaient une signature électronique? (2) Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur en concluant que les parties avaient conclu une entente en vue de l'achat et de la vente de l'unité condominiale? (3) Le juge saisi de la motion a-t-il commis une erreur en tranchant la question de savoir s'il y avait eu une contrepartie suffisante pour étayer l'existence d'une convention obligatoire? Nous estimons que le troisième moyen est sans fondement. Le caractère exécutoire d'une convention en vue de l'achat et de la vente d'un bien-fonds ne dépend pas de la question de savoir si l'acheteur verse un dépôt. Le dépôt remplit d'autres fins que nous n'avons pas à explorer dans les présents motifs. En ce qui concerne le premier moyen d'appel, nous avons choisi de ne pas répondre à cette question en raison de notre décision relativement au deuxième moyen d'appel. Toutefois, nous sommes disposés à faire certaines observations quant au genre d'arguments qui devraient être présentés et d'analyse qui devrait être faite relativement à l'obligation de signature à la lumière de la *Loi sur les opérations*

électroniques. De plus, nous devons examiner une question de procédure qui est liée à l'application de la règle 23 des *Règles de procédure*.

V. La question de procédure – la règle 23

[21] Si l'on suppose, un instant, que le deuxième moyen d'appel de M^{me} Druet est fondé, il faut examiner une question de procédure. La Cour du Banc de la Reine a été saisie de la présente affaire par voie de motion qu'un demandeur lui a présentée afin qu'elle tranche une question de droit avant le procès. Dans le cadre d'une motion de ce genre, aucun élément de preuve n'est habituellement admis, sauf en conformité avec la règle 23.02 des *Règles de procédure*. La raison en est que la portée de la règle 23.01(1)a) est limitée à la décision de questions de droit et que la décision de questions factuelles ou de questions mixtes de droit et de fait n'y est donc pas envisagée. En l'espèce, M. Girouard a demandé à la Cour de décider (1) si une convention obligatoire était intervenue entre le demandeur et la défenderesse; (2) si un échange de courriels peut être considéré comme un document écrit pour les fins de la *Loi relative aux preuves littérales*; et (3) si une signature figurant dans un courriel peut être considérée comme une signature aux fins de cette même *Loi*. Il est vrai que les deux dernières questions peuvent faire l'objet d'une demande en vertu de la règle 23 parce qu'elles soulèvent de pures questions de droit. Par ailleurs, on serait fondé à penser que la première question est une question mixte de droit et de fait, bien qu'il semble exister certains appuis en faveur de l'opinion qui veut que lorsqu'un contrat est uniquement fondé sur un document écrit, il soulève néanmoins une question de droit.

[22] En réalité, M. Girouard, dans sa motion, a sollicité non seulement une décision relative à des questions de droit mais aussi un jugement sommaire. La nature même de la question principale soulevée et des questions que devait trancher le juge saisi de la motion révèle une intention de faire trancher dans le cadre d'un jugement sommaire le fond même de la question de la responsabilité. Les deux parties et le juge saisi de la motion ont agi en fonction de cette intention. Les arguments présentés en faveur et à l'encontre de la motion, ainsi que la décision du juge saisi de la motion, vont bien au-delà

de la simple détermination de questions de droit. Nous estimons qu'il y avait en fait des preuves sur lesquelles le juge pouvait s'appuyer pour trancher une motion en jugement sommaire. Les faits essentiels ne sont pas contestés. Si le juge saisi de la motion et les avocats avaient réfléchi davantage, une demande afin que la motion présentée en vertu de la règle 23.01(1)a) soit transformée en une motion pour jugement sommaire présentée en vertu de la règle 22.01 aurait été accueillie, comme le permet la règle 37.10a). (Voir l'arrêt *Norris c. Lloyd's of London* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 29, [1998] A.N.-B. n^o 351 (C.A.) (QL), au par. 21).

[23] Étant donné que les faits pertinents sont incontestés et puisque la motion et l'appel ont été débattus comme s'il s'agissait d'une motion en jugement sommaire, nous exercerons le pouvoir que nous confère la règle 62.21(1) et rendrons l'ordonnance qui aurait dû être rendue, transformant ainsi la motion de M. Girouard en une motion pour jugement sommaire. Cela nous permet de nous prononcer sur la question de savoir si le juge a ou non commis une erreur en concluant qu'une convention obligatoire en droit était intervenue entre M^{me} Druet et M. Girouard. C'est là la solution la plus équitable, la moins coûteuse et la plus expéditive de l'instance. Sans cela, nous devrions nous contenter de conclure que la décision du juge dépasse la portée de ce qui est permis dans le cadre d'une motion présentée en vertu de la règle 23.01(1)a), en conséquence de quoi il faudrait qu'une des parties dépose une motion en jugement sommaire en s'appuyant sur la même situation factuelle.

VI. La question qui n'est pas en litige – l'obligation de signature et les signatures électroniques

[24] La question de la signature ne manquera sûrement pas d'attirer la curiosité intellectuelle des juristes et des non-juristes, mais il n'est pas indiqué, en l'espèce, de s'aventurer en des eaux inconnues sans un gilet de sauvetage dans lequel on aurait insufflé des observations convaincantes. D'un point de vue juridique, nous soulignons que la *Loi sur les opérations électroniques* n'a pas été plaidée, mais elle a été soulevée dans les deux mémoires préparatoires qui ont été présentés au juge saisi de la motion.

Dans son mémoire, M^{me} Druet invoquait principalement l'art. 10 (l'actuel art. 11) de cette *Loi* que nous examinerons sous peu.

[25] Il faut signaler que la *Loi sur les opérations électroniques* de 2001 a été abrogée et remplacée en 2011 par le chapitre 145, L.R.N.-B. 2011. Toutefois, les articles 7 et 10 de l'ancienne version anglaise de la *Loi* sont reproduits intégralement aux art. 8 et 11, respectivement, de la *Loi* actuelle. La généalogie de ce texte législatif remonte à un texte des Nations-Unies, intitulé *1996 – Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*. Par la suite, le modèle adopté aux Nations-Unies a été repris par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et promulgué, en 1999, sous le titre *Loi uniforme sur le commerce électronique*. Cette loi type a ensuite été adoptée, avec certaines modifications, au Canada atlantique et au-delà : voir l'ouvrage d'Angela Swan, intitulé *Canadian Contract Law*, 2^e éd. (Markham (Ont.) : LexisNexis, 2009) à la p. 340 et, en particulier, la note de bas de page 90. Pour ce qui concerne la loi adoptée au Nouveau-Brunswick, les modifications sont considérables si l'on compare la Loi uniforme à celle que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a tout d'abord adoptée en 2001. Plus précisément, il faut mettre les dispositions de la Loi uniforme se rapportant aux signatures électroniques en contraste avec les définitions adoptées au Nouveau-Brunswick. Nous devons aussi mettre en lumière le document de travail publié par la Direction des services législatifs du ministère de la Justice en décembre 2000, soit avant l'adoption de la *Loi sur les opérations électroniques*, laquelle a eu lieu en juin 2001. Il est rare que le législateur nous fournisse un schéma directeur et un aperçu, même si ceux-ci n'ont aucune force exécutoire, de l'intention qui a présidé à l'adoption d'une loi et de chacune de ses dispositions.

[26] Le point de départ de toute analyse est nécessairement la *Loi sur les opérations électroniques*. Puisque c'est la version de 2001 qui a été employée au procès, nous citerons les articles de cette version. Le paragraphe 10(1) dispose qu'« [u]ne exigence légale imposant l'apposition de la signature d'une personne est satisfaite par une signature électronique ». Aux termes du paragraphe 1(1), le mot « électronique » comprend « numérique et optique ». Pour ce qui concerne l'utilisation des signatures

numériques, voir l'ouvrage de Mark Lewis, intitulé *Digital Signatures: Meeting the Traditional Requirements Electronically – A Canadian Perspective* (2002), 2 *Asper Rev. of Int'l Bus. & Trade L.* 63. De plus, selon la définition qu'en donne le par. 1(1), l'expression « exigence légale » désigne « une exigence imposée par une Loi du Nouveau-Brunswick, un règlement ou autre législation subordonnée établi en vertu d'une Loi du Nouveau-Brunswick, ou une exigence imposée par la common law ». Puisque la *Loi relative aux preuves littérales* n'exige pas d'écrit signé, force est de conclure que la *Loi sur les opérations électroniques* s'applique. Bien que le paragraphe 4(2) dispose que la *Loi* ne s'applique pas à un texte législatif qui est exclu par règlement, le règlement en question, savoir le *Règlement sur les exclusions – Loi sur les opérations électroniques*, Règlement du Nouveau-Brunswick 2002-24, ne mentionne pas la *Loi relative aux preuves littérales*. Puisque tel est le cas, la définition que donne la *Loi* de l'expression « signature électronique » s'applique. Cette définition a deux sources. La première se trouve au par. 1(1) : « “signature électronique” désigne l'information électronique qu'une personne appose ou associe à un document et qu'elle a créée ou adoptée avec l'intention de signer le document ». La deuxième source de la définition se trouve au par. 10(2). Celui-ci dispose que sans limiter la portée générale de la définition de l'expression « signature électronique » que l'on trouve à l'art. 1, une signature électronique peut correspondre à une des deux hypothèses suivantes. Selon l'alinéa 10(2)a), une signature électronique peut être une représentation électronique de la signature manuscrite de la personne qui signe le document. Selon l'alinéa 10(2)b), une signature électronique peut être une information électronique par laquelle la personne qui signe le document fournit son nom et indique clairement que le nom est fourni comme sa signature au document.

[27] Devant le juge saisi de la motion, les avocats de M^{me} Druet semblent avoir insisté sur les signatures électroniques au titre desquelles le ou la signataire a clairement indiqué que son nom est fourni comme signature (al. 10(2)b)). Autrement dit, les avocats ont prétendu que si M^{me} Druet avait terminé ses courriels par la mention « signé Kelty Druet », l'obligation de signature prévue par les deux lois aurait été remplie. Il faut convenir qu'aucun des courriels de M^{me} Druet ne prend fin sur cette mention. Toutefois, le défaut de cet argument tient au fait que l'al. 10(2)b) de la *Loi sur les opérations*

électroniques ne limite pas la portée générale de la définition que l'on trouve à l'art. 1 de cette même *Loi*. Autrement dit, la définition de l'expression « signature électronique » qui figure à l'art. 1 a une portée plus large que celle de la définition figurant au par. 10(2)b). Conformément à la disposition définitoire de la *Loi*, savoir le par. 1(1) : « “signature électronique” désigne l'information électronique qu'une personne appose ou associe à un document et qu'elle a créée ou adoptée avec l'intention de signer le document ». Cette mise au point étant faite, l'analyse qui suit expose brièvement certaines questions sur lesquelles nous n'exprimons aucune opinion.

[28] Selon les règles applicables en matière d'interprétation des lois, il faut déterminer quels objectifs législatifs sont à l'origine de la *Loi sur les opérations électroniques* et plus précisément, des dispositions relatives aux signatures électroniques. Cela nous amène à nous demander si les objectifs législatifs qui sous-tendent l'obligation de signature prévue dans la *Loi relative aux preuves littérales* sont pertinents pour les fins de l'application de la *Loi sur les opérations électroniques*. Il est généralement admis qu'une signature remplit deux objectifs. L'un de ces objectifs consiste à identifier la personne qui appose sa signature; c'est-à-dire à confirmer la source et l'authenticité du document. L'autre objectif consiste à établir que la personne qui appose sa signature approuve la teneur du document. Certes, la jurisprudence et les commentateurs attestent bien de l'existence de ces objectifs. Nous savons aussi que l'obligation de signature prévue dans la *Loi relative aux preuves littérales* est depuis longtemps un sujet de discussion en droit. En règle générale, le concept de signature au sens de cette *Loi* a été interprété assez librement : voir l'arrêt *Durrell c. Evans* (1862), 158 E.R. 848, le juge Blackburn, à la p. 855 (C.A.) et la décision *Goodman c. J. Eban Ltd.*, [1954] 1 Q.B. 550. Plusieurs organismes canadiens de réforme du droit ont examiné l'obligation de signature prévue dans la *Loi relative aux preuves littérales* (ou le *Statute of Frauds*) : voir par exemple Joseph T. Robertson, *Discussion Paper on the Statute of Frauds, 1677* (St. John's, NL : commission de réforme du droit de Terre-Neuve, mars 1991) et la mention faite du document de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, intitulé *Report on Amendment of the Law of Contract* (Toronto : ministère du Procureur général,

1987). Voir aussi l'ouvrage d'Angela Swan aux p. 335 et 336 ainsi que les instances mentionnées à la note de bas de page 65.

[29] Il y a une décision anglaise récente traitant des signatures électroniques, en dehors du contexte de l'équivalent législatif de notre *Loi sur les opérations électroniques*, qui mérite un bref examen. Cette décision montre qu'il y a des limites à ce que la common law peut accepter comme signature électronique. Dans l'affaire *Mehta c. J. Pereira Fernandes S.A.*, [2006] EWHC 813 (H.C. Angl. et Galles, Div. Chanc.), on avait demandé à la Cour si l'insertion automatique de l'adresse de courriel d'une personne dans l'en-tête, après que le document avait été transmis par le fournisseur d'accès Internet (FAI) de l'expéditeur ou du destinataire, constituait une signature pour les fins de l'art. 4 du *Statute of Frauds* anglais [l'al. 1d) de notre *Loi relative aux preuves littérales*]. Le nom ou les initiales de M. Mehta n'apparaissaient pas à la fin du courriel ni même ailleurs dans le corps du courriel. Le juge d'appel a répondu « non » à la question. L'analyse qu'il fait au par. 26 de ses motifs présente un certain intérêt, tout comme la jurisprudence mentionnée dans l'ensemble de sa décision. Selon toute apparence, il y a des décisions américaines où l'on a adopté une opinion contraire : voir, par exemple, *JSO Associates, Inc. v. Price*, 2008 N.Y. Slip Op 30862 (U). À vrai dire, il ne semble pas y avoir uniformité dans le traitement des signatures de courrier électronique.

[30] Ajoutons, incidemment, qu'il faut se demander si les décisions judiciaires concernant la satisfaction de l'obligation de signature sont fortement influencées par le fond de l'affaire ou ce qui est considéré comme « équitable ». Cela nous amène à poser une autre question : la satisfaction de l'obligation de signature sous une forme électronique dépendra-t-elle des circonstances propres à chaque instance? Ainsi, cela changerait-il quelque chose si les parties téléchargeaient de l'Internet une convention type d'achat-vente et se servaient de ce document pour encadrer leurs négociations, par opposition à un échange rapide de courriels? Dans le cas de la convention type sous forme électronique, le droit considérerait-il comme une signature valide le seul prénom ou nom de famille de la personne concernée? Par contraste, le droit en viendrait-il à la même conclusion s'il s'agissait, dans les faits, d'une série d'échanges de courriels? Les

questions posées nous amènent à nous demander si la forme de l'écrit est aussi importante, ou plus importante, que la forme de la signature. Ensuite, nous ne pouvons pas ne pas nous demander s'il y a chevauchement entre l'intention d'authentifier le document et son contenu et l'intention d'établir des rapports juridiques. La présente instance nous met devant un autre dilemme juridique. Il a eu échange de sept courriels. Pour arriver à bricoler un contrat obligatoire, le demandeur, M. Girouard, a dû invoquer le principe de la « liaison », qui est expliqué ci-dessous. Devons-nous tenir pour acquis que l'obligation de signature ne s'applique qu'au courriel dans lequel M^{me} Druet s'est dite disposée à accepter l'offre de M. Girouard, qui s'établissait à 155 000 \$, ou bien cette obligation s'applique-t-elle aux autres courriels ou, subsidiairement, aux seuls courriels où sont énoncés les éléments essentiels? C'est là le genre de questions dont nous reportons l'examen à un autre jour.

VII. L'obligation de mise par écrit, les éléments essentiels et le principe de la jonction

[31] On dit souvent qu'il n'y a que deux certitudes dans la vie : la mort et les impôts. En droit, il y a de nombreuses incertitudes, l'une de celles-ci ressortissant à l'énigmatique *Loi relative aux preuves littérales*. La jurisprudence s'étend sur 335 ans et il semble n'y avoir aucune fin en vue dans les ressorts où on n'arrive pas à s'entendre sur le sort à réserver à cette loi : voir le document de la commission de réforme du droit de Terre-Neuve intitulé *Discussion Paper on the Statute of Frauds, 1677*. Aux yeux de l'historien du droit qui étudie l'ouvrage *Sullivan on the Construction of Statutes*, cette Loi témoigne de la détermination des tribunaux à donner un nouveau sens à des mots qui ne souffrent d'aucune ambiguïté apparente. Depuis le tout début, les tribunaux ont passé plus de temps à formuler des règles et des principes permettant d'éviter les résultats inévitables qu'entraînait souvent l'application stricte de l'obligation de mise par écrit et ils l'ont fait sans être condamnés par ceux et celles qui sont des tenants du recours au texte initial ou de l'interprétation textuelle. Pourtant, il y a des cas où l'obligation de mise par écrit remplit un objectif valable, même à notre époque. Une grande partie de la jurisprudence concerne le paragraphe traitant des contrats relatifs à des biens-fonds,

lequel, si on l'interprète d'une façon littérale, se rapporte à tous les contrats. Les parties essentielles de l'al. 1d) sont ainsi rédigées : « Il ne peut être intenté d'action [...] sur la base d'un contrat, d'une vente de biens-fonds ou de tout droit y afférent [...] que si la convention qui donne lieu à l'action est constatée par un écrit ou que s'il en existe un mémoire ou une note et que si la convention, le mémoire ou la note porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée ou de toute autre personne autorisée par elle ». Selon l'interprétation qui a été retenue, l'expression « sur la base d'un contrat, d'une vente » signifie « sur la base d'un contrat “de” vente » d'un bien-fonds et cette interprétation n'a pas suscité de controverse. Voir, en général les arrêts *Martins c. 601360 N.B. Inc.*, 2010 NBCA 16, 356 R.N.-B. (2^e) 68; *McKnight et autre. c. Grant*, 2009 NBCA 4, 340 R.N.-B. (2^e) 386, au par. 16; et *Town of Nackawic c. Safeway Shouldering*, 2001 NBCA 14, 234 R.N.-B. (2^e) 356, au par. 24. Voir aussi l'ouvrage de Swan, intitulé *Canadian Contract Law*, précité, à la p. 328.

[32] L'affaire qui nous occupe présente des défis que l'on ne trouve pas souvent dans la jurisprudence. Le premier se rapporte à l'obligation de mise par écrit qui est énoncée à l'al. 1d) de la *Loi relative aux preuves littérales*. À l'instar du juge saisi de la motion, nous ne voyons aucun empêchement juridique à la proposition voulant que les courriels satisfassent à cette obligation. Pour le cas où il serait nécessaire de mentionner un précédent, nous invoquons l'arrêt *Mehta c. J. Pereira Fernandes S.A.*, précité, tout en nous appuyant sur l'art. 38 de la *Loi d'interprétation*, qui dispose notamment que « [d]ans tout texte législatif [...] « écrit » [...] comprend les mots imprimés [...] ou reproduits par tout mode de représentation ou de reproduction de mots sous une forme visible ». Comme on peut s'y attendre, la conclusion juridique est la même en vertu de la *Loi sur les opérations électroniques*. L'article 7 (l'actuel article 8) dispose qu'une exigence légale voulant que l'information soit sous forme écrite est satisfaite « si l'information est sous forme électronique et est accessible de façon à être consultée ultérieurement ». Nul n'a prétendu que les courriels en question ne satisfaisaient pas à cette disposition.

[33] La conclusion selon laquelle les courriels peuvent satisfaire à l'obligation de mise par écrit énoncée dans la *Loi relative aux preuves littérales* et la *Loi sur les opérations électroniques* nous amène à examiner un autre aspect de cette obligation. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un seul courriel mais de sept. Certains commentateurs croient qu'il est clair que les rédacteurs de la *Loi relative aux preuves littérales* ou du *Statute of Frauds* originaux ont envisagé l'inclusion de toutes les clauses contractuelles dans un même document. Au début du dix-neuvième siècle, toutefois, les tribunaux ont autorisé les demandeurs à s'appuyer sur deux documents ou plus pour prouver leurs prétentions et ce, en vertu du principe dit de la « liaison ». Il fallait néanmoins qu'un des documents mentionne expressément et à sa face même l'autre document (voir l'arrêt *O'Donohoe c. Stammers* (1884), 11 R.C.S. 358). La preuve orale n'était pas permise aux fins d'établir un lien entre les deux : *Boydell c. Drummond* (1809), 103 E.R. 958 (C.B.R. Angl.). En bref, le droit exigeait la présence, dans un des documents, d'une mention interne et explicite de l'autre document. Pendant la dernière moitié du dix-neuvième siècle, toutefois, le droit s'est assoupli encore davantage. Une mention suffisante de l'autre document pouvait se produire implicitement : *Timmins c. Moreland Street Property Co. Ltd.* (1957), [1958] 1 Ch. 110 (C.A.). Pour résumer l'état du droit, des auteurs anglais ont dit que les recueils de jurisprudence révélaient un [TRADUCTION] « laxisme progressif dans l'interprétation » : M.P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 11^e éd. (Londres : Butterworths, 1986), à la p. 204.

[34] L'arrêt de principe canadien sur la question de la liaison est l'arrêt *Doran c. McKinnon* (1916), 53 R.C.S. 609, [1916] A.C.S. n^o 47 (QL). Dans cette affaire, la Cour a conclu [TRADUCTION] qu'« un témoignage oral peut être rendu pour établir un lien entre deux documents qui ne font pas expressément mention l'un de l'autre, lorsqu'il est juste et raisonnable d'inférer l'existence de ce lien et de cette mention » (à la p. 611). Le pouvoir des juges de tirer une inférence est considérable. La Cour d'appel de l'Alberta a appliqué ce principe dans l'arrêt *Harvie et al. c. Gibbons*, [1980] A.J. No. 951 (C.A.) (QL). Dans cette affaire, la Cour a accueilli une preuve orale aux fins d'établir un lien entre certains documents dans des circonstances où une mention incomplète sur un chèque était complétée par une carte dessinée par l'acheteuse et une note non signée

faisant état d'une conversation avec l'exécutrice testamentaire de la venderesse. D'autres tribunaux semblent avoir adopté une démarche moins souple lorsqu'il s'agit de la question de la liaison : voir, par exemple, la décision *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Titus et al.*, [1980] O.J. No. 3546 (H.C.J.) (QL) ainsi que les décisions mentionnées dans l'ouvrage de S.M. Waddams, intitulé *The Law of Contracts*, 6^e éd. (Toronto : Canada Law Book, 2010), à la p. 168, note de bas de page 60.

[35] Nous devons décider s'il peut y avoir jonction des courriels et si ceux-ci peuvent, de ce fait, satisfaire à l'obligation de mise par écrit énoncée dans la *Loi relative aux preuves littérales*. Le dossier afférent à la motion contient sept courriels qui font état de ce qui s'est passé sur une période de deux jours. Le premier consiste dans l'offre de M^{me} Druet de vendre son condo au prix de 160 000 \$ à la condition que M. Girouard soit disposé à [TRADUCTION] « assum[er] » l'hypothèque existante et à payer les honoraires d'avocat liés au transfert, lesquels étaient estimés à 800 \$. Le deuxième courriel est une contre-offre de la part de M. Girouard pour la somme de 155 000 \$ et il témoigne de sa volonté d'assumer l'hypothèque existante et de payer les honoraires d'avocat que devrait engager M^{me} Druet au titre de l'opération. Le troisième courriel est un courriel de M. Girouard dans lequel il demande s'il est possible que son épouse visite l'unité en question. Le quatrième courriel est un courriel de M^{me} Druet à M. Girouard dans lequel elle accepte la contre-offre de 155 000 \$ de M. Girouard. Le cinquième courriel revient sur le sujet de la visite du bien par l'épouse de M. Girouard. Le sixième courriel arrive une heure plus tard et il s'agit d'un courriel de M. Girouard à M^{me} Druet dans lequel il exprime sa satisfaction relativement à l'opération tout en se disant prêt à faire rédiger une convention de vente afin qu'elle l'examine. Une date de clôture y est mentionnée et une question y est posée relativement à l'identité de la titulaire de l'hypothèque. Le septième courriel arrive trois heures plus tard. M^{me} Druet indique maintenant qu'elle n'est pas disposée à vendre l'unité à M. Girouard.

[36] À notre avis, les courriels constituent un mémorandum ou mémoire suffisant au sens de l'al. 1d) de la *Loi relative aux preuves littérales*. Bien que les courriels ne fassent pas expressément mention l'un de l'autre, [TRADUCTION] « il est

juste et raisonnable d'inférer l'existence » de cette mention. Aucune preuve orale ou extrinsèque n'est nécessaire, sauf peut-être en ce qui concerne un des trois éléments essentiels. En effet, aucun des courriels ne décrit l'unité condominiale qui fait l'objet de la vente (l'unité n° 203). Il y est simplement question d'un condo. Toutefois, nous sommes d'accord avec le juge saisi de la motion pour conclure que la mention du locataire et du fait que l'unité appartenait à M^{me} Druet est suffisante pour les fins de la *Loi relative aux preuves littérales*.

[37] Nous reconnaissons également que lus collectivement, les courriels exposent les éléments essentiels du consensus sous-jacents, savoir le prix, les parties et le bien, ainsi que d'autres éléments propres à l'opération en question, savoir les éléments concernant la prise en charge de l'hypothèque et l'engagement de payer les honoraires d'avocat de la venderesse jusqu'à concurrence de 800 \$. Finalement, comme l'a conclu tout à fait à bon droit le juge saisi de la motion, le droit est disposé à combler, par déduction raisonnable, toute lacune que le contrat peut comporter. L'exemple le plus cité et le moins controversé concerne la déduction implicite d'une date de clôture raisonnable. Nous marquons toutefois une pause, ici, pour souligner que la volonté apparente du droit de combler des lacunes dans un contrat afin d'obtenir la certitude ou l'assurance nécessaires a forcément des limites. On s'étonne de ce que le contrat type en vue de l'achat et de la vente d'un bien à usage d'habitation puisse compter deux pages ou plus d'un texte à simple interligne et de ce que la common law n'exige pourtant que la seule mention des trois éléments essentiels, fût-ce sur une serviette de table. Sur ce point, voir les commentaires pénétrants d'Angela Swan aux pages 335 et 336.

VIII. L'intention de créer des rapports juridiques

[38] À supposer, sans pour autant décider, que l'obligation de signature ait été remplie et si l'on reconnaît que l'on a satisfait à l'obligation de mise par écrit et que les parties s'étaient entendues sur les éléments essentiels, nous devons revenir à la question qui a été posée à l'origine. Y avait-il une intention d'établir des rapports juridiques? Il faut convenir que ce n'est pas là une question qui est fréquemment soulevée en matière

contractuelle. Lorsqu'elle l'est, nous pouvons compter sur des présomptions pour trouver la réponse. De plus, la théorie objective de la formation des contrats nous apprend que l'intention doit être déterminée d'une façon objective et donc sans se reporter à ce qu'a pu être l'intention réelle de chaque partie. Par conséquent, la question consiste essentiellement à savoir ce qu'un tiers raisonnable aurait conclu compte tenu de l'ensemble des circonstances.

A. *Les présomptions*

[39] Avant 1980, les auteurs de doctrine ont abordé la question de l'intention en établissant une distinction entre deux catégories générales de contrats : les conventions familiales ou internes et les conventions commerciales. En ce qui concerne la première catégorie, l'intention de créer des rapports juridiques n'était pas présumée. En ce qui concerne les arrangements commerciaux, l'intention requise était présumée. C'est là la démarche que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Dugas c. Dugas Estate* (1978), 23 R.N.-B. (2^e) 199, [1978] A.N.-B. n^o 217 (C.A.) (QL), où le juge Hughes, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a cité l'ouvrage intitulé *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9^e éd.), à la p. 103 :

[TRADUCTION]

Les instances dans lesquelles le contrat est rejeté pour le motif qu'il n'y avait aucune intention d'engager la responsabilité en droit peuvent être divisées en deux catégories. D'une part, il y a les conventions ou ententes sociales, familiales ou internes dans le cadre desquelles l'existence ou l'absence d'une intention de créer des rapports juridiques dépend de l'inférence que tirera la Cour à partir des termes qu'ont employés les parties et des circonstances dans lesquelles elles les ont employés. D'autre part, il y a des conventions commerciales dans le cadre desquelles cette intention est présumée et doit être réfutée par la partie qui cherche à la faire écarter. Il va sans dire que dans l'un et l'autre cas, l'intention doit être établie d'une façon objective. [Par. 11]

[40] Ces dernières années, les auteurs de doctrine canadiens ont développé la question de l'intention en formulant plusieurs hypothèses contractuelles dans le cadre desquelles l'intention d'établir des rapports juridiques a été source de difficulté en droit. Ainsi, dans son ouvrage, le professeur Waddams parle des (1) lettres de confort; (2) engagements, rendez-vous et plaisanteries; (3) conventions familiales; (4) marchés de l'État; (5) réclames commerciales et loteries; et (6) conventions non justiciables (Waddams, *The Law of Contracts*, précité, aux p. 110 et suivantes). Dans son ouvrage intitulé *The Law of Contracts* (Toronto : Irwin Law, 2005), le professeur McCamus adopte une démarche similaire en ce qui concerne la question de l'intention contractuelle. Il y a également des précédents à l'appui de la proposition voulant que le droit examine la question de l'intention de créer des rapports juridiques à la lumière de la distinction entre les conventions solennelles et non solennelles. Cette proposition est expliquée dans l'arrêt *Massey Ferguson Ltd. c. Canada*, [1976] A.C.F. n° 196 (C.A.) (QL) :

De façon générale, une convention qui s'appuie sur des documents ou sur une autre sorte de preuve n'est exécutable que si les parties prouvent leur intention de créer des relations juridiques. Lorsqu'il y a un contrat formel, il paraît insolite de nier cette intention, mais lorsqu'il n'y en a pas, comme c'est le cas ici, il faut examiner tous les éléments de la preuve avant de décider si les parties ont eu ou non l'intention de créer ce genre de relations et si elles y sont bien parvenues. [Par. 12]

[41] Il ne s'agit pas en l'espèce d'une opération commerciale au titre de laquelle le droit reconnaîtrait l'existence d'une présomption réfutable d'intention d'établir des rapports contractuels obligatoires. Cela nous amène néanmoins à nous demander si le droit serait mieux servi si l'on reconnaissait l'existence d'une présomption réfutable d'absence d'intention de cette nature dans des circonstances où il y a échange rapide de courriels entre deux consommateurs agissant seuls. Nous estimons justifié de répondre à cette question par l'affirmative. Une présomption de cette nature s'accorde avec ce que nous estimons être l'opinion populaire qui veut qu'en général, un échange de courriels soit assimilable à des négociations préliminaires qui peuvent mener à la signature d'un contrat solennel et obligatoire. Nous reconnaissons qu'il y a deux façons

possibles d'aborder la question. L'une consiste à l'envisager d'un point de vue classique. Les courriels représentent une série de lettres qui sont livrées au moyen d'un réseau postal très efficace. Cela permet à la Cour de parcourir une série de courriels, de déterminer s'il y a mention du prix, des parties et du bien, de trouver quelque chose qui satisfait à l'obligation de signature énoncée dans la *Loi sur les opérations électroniques* et ensuite de combler les lacunes en y ajoutant les clauses contractuelles nécessaires. L'autre façon d'aborder la question consiste à considérer les courriels comme étant l'équivalent de conversations téléphoniques enregistrées qui révèlent la mesure dans laquelle les parties avaient entrepris des discussions officieuses susceptibles de donner lieu à un contrat solennel et obligatoire. À notre avis, ce dernier point de vue correspond davantage aux attentes raisonnables du consommateur d'aujourd'hui. Et pour en revenir à ce qui a été dit plus tôt, on s'étonne de ce que le contrat type en vue de l'achat et de la vente d'un bien à usage d'habitation puisse compter deux pages ou plus d'un texte à simple interligne et de ce que la common law n'exige pourtant que la seule mention des trois éléments essentiels sur une serviette de table, les tribunaux demeurant quant à eux persuadés de pouvoir combler les lacunes apparentes. Si l'apparence de vraisemblance dans la façon d'aborder la décision judiciaire n'est pas vide de sens, le droit devrait reconnaître une présomption d'absence d'intention de créer un contrat obligatoire dans des circonstances comme celles qui nous occupent en l'espèce.

[42] Comme nous l'avons souligné au début, il est rare qu'une instance soit tranchée sur la seule base d'une présomption. Les présomptions sont réfutables. Ainsi, il ne s'agit pas en l'espèce d'une opération dans le cadre de laquelle les parties auraient téléchargé une convention type d'achat-vente et l'auraient complétée. Il ne s'agit pas non plus d'une opération où les parties auraient terminé leurs courriels par la mention « signé Marc Girouard » ou « signé Kelty Druet ». Ce sont là les genres de situations où la présomption perd son attrait comme signe indicateur. Finalement, nous n'avons pas perdu de vue le fait qu'il ne s'agit pas ici d'une opération entre membres d'une même famille, lesquelles sont une source fréquente de litige fondé sur l'al. 1*d*). Une bonne partie de la jurisprudence publiée à cet égard concerne une promesse de transporter un bien en échange de services à rendre. Ce genre d'opération est caractérisé par l'absence de

formalisme et les tribunaux s'efforcent souvent de conclure à l'existence d'une convention obligatoire. Lorsqu'ils en sont incapables, ils se demandent s'il y a eu créance ou acte de confiance, ce qui ferait intervenir la toujours insaisissable doctrine de l'exécution partielle. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une opération où il y aurait eu acte de confiance conséquent de la part d'une des parties.

B. « *Sous réserve de contrat* »

[43] La présente instance ne sera pas tranchée sur la base d'une présomption réfutable. Il faut examiner toutes les circonstances de l'espèce. Cela comprend le courriel de M. Girouard à M^{me} Druet dans lequel il dit qu'il était disposé à faire rédiger un projet de convention d'achat-vente afin qu'elle l'examine. Pour formuler les choses à l'avantage de M^{me} Druet, le courriel pertinent pourrait être assimilé à une clause qui serait ainsi rédigée : « [TRADUCTION] « sous réserve de la rédaction d'un contrat solennel pour examen par le vendeur ». Ce genre de clause nous amène à nous demander si la préparation du contrat solennel dénote une intention de différer le caractère exécutoire d'une convention jusqu'à ce que le document officiel soit signé. Le juge saisi de la motion a dit de cette question qu'elle consistait à savoir si la réserve ainsi exprimée constituait un [TRADUCTION] « accord d'entente future ». Nous préférons éviter cette description parce qu'elle pourrait porter à croire, à tort, que la common law reconnaît une obligation générale de négocier de bonne foi. Or, il n'est pas question de bonne foi en l'espèce.

[44] Si l'on ne tient pas compte de la présomption réfutable examinée ci-dessus, l'insertion de l'expression « sous réserve de contrat » suffit pour soulever la question de savoir s'il y avait une intention immédiate d'établir des rapports contractuels obligatoires. L'autre solution consiste à considérer la préparation d'un document officiel comme une simple formalité, en conséquence de quoi la convention initiale est exécutoire dès le début à condition que les autres conditions contractuelles soient remplies. L'arrêt de principe de la Cour suprême du Canada en la matière est l'arrêt *Calvan Consolidated Oil & Gas Co. c. Manning*, [1959] R.C.S. 253, [1959] A.C.S. n° 9 (QL), et il s'appuie sur

une décision anglaise bien connue, rédigée par le juge Parker et intitulée *Von Hatzfeldt-Wildenburg c. Alexander*, [1912] 1 Ch. 284. Voici comment notre Cour suprême a formulé la question :

[TRADUCTION]

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une instance où il y aurait acceptation accompagnée de réserves expresses ainsi formulées : « sous réserve de la préparation et de l'approbation d'un contrat solennel », « sous réserve de contrat » ou « sous réserve de la préparation d'un contrat solennel, de sa signature par les parties et de son approbation par leurs avocats ». Il s'agit en l'espèce d'une acceptation sans réserve qui devait être suivie d'un contrat solennel. La question de savoir si les parties ont l'intention de s'estimer obligées jusqu'à la passation d'une convention solennelle est une question d'interprétation et en l'espèce, cela ne fait aucun doute à mes yeux. Le juge Parker a bien formulé le principe applicable dans la décision *Hatzfeldt-Wildenburg c. Alexander* [[1912] 1 Ch. 284, aux p. 288 et 289, 81 L.J. Ch. 184]. Voici ce qu'il a dit :

Il semble bien établi par la jurisprudence que si les documents ou les lettres qu'on dit constituer un contrat envisagent la passation d'un autre contrat par les parties, c'est par interprétation qu'on déterminera si la passation de l'autre contrat est une condition ou une modalité du marché ou s'il s'agit simplement du désir exprimé des parties quant à la façon dont la transaction déjà convenue sera conclue en réalité. Dans le premier cas, il n'y a pas de contrat exécutoire ou bien parce que la condition n'est pas remplie, ou bien parce que la loi ne reconnaît pas l'existence d'un contrat pour conclure un autre contrat. Dans le dernier cas, il existe un contrat obligatoire, et on peut ne pas tenir compte du renvoi au document plus formel.

[P. 260 et 261]

[45] En somme, la question qu'il faut examiner est celle de savoir si la mention de la préparation d'un document solennel doit être considérée comme une condition qui doit être remplie avant que la convention devienne exécutoire ou si elle est la simple

expression d'un désir de donner une apparence officielle à une convention obligatoire. La réponse à cette question est une question d'interprétation. Voici par exemple l'explication que donne la professeur Swan dans son ouvrage :

[TRADUCTION]

On considère souvent que lorsqu'une entente contient un énoncé voulant que celle-ci soit « sous réserve de contrat », il faut une convention solennelle signée avant que l'une ou l'autre partie puisse la faire exécuter, même si les clauses de l'entente ont été fixées par la voie de communications orales ou même écrites. Cette position, toutefois, comporte certaines exceptions. [Au par. 4.139]

[46] La dernière phrase de cette citation est importante. En Angleterre, par exemple, le droit du transport foncier veut que le document initial signé par les parties soit fait « sous réserve de contrat » et ce document n'est pas considéré être obligatoire. Si nous avons bien compris, la recherche de titre est effectuée avant que les parties n'échangent des contrats solennels et c'est pourquoi l'expression « sous réserve de contrat » est généralement reconnue comme la manifestation d'une absence d'intention d'être obligé. Cela nous amène à nous demander si l'on est davantage susceptible de donner un effet de droit à la mention de la préparation d'un document en bonne et due forme qui est faite dans des documents se rapportant à la vente d'un bien-fonds qu'à une mention de cette nature faite dans le cadre d'autres arrangements commerciaux. Le professeur McCamus propose lui aussi une opinion pénétrante :

[TRADUCTION]

La proposition du juge Parker selon laquelle l'emploi d'une formule conditionnelle indique le plus souvent que la création d'une convention exécutoire dépend ou est fonction de l'éventuelle officialisation du document est largement acceptée. Donc, on estime généralement que lorsqu'il est expressément stipulé que l'entente préliminaire est faite « sous réserve de contrat », mécanisme couramment employé dans le cadre des opérations immobilières, cette disposition signifie, selon l'interprétation habituellement retenue, que la formation de la convention est reportée jusqu'à ce que le contrat solennel soit accepté par les parties. Par conséquent, à quelque moment que ce soit avant la passation de la convention

solennelle, l'une ou l'autre partie a le droit de se retirer de l'opération envisagée. La question, toutefois, est donc une question d'interprétation et dans des circonstances où les arrangements préliminaires sont considérables et détaillés, il se peut que la présence d'une formule conditionnelle de cette nature n'empêche pas l'entente préliminaire de constituer une convention exécutoire. [P. 127]

[47] Nous faisons une mise en garde : la jurisprudence se rapportant à des instances dans lesquelles d'autres formules conditionnelles avaient été employées s'est heurtée à une vive résistance. Par exemple, il y a des cas où la convention stipule qu'elle est faite « sous réserve de l'approbation des avocats ». On en trouve un exemple pertinent dans la décision du défunt juge en chef de la Colombie-Britannique, le juge McEachern, dans l'affaire *Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, [2000] B.C.J. No. 1187 (QL). Cette affaire concernait une convention de règlement liée à une forclusion hypothécaire et à un échange de documents par télécopieur. Un des documents envoyés par télécopieur et portant la signature des deux parties précisait que le règlement était conclu [TRADUCTION] « sous réserve de l'approbation des documents juridiques par [l'avocat de la créancière hypothécaire] agissant raisonnablement ». Le juge du procès a rejeté l'argument de la créancière hypothécaire selon lequel le règlement avait force obligatoire pour le motif que la prétendue convention était trop vague pour être exécutoire. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Une des questions qu'a examinées la Cour était celle de savoir s'il y avait eu intention de créer des rapports juridiques. Sur cette question, le juge en chef McEachern a appliqué la décision rendue par le juge Parker dans l'affaire *Von Hatzfeldt-Wildenburg c. Alexander* aux fins d'étayer la conclusion selon laquelle la clause dite « sous réserve de » est [TRADUCTION] « simplement [le] désir exprimé des parties quant à la façon dont la transaction déjà convenue sera conclue en réalité » (par. 35). Pour les fins du règlement du présent appel, c'est la façon dont le juge en chef McEachern a abordé la question de l'intention d'établir des rapports juridiques qui est importante :

[TRADUCTION]

Une des décisions de principe en la matière est la décision *Smith c. Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597 à la p. 607, où le juge Blackburn a écrit ceci :

[TRADUCTION]

Si, quelle que puisse être son intention véritable, un homme se conduit de telle manière qu'une personne raisonnable croirait qu'il consentait aux conditions proposées par l'autre partie et que cette autre partie, s'appuyant sur cette conviction, passe le contrat avec lui, l'homme qui s'est ainsi conduit est obligé au même titre que s'il avait eu l'intention de consentir aux conditions de l'autre partie.

Cette remarque incidente est souvent citée à l'appui de la proposition qu'a succinctement exposée la juge McLachlin (maintenant juge en chef du Canada) dans la décision *Osorio c. Cardona* (1984), 15 D.L.R. (4th) 619 selon laquelle « le critère qui permet de déterminer l'intention de créer des rapports juridiques est objectif ». On lit, dans l'ouvrage de S.M. Waddams, intitulé *The Law of Contracts*, 4^e éd. (Toronto : Canada Law Book Inc., 1999), à la p. 106, que [TRADUCTION] « ce n'est pas l'intention qu'entretient le signataire en son for intérieur qui est pertinente mais bien ce qu'il semble faire aux yeux d'un destinataire de promesse raisonnable ».

Il n'y a que fort peu de précédents qui traitent des facteurs qui devraient donner lieu à une conclusion d'intention de contracter. Dans l'arrêt *Tilden Rent-A-Car Co. c. Clendenning* (1978), 83 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.), la Cour a laissé entendre, à la p. 405, qu'une personne [TRADUCTION] « qui appose sa signature sur le contrat entend, ce faisant, reconnaître son acquiescement aux clauses de ce contrat et le fait que l'autre partie a passé ce contrat en s'appuyant sur cette conviction ». Dans l'ouvrage intitulé *Chitty on Contracts*, 27^e éd. (Londres : Sweet and Maxwell, 1994), publié sous la direction de A.G. Guest, on souligne, à la p. 152, que dans le cadre d'une opération commerciale normale, lorsque l'intention d'être obligé par contrat est en litige, la charge de prouver l'absence d'une intention de cette nature [TRADUCTION] « incombe à la partie qui prétend qu'aucun effet juridique n'est voulu et il s'agit d'un lourd fardeau » : *Edwards c. Skyways Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 349. Il s'agissait toutefois là d'instances où il était clair que les documents avaient une forme contractuelle. Les circonstances qui nous occupent en l'espèce ont un caractère beaucoup moins solennel.

La plupart des précédents donnent à penser que la Cour n'est pas limitée au cadre restreint de la prétendue convention, mais peut examiner l'ensemble des circonstances. Dans la décision *Osorio c. Cardona*, précitée, la juge McLachlin a examiné des preuves faisant état de conventions passées intervenues entre d'autres parties, les circonstances dans lesquelles la prétendue convention avait été passée ainsi que les actes et assertions ultérieurs des deux parties. L'enquête vise à déterminer si un observateur raisonnable penserait qu'en signant, dans ces circonstances, le document transmis par télécopieur, [le créancier hypothécaire] avait l'intention d'être contractuellement obligé dès le moment où il a signé et remis les documents expédiés par télécopieur. [Par. 18 à 21]

[C'est moi qui souligne.]

[48] Le juge en chef McEachern a estimé que l'on ne saurait conclure que la clause dite « sous réserve de » donne à l'avocat le droit d'approuver ou de désapprouver une entente déjà conclue. Cette clause était [TRADUCTION] « simplement [le] désir exprimé des parties quant à la façon dont la transaction déjà convenue sera conclue en réalité ». Le juge en chef McEachern a ensuite fait observer ceci : [TRADUCTION] « L'examen des précédents indique que les tribunaux de notre province ont été plus susceptibles que les tribunaux d'autres provinces de donner un effet juridique à des conventions conclues à la suite de négociations et de discussions » (par. 38).

[49] Nous soulignons que les observations du juge en chef McEachern ont été faites dans le contexte d'une convention de règlement détaillée, rédigée avec l'aide de conseillers juridiques. Ce ne sont certainement pas là les faits qui nous occupent en l'espèce. Toutefois, le défunt juge en chef a également indiqué que la question de l'intention doit être tranchée à la lumière des circonstances dans leur ensemble, y compris les faits survenus après que la convention a été passée. Cette décision est importante pour les fins de la présente instance parce que l'offre de M. Girouard de faire préparer un projet de contrat afin que M^{me} Druet puisse l'examiner a été faite après que celle-ci lui a fait part de son consentement au prix d'achat. Si nous appliquons l'arrêt *Langley Lo-Cost Builders Ltd.*, la recherche de l'intention ne doit pas se limiter aux quatre courriels à

l'issue desquels M^{me} Druet se dit disposée à accepter la contre-offre de M. Girouard. Nous devons examiner les sept courriels afin de déterminer, suivant une norme objective, si la mention de la rédaction d'un document en bonne et due forme témoignait de l'intention des parties de ne pas être déjà obligées par contrat l'une envers l'autre.

C. *Décision sur la question de l'intention de créer des rapports juridiques*

[50] Nous avons déjà décidé que les faits de la présente instance appuient l'imposition d'une présomption réfutable selon laquelle les parties n'avaient pas pour but, en échangeant des courriels, de créer un contrat obligatoire d'achat et de vente d'un bien-fonds. De plus, nous avons conclu que suivant l'interprétation normalement retenue, la mention de la part de M. Girouard de la préparation future d'un projet de convention afin que M^{me} Druet l'examine signifie que les parties n'avaient pas l'intention de créer un contrat obligatoire avant qu'une convention solennelle soit rédigée et signée. Le tiers raisonnable sait également que l'échange de courriels constitue une esquisse de cadre contractuel conçue sans le secours de conseils professionnels. En résumé, les courriels ne correspondent pas au genre de conventions détaillées qui ont amené certains tribunaux à conclure que la passation d'un document solennel ne remplirait aucun fin valable si ce n'est donner à une des parties une faible excuse, sur le plan juridique, pour renier une entente.

[51] Ce qui est plus important encore, ni M. Girouard ni M^{me} Girouard n'avaient vu l'unité condominiale de M^{me} Druet. M. Girouard était encore en train d'essayer de prendre des arrangements pour que son épouse visite le condo au moment où M^{me} Druet s'est retirée de l'opération. Aux yeux du tiers impartial, l'acheteur type n'achète pas un bien existant sans d'abord le voir. Puisque les Girouard ne savaient pas du tout dans quel état se trouvait l'unité en question, il aurait été parfaitement logique que la convention ait été faite sous réserve de la passation d'un document solennel ultérieur. Le tiers raisonnable sait que M. Girouard devait encore prendre connaissance des obligations qui lui incomberaient lorsqu'il [TRADUCTION] « assumer[ait] » l'hypothèque existante. Plus précisément, il ne connaissait pas le montant de

l'hypothèque qu'il devrait assumer ni la lourdeur des clauses de l'hypothèque. En outre, rien n'a été dit à propos des questions de droit qui sont propres aux opérations consistant dans la vente de condominiums. Tous ces faits, lorsqu'examinés collectivement, renforcent la présomption selon laquelle il n'y a jamais eu d'intention de créer des rapports obligatoires par Internet. Pour le cas où il y aurait des doutes sur cette question, l'offre de M. Girouard de faire rédiger une convention d'achat-vente en bonne et due forme afin que M^{me} Druet l'examine est concluante. Il faut convenir que lors de l'interrogatoire préalable, les deux parties ont reconnu que sans un contrat d'achat-vente solennel, il était peu probable que la titulaire de l'hypothèque existante aurait accepté les courriels comme preuve d'un contrat obligatoire et qu'il aurait donc fallu qu'un document en bonne et due forme soit préparé à l'intention de la créancière hypothécaire. À notre avis, toutefois, cela ne change rien au fait qu'il y a d'autres raisons valables et impérieuses pour lesquelles ni l'une ni l'autre parties n'auraient voulu être contractuellement obligées après que M^{me} Druet ait accepté la contre-offre de M. Girouard.

[52] Pour le cas où un doute subsisterait quant au bien-fondé de l'analyse qui précède, nous proposons le raisonnement suivant aux fins d'étayer davantage notre conclusion finale. Le tiers raisonnable pourrait fort bien tenir pour acquis que la recherche de l'intention qui est requise pour créer des rapports juridiques consiste dans la recherche d'une intention réciproque, en ce sens que les deux parties avaient l'intention d'être obligées par l'échange en question, pas seulement une des parties. Il semblerait peu logique de conclure, par exemple, que les parties voulaient que M^{me} Druet soit obligée, mais pas M. Girouard. Chose curieuse, M. Girouard n'a jamais mentionné ni son nom de famille ni son prénom à la fin de ses courriels. Par conséquent, s'il avait décidé de se retirer de l'opération, il aurait vraisemblablement pu le faire sans engager sa responsabilité envers M^{me} Druet en invoquant l'al. 1d) de la *Loi relative aux preuves littérales*. À défaut de ce moyen de défense, M. Girouard pourrait plaider l'absence d'intention de créer des rapports juridiques parce qu'il avait proposé de faire rédiger un contrat solennel afin que M^{me} Druet l'examine. Si M. Girouard avait subséquemment inspecté le condominium en compagnie de son épouse et qu'ils avaient découvert que

l'unité avait besoin de réflexions ou qu'elle ne leur convenait pas, leur plaidoyer d'absence d'intention aurait eu une apparence de vraisemblance, du point de vue du tiers raisonnable. Si M. Girouard avait examiné les clauses de l'hypothèque et conclu qu'elles ne satisfaisaient pas à la norme escomptée, il aurait pu là encore invoquer l'offre qu'il avait faite de faire rédiger un contrat de vente en bonne et due forme. En somme, dans la mesure où les faits appuient l'idée que M. Girouard n'avait pas l'intention requise pour passer un contrat obligatoire, il n'y a aucune raison pour laquelle notre tiers raisonnable ne tiendrait pas également pour acquis que M^{me} Druet n'avait pas non plus l'intention requise.

[53] Nous estimons que le tiers raisonnable, devant les faits de la présente instance, en viendrait à conclure à l'absence d'intention de créer des rapports juridiques. Comme nous l'avons dit au début, le tiers raisonnable sait que l'acheteur type d'un logement n'achète pas un bien existant sans l'avoir vu et une personne raisonnable n'achète pas un bien sans l'approbation de son conjoint ou de sa conjointe dans des circonstances où l'opinion de ce conjoint ou de cette conjointe est sollicitée. Ceux et celles qui acceptent d'acheter et de vendre des biens ou marchandises sur Kijiji ne s'attendent habituellement pas à être obligés avant d'avoir eu la possibilité d'examiner ces biens ou marchandises, même s'ils ont peut-être accepté les conditions essentielles. Le principe général veut que la première personne à se présenter à l'autre avec de l'argent soit l'acheteur. Les gens qui achètent des biens sur eBay connaissent fort bien les risques qu'il y a à acheter sans inspection mais on leur donne différents moyens d'évaluer l'honnêteté du vendeur avant d'appuyer sur la touche « Entrée » pour confirmer une offre d'achat ou une enchère ou encore exercer l'option [TRADUCTION] « acheter maintenant ». Franchement, il y a plus de formalités juridiques entourant les millions de transactions qui s'effectuent quotidiennement sur eBay que ce fut le cas en l'espèce. Des parties à une opération immobilière qui ne se connaissent pas fixent habituellement une date de clôture, versent ou obtiennent un dépôt et, chose plus importante encore, signent une convention d'achat-vente en bonne et due forme.

[54] Compte tenu de la norme objective dite de l'observateur type ou du tiers raisonnable, nous concluons que les parties n'avaient pas l'intention requise de passer un contrat obligatoire en vue de l'achat et de la vente de l'unité condominiale. Par conséquent, bien que M^{me} Druet ait accepté la contre-offre de M. Girouard, qui s'établissait à 155 000 \$, elle pouvait se retirer des négociations sans engager sa responsabilité et il y a donc lieu d'accueillir l'appel.

VIII. Dispositif

[55] Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler la décision du juge saisi de la motion. Le dossier déposé devant le juge saisi de la motion ne révélait l'existence d'aucune convention d'achat-vente obligatoire. La motion, ensemble ses modifications, doit être rejetée. Si M^{me} Druet avait aussi demandé un jugement sommaire portant rejet de l'action en vertu de la règle 22.01(3), sa demande aurait été accueillie. Malheureusement, le juge de la motion n'était pas saisi de cette question et nous n'en sommes pas saisis non plus. Toutefois, à moins qu'il n'y ait par ailleurs abandon de l'affaire, rien n'empêche actuellement M^{me} Druet de déposer une motion devant la Cour du Banc de la Reine sous le régime de cette règle. Si cela se produisait, un juge devrait trancher l'affaire en conformité avec les présents motifs.

[56] Puisque M^{me} Druet était représentée par des avocats dans le cadre de la motion devant la Cour du Banc de la Reine, elle a droit à des dépens que nous fixons à 3 500 \$. Puisque M^{me} Druet s'est représentée elle-même lors de l'audition de la demande en autorisation d'appel et de l'audition subséquente de l'appel, elle n'a droit qu'aux débours, que nous fixons à 1 500 \$, pour un total de 5 000 \$.