

Sur les notions juridiques indéterminées. Les tiers en droit privé québécois, ces étranges étrangers

Louise Rolland

Volume 35, numéro 4, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027180ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027180ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Rolland, L. (2005). Sur les notions juridiques indéterminées. Les tiers en droit privé québécois, ces étranges étrangers. *Revue générale de droit*, 35(4), 533–551. <https://doi.org/10.7202/1027180ar>

Résumé de l'article

Les concepts ne sont pas flous par absence de définition. Tout concept porte son sens, sa compréhension. On les dira flous, quand leur extension est mal délimitée, quand leurs référents ne sont pas clairement identifiés, donc quand leur contenu est variable.

Le législateur, qui choisit d'adopter un concept flou pour poser la règle de droit, admet l'indétermination des sujets ou des objets qu'elle vise. Ce faisant, il délègue sa puissance; du même souffle, il indique la multiplicité et la latitude.

Le *Code civil du Québec* régit les personnes, les biens et les rapports entre les personnes.

Les « tiers » y partagent avec la bonne foi, la faute, les usages, l'équité et bien d'autres, le domaine des concepts flous.

Par définition, les tiers sont des étrangers. Étrangers à la Cité, ils n'ont pas le statut de citoyen; étrangers à la communauté, ils n'en partagent pas l'identité.

L'extranéité est provoquée par la clôture d'un espace, ici de l'espace juridique créé par les droits et obligations.

En théorie, cette structure, formée par les principes de la relativité et de l'opposabilité des droits, est remarquable de simplicité : les tiers qui tentent de s'immiscer sont expulsés; les tiers qu'on tente d'inclure sont libérés. La vie sociale est-elle plus complexe ? La construction juridique y répond par la fragmentation jusqu'au modèle primaire.

En réalité, la complexité des rapports sociaux rattrape le droit; au moment de son application, les tribunaux ne peuvent y échapper. Les tiers sont alors tirés de ce magma informe dans lequel on les reléguait et prennent qualité juridique. Leur seule identification tisse déjà une toile de relations enchevêtrées.

Sur les notions juridiques indéterminées. Les tiers en droit privé québécois, ces étranges étrangers^{*}

LOUISE ROLLAND

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

Les concepts ne sont pas flous par absence de définition. Tout concept porte son sens, sa compréhension. On les dira flous, quand leur extension est mal délimitée, quand leurs référents ne sont pas clairement identifiés, donc quand leur contenu est variable.

Le législateur, qui choisit d'adopter un concept flou pour poser la règle de droit, admet l'indétermination des sujets ou des objets qu'elle vise. Ce faisant, il délègue sa puissance; du même souffle, il indique la multiplicité et la latitude.

Le Code civil du Québec régit les personnes, les biens et les rapports entre les personnes.

ABSTRACT

Concepts are not vague by lack of definition. Any concept bears its meaning, its comprehension. They will be said to be vague when their extension is not well delimited, when their referents are not clearly identified, thus when their contents vary.

The legislator who chooses to adopt a vague concept to lay the rule of law acknowledges the indeterminacy of the intended subjects or objects. Doing so, he delegates his power; at the same time, he indicates multiplicity and latitude.

The Quebec Civil Code rules persons, property and the relations between persons.

^{*} Ce texte s'inspire d'une communication au Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique organisé par l'Instituto Nacional de Administración Publica (Madrid, Espagne): *L'application du droit par l'administration publique et la justice : Les problèmes des notions indéterminées en droit.*

Les « tiers » y partagent avec la bonne foi, la faute, les usages, l'équité et bien d'autres, le domaine des concepts flous.

Par définition, les tiers sont des étrangers. Étrangers à la Cité, ils n'ont pas le statut de citoyen; étrangers à la communauté, ils n'en partagent pas l'identité.

L'extranéité est provoquée par la clôture d'un espace, ici de l'espace juridique créé par les droits et obligations.

En théorie, cette structure, formée par les principes de la relativité et de l'opposabilité des droits, est remarquable de simplicité : les tiers qui tentent de s'immiscer sont expulsés; les tiers qu'on tente d'inclure sont libérés. La vie sociale est-elle plus complexe? La construction juridique y répond par la fragmentation jusqu'au modèle primaire.

En réalité, la complexité des rapports sociaux rattrape le droit; au moment de son application, les tribunaux ne peuvent y échapper. Les tiers sont alors tirés de ce magma informe dans lequel on les reléguait et prennent qualité juridique. Leur seule identification tisse déjà une toile de relations enchevêtrées.

"Third parties" share, along with good faith, fault, usage, equity and many others, the domain of vague concepts.

By definition, third parties are outsiders. Outsiders to the City, they are not granted with a citizen status.

Outsiders to the community, they do not share its identity. The foreign origin is prompted by a closed space, here a legal space created by rights and obligations.

In theory, this structure, based on the principles of the relative effect and opposability of rights, is remarkably simple : third parties who try to interfere are thrown out; third parties we try to include are discharged. Is the social life more complex? The legal construction will answer by fragmenting it back to the primary model.

In reality, the complexity of the social relationships catches up on law; at the time of its application, the courts cannot duck out. Third parties are then pulled out of this jumble in which they have been relegated to take on a legal quality. Their only identification weaves a web of intertwined relationships.

SOMMAIRE

Introduction	535
I. La clôture juridique	537
A. Les tiers et la construction des principes juridiques	537
B. Les tiers et la cohérence du système juridique	540
II. L'ouverture judiciaire.....	543
A. La naissance d'un tiers.....	543
B. La mort et la survie d'un tiers	547
Conclusion	549

INTRODUCTION

Un concept est une représentation symbolique, de nature verbale, ayant une signification générale qui convient à toute une série d'objets concrets possédant des propriétés communes. Selon la linguistique, tout concept emporte sa compréhension ou connotation, c'est-à-dire l'ensemble des caractéristiques qui le définit, et son extension ou dénotation, c'est-à-dire l'ensemble des objets concrets ou abstraits sur lequel il porte, auxquels il réfère, donc ses référents.

Qualifier un concept comme étant flou, une notion comme étant indéterminée, ce n'est certes pas affirmer une absence de sens. Au contraire, c'est sa trop forte disponibilité énumérative qui est en cause, soit par une pluralité de sens, soit par une multiplicité de référents.

Dans le domaine juridique, et particulièrement dans les systèmes de droit écrit, décider qu'un concept est déterminé ou indéterminé relève du récepteur de la norme. Jamais l'auteur de la règle, le législateur, n'a-t-il affirmé le caractère flou ou précis des concepts qu'il utilise. Définir une notion juridique, poser sa compréhension, dépend parfois de la loi, presque toujours d'un exercice d'interprétation. Fixer son objet, circonscrire son extension, dépend parfois de la loi, presque toujours d'un exercice de qualification.

Les tribunaux et l'administration, chargés d'appliquer les règles, sont donc directement interpellés. Ils sont pourtant peu disert sur le phénomène, se contentant d'affirmer, à l'occasion, que tel concept se précisera au fur et à mesure de ses applications. En fait, la notion même de « concept indéterminé » est une création doctrinale. L'indétermination vient de la variété des cas d'application et de la difficulté, pour les juristes, d'en rendre compte de façon cohérente, d'en assurer l'univocité.

Le droit commun codifié, comme les chartes des droits et libertés fondamentaux, est un terrain propice à l'adoption de concepts ouverts, qu'on pense à la bonne foi, à la faute, à autrui, à la liberté, à l'égalité. L'on dit souvent que ces concepts servent d'une part à couvrir un ensemble disparate de cas d'espèces, d'autre part à prévoir l'imprévisible mouvement de l'évolution des réalités et des mentalités. Les notions indéterminées rempliraient donc des fonctions déterminées.

Le concept de « tiers », dans les rapports de droit privé, rallie cette problématique. Le *Code civil du Québec* comporte plus de 200 interpellations législatives des tiers, aux titres des personnes, des biens, des obligations, de la preuve, des sûretés, de la publicité des droits. S'il arrive au législateur de les qualifier — par exemple, les tiers bénéficiaires de la stipulation pour autrui¹, les tiers acquéreurs pour la prescription acquisitive² — ce n'est généralement pas le cas. Les tiers forment autrement une masse indifférenciée.

Les tiers sont unanimement définis comme des étrangers, étrangers à un groupe selon les dictionnaires généraux, étrangers à un rapport juridique selon les dictionnaires spécialisés.

L'attribution de droits par le système juridique est fondée sur l'individualité des sujets³ et sur l'exclusivité des prérogatives que chaque droit emporte. En cela, le droit civil québécois est marqué par l'idéologie individualiste qui a imprégné sa fondation et qui domine toujours sa détermination. Cette idéologie provoque la fragmentation des relations sociales : les rapports de droit deviennent des sphères closes,

1. Art. 1444 C.c.Q.

2. Art. 2920 C.c.Q.

3. Nous ne toucherons pas ici le difficile problème des droits collectifs.

dont les bornes sont délimitées par chaque situation juridique. Ce sont ces frontières qui, comme toutes frontières, donnent naissance à l'extranéité. Le droit civil propose donc une structure binaire : d'un côté, les habitants d'un espace juridique — titulaire de droits ou débiteur d'obligations — et de l'autre, ceux qui en sont exclus, les tiers. La clôture juridique engendre donc les tiers qui, dans un mouvement circulaire, seraient essentiels à sa construction et au maintien de la cohérence globale du système (I).

Cependant, malgré les efforts de simplification de la théorie juridique, le monde des tiers ne peut se réduire à un agrégat informe : la complexité des rapports sociaux refait surface dès que la réalité se manifeste. Les tribunaux sont dès lors appelés à qualifier les tiers, à parcourir le labyrinthe relationnel, à identifier les référents auxquels renvoie ce concept, bref à déterminer l'indéterminé. Leur intervention engendre, à l'égard des tiers, des effets inattendus, qui vont au-delà de la seule exclusion. Le foisonnement social commanderait donc l'ouverture judiciaire (II).

I. LA CLÔTURE JURIDIQUE

La clôture juridique a pour effet de circonscrire les rapports privés de droit, en isolant les sujets et l'objet du droit dans un espace dont sont exclues toutes les autres personnes. Cette clôture est soutenue par des principes juridiques, qui assurent du même souffle la cohésion interne du système. Demandons-nous jusqu'à quel point ces tiers exclus sont utiles, voire nécessaires, d'une part à la construction de ces principes (A) et d'autre part à leur force cohésive (B)?

A. LES TIERS ET LA CONSTRUCTION DES PRINCIPES JURIDIQUES

La structuration des rapports de droit privé par le *Code civil du Québec* est désarmante de simplicité pragmatique. Article premier du Code civil : « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils ». Article 2 C.c.Q. : « Toute personne a un patrimoine ». Article 3 C.c.Q. : « Toute personne est titulaire de droits de la

personnalité». Article 4 C.c.Q. : « Toute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils ». Par l'effet d'une fiction et avec certaines adaptations, les personnes morales jouissent des mêmes attributs⁴.

Les catégories juridiques sont définies surtout par la doctrine : les droits extrapatrimoniaux (ou droits de la personnalité) et les droits patrimoniaux, réels ou personnels⁵, délimitent les territoires juridiques et attribuent, en quelque sorte, la « citoyenneté privée », c'est-à-dire la prérogative d'occuper positivement et activement ce territoire. Mais, comment la doctrine définit-elle ces catégories théoriques?

Les droits de la personnalité sont les droits inhérents à l'état de personne⁶ : le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation ou de sa vie privée. Une seule personne habite cet espace, le sujet et l'objet du droit étant confondus.

Les droits réels sont ceux qui portent directement sur une chose : le droit de propriété, ses démembrements, l'hypothèque. Sur ce territoire, une personne et une chose, un sujet qui a un pouvoir absolu sur un objet, matérialisé ou non.

Les droits personnels sont des liens de droit entre deux personnes : créance pour l'un et obligation pour l'autre. La situation juridique se refermerait donc sur ces deux seuls sujets, réunis par une relation dynamique, autour d'un droit que l'un peut exercer contre l'autre.

Ainsi, tout serait dit; le système juridique aura créé des bulles, des îlots, des royaumes où tantôt le roi est seul, tantôt servi par un seul sujet. Cette vision statique est rendue possible par un procédé de *zoom in* : la caméra s'approche, fixe le figurant et fige son mouvement.

Mais doit-elle reculer, exercer un *zoom out*, prendre le plan d'ensemble : le mouvement se ranime, le dynamisme social renaît. La construction initiale doit alors être soutenue, les territoires protégés. La doctrine érige alors une clôture,

4. Art. 298, 301, 302 et 303 C.c.Q.

5. Nous pourrions ajouter, à cette nomenclature, les droits intellectuels à mi-chemin entre les droits de la personnalité et les droits réels.

6. La disposition préliminaire du Code civil nous invite à le lire en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12), loi du Québec ayant acquis un statut quasi-constitutionnel : aux termes de ces deux documents, tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques.

essentiellement par la construction de trois principes théoriques qui consacrent l'indépendance juridique des individus les uns par rapport aux autres⁷ : l'exclusivité pour les droits de la personnalité, l'exclusivisme pour les droits réels et la relativité pour les droits personnels. La doctrine élabore ces principes pour mieux caractériser ses catégories juridiques.

Le principe d'exclusivité a pour effet de chasser les droits de la personnalité de la circulation juridique et de les rendre hors d'atteinte. L'incessibilité et l'intangibilité qui les caractérisent ont pour effet d'attirer le regard sur les tiers pour mieux les exclure.

Les droits réels — particulièrement le droit de propriété — sont définis, par la théorie classique, en termes d'absolutisme. Tenant compte des développements sociaux et des atténuations jurisprudentielles importantes apportées à ce principe — entre autres par la théorie de l'abus de droit —, on lui a plutôt substitué le principe de l'exclusivisme⁸. Un changement sémantique n'étant jamais totalement neutre, passer de l'absolutisme à l'exclusivisme provient de — ou provoque — une vision nouvelle. En fait, l'on détourne en quelque sorte le regard du titulaire du droit pour l'orienter vers les autres, les tiers. Le principe d'exclusivisme met l'accent sur les frontières de l'espace juridique et sur leur impénétrabilité. Les caractéristiques du droit réel se précisent par les tiers : c'est un droit direct et immédiat sur l'objet, qui s'exerce sans l'intermédiaire d'**autres** personnes; son titulaire peut le faire valoir à l'égard de tous les **autres**, suivre la chose quand elle passe entre les mains d'une **autre** personne et être préféré à tout **autre** qui n'aurait pas les mêmes pouvoirs sur son objet.

Le principe de la relativité est depuis longtemps codifié en matière contractuelle : le contrat n'a d'effet qu'entre les parties; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi⁹. Si la clôture juridique trouve résolument à s'exprimer en matière contractuelle, cela tient sans doute au rôle de la volonté individuelle dans la création de ces

7. J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 17.

8. M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Paris, Economica, 1989, 320 p.

9. Art. 1023 C.c.B.C., art. 1440 C.c.Q. et art. 1165 C.c.fr.

obligations. Il n'en demeure pas moins qu'elle s'applique à tout lien obligationnel, espace fermé sur les deux seuls sujets qui y tiennent un rôle actif, à l'exclusion de tous les autres.

Les principes d'exclusivité, d'exclusivisme et de relativité participent à l'isolement juridique; ils fondent la clôture catégorielle qui trouve sa véritable expression dans cette notion indéterminée de tiers.

Mais en dévoilant ainsi les intérêts antagoniques des sujets et des tiers, ces trois principes en appellent un autre, qui confère aux droits leur véritable puissance sociale, soit l'opposabilité. L'on a coutume de dire que l'opposabilité rend compte du rayonnement des situations juridiques, de leurs effets indirects sur les tiers, négatif en ce qu'ils doivent les subir et positif en ce qu'ils peuvent en profiter.

Toute situation juridique, tout rapport de droit privé, provoque donc un phénomène de réflexion et de réfraction à l'égard des tiers. Réflexion, en ce que l'opposabilité des droits aux tiers par les sujets directs crée, à leur charge, un devoir général de respect. Réfraction, en ce que l'opposabilité des droits aux sujets directs par les tiers crée, en leur faveur, un système de protection.

Pour la méthodologie juridique, la conclusion s'impose déjà sur l'artificialité de la construction du droit qui appelle les tiers pour mieux les exclure et qui les écarte pour mieux les inclure. Ces deux techniques serviront également la cohésion interne du système.

B. LES TIERS ET LA COHÉRENCE DU SYSTÈME JURIDIQUE

Si les principes juridiques exercent une clôture, ils ne peuvent, ce faisant, dénier le dynamisme social. Devant ce tiraillement, comment assurer la cohérence du système de droit? La technique juridique réussit cette opération en utilisant deux méthodes diamétralement opposées, mais qui ont en commun la présence des tiers. D'un côté, par l'interpellation directe d'un tiers innommé. De l'autre côté, par le camouflage d'un tiers autrement nommé.

Dans un cas comme dans l'autre, l'on vise à endiguer l'éclatement des frontières, l'on vise à préserver les catégories juridiques. Deux exemples serviront d'illustrations.

L'article 2130 C.c.Q. définit le mandat comme « le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un **tiers**, à une autre personne, le mandataire, qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer ». Voilà une définition législative fort laborieuse où l'interpellation explicite d'un tiers innommé est essentielle pour distinguer deux opérations juridiques, pour isoler deux espaces juridiques et sauvegarder, dans les deux cas, le principe de la relativité des droits personnels : d'une part les droits que le mandat fait naître et d'autre part ceux qu'il est destiné à faire naître, à modifier ou à éteindre¹⁰.

Tant que l'acte juridique escompté est en gestation, et quelle qu'en soit sa durée, le tiers innommé assure la défiguration du trio socialement présent. Au moment de sa formation, ce tiers se mute en sujet d'une nouvelle situation juridique dont un autre doit être exclu, à l'égard de laquelle le mandant ou le mandataire doit devenir, à son tour, un tiers. La notion de tiers sert ainsi la fragmentation des rapports de droit jusqu'à la cellule de base établie par la théorie.

Ici, la césure temporelle donne l'illusion d'une succession d'événements juridiques clos les uns aux autres. Sans cette notion indéterminée de tiers, l'éclairage tomberait dru sur des relations tripartites qui, sans être totalement ouvertes, ne sont pas totalement fermées.

Cette technique emporte cependant des coûts, en paradoxes et illogismes. Le législateur québécois consacre, au chapitre du mandat, une section aux « **obligations** des parties envers les **tiers** » et deux sous-sections aux « **obligations** du mandataire envers les **tiers** » et aux « **obligations** du mandant envers les **tiers** ». Sans vouloir être puriste, ce sont là de curieuses appellations dont l'origine me paraît mal contrôlée : dans cet espace juridique des droits personnels, le créancier ou le débiteur ne peut théoriquement pas être un tiers.

Pourtant le style ne se dément pas tout au long de cette section. Ainsi — et je cite le texte des dispositions —, en règle générale, « le mandant est **tenu** envers le **tiers** pour les actes

10. La question de la qualification juridique du paiement, entre l'acte juridique et le fait juridique, a connu une nouvelle vitalité à cause de cette définition du mandat, mais elle reste entière encore à ce jour.

accomplis par le mandataire »¹¹. Cependant, en cas d'excès de pouvoirs ou de mandat occulte, « le mandataire est personnellement **tenu** envers le **tiers** avec qui il **contracte** »¹². En cas de mandat occulte, « le mandant peut toutefois, après avoir révélé au tiers le mandat qu'il avait consenti, poursuivre directement le **tiers** pour les **obligations contractées** par ce dernier à l'égard du mandataire qui avait agi en son propre nom, tout en conservant au **tiers** les moyens **respectivement** opposables au mandant et au mandataire »¹³.

Que de contorsions notionnelles, dans lesquelles l'interpellation du tiers sert exclusivement à casser le triangle, de façon à maintenir les catégories juridiques et les principes qui les appuient¹⁴.

Il est d'autres situations où la sauvegarde de la construction théorique sera assurée par le camouflage du tiers, sous une autre qualification.

Au titre des droits de la personnalité, l'article 10 C.c.Q. reconnaît que toute personne est inviolable et a droit à son intégrité; du même souffle, le législateur ajoute que nul ne peut porter atteinte à ce droit sans le consentement libre et éclairé de son titulaire. Seul le titulaire du droit peut donc y renoncer, en consentant par exemple aux soins médicaux ou à l'expérimentation sur sa personne.

En cas d'incapacité du sujet, ses représentants légaux ou conventionnels pourront consentir à sa place. Mais en l'absence de représentant, ce pouvoir est attribué au conjoint ou à défaut à un proche parent ou à une personne qui démontre pour lui un intérêt particulier¹⁵.

La sphère, hermétiquement close aux tiers par le principe de l'exclusivité, se gonfle pour accueillir l'intervention de personnes, en soi étrangères au rapport de droit, mais dont

11. Art. 2160 C.c.Q.

12. Art. 2158 et 2159 C.c.Q.

13. Art. 2165 C.c.Q.

14. Nous pourrions refaire cette démonstration avec le crédit-bail défini par l'article 1842 C.c.Q. comme le « contrat par lequel une personne, le crédit-bailleur, met un meuble à la disposition d'une autre personne, le crédit-preneur, pendant une période de temps limité et moyennant une contrepartie. Le bien qui fait l'objet du crédit-bail est acquis d'un **tiers** par le crédit-bailleur, à la demande du crédit-preneur et conformément aux instructions de ce dernier. »

15. Art. 15 C.c.Q.

les relations affectives avec le sujet leur permettent d'être qualifiées autrement. Même si en théorie ce sont des tiers, ils sont implicitement interpellés pour répondre aux besoins sociaux.

Le législateur, on le voit, a absorbé la construction théorique des rapports de droit, mais, se rapprochant davantage de la réalité, il doit se soumettre à certains subterfuges pour assurer la cohérence interne du système. La notion indéterminée de tiers n'y est pas étrangère.

II. L'OUVERTURE JUDICIAIRE

Les juges n'ont pas que des préoccupations taxinomiques. Ils doivent faire face à la réalité qui se conjugue mal, dans sa diversité et sa complexité, avec les constructions théoriques et les catégories fermées. Ils appartiennent néanmoins à la communauté juridique et partagent son horizon méthodique. S'ils doivent maintenir la cohérence du système de droit et renforcer sa prévisibilité, ils n'en sont pas moins animés par l'idée de justice et la recherche d'équité. Les notions indéterminées et leurs applications circonstanciées tendent à concilier leur double mission. Le traitement qu'ils réservent à la notion de tiers dans les rapports de droit privé illustre à merveille ces deux trajectoires et leurs inévitables intersections¹⁶. Dans l'accomplissement de leur mission, les juges tantôt donneront naissance à un tiers insoupçonné (A), tantôt donneront la mort à un tiers qualifié ou, au contraire, favoriseront sa survie (B).

A. LA NAISSANCE D'UN TIERS

Dans l'affaire *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*¹⁷, un contrat de prêt hypothécaire contient une clause par laquelle l'emprunteur s'engage à assurer l'immeuble

16. Il ne s'agit pas de faire une revue complète de la jurisprudence canadienne sur l'application du concept de tiers; certains arrêts de la Cour suprême du Canada, alors qu'elle siégeait en appel de jugements québécois, serviront d'illustrations.

17. *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

soumis à la garantie. Ce contrat d'assurance fut effectivement conclu par l'emprunteur; il comprenait une clause hypothécaire visant l'indemnisation du prêteur en cas de sinistre. Il y a donc deux contrats en cause.

Quelque temps plus tard, les biens assurés sont incendiés par la faute intentionnelle de l'emprunteur. Le prêteur poursuit l'assureur en indemnisation; celui-ci refuse de payer, invoquant une règle d'ordre public qui l'exonère de responsabilité en cas de faute intentionnelle de l'assuré¹⁸. La question en litige tourne autour de la qualification juridique de la clause hypothécaire du contrat d'assurance.

S'agit-il d'une stipulation pour autrui au bénéfice du prêteur? Le promettant — ici, l'assureur — pourra alors opposer au tiers-bénéficiaire — le prêteur — tous les moyens qu'il aurait pu faire valoir contre le stipulant — l'emprunteur assuré —, y compris sa faute intentionnelle. L'assureur serait donc libéré.

La Cour suprême du Canada ne retient pas cette interprétation; elle propose plutôt un double dédoublement de contrats. Le contrat de prêt hypothécaire initial aurait fait naître, à travers la clause d'assurance, un contrat de mandat par lequel l'emprunteur s'engageait à conclure un contrat d'assurance pour et à l'acquit du prêteur. Le contrat d'assurance aurait, à son tour, fait naître, à travers la clause hypothécaire, un deuxième contrat d'assurance entre l'assureur et le prêteur agissant par son mandataire, soit l'emprunteur assuré.

Par l'effet du principe de la relativité des contrats, l'emprunteur est un tiers à la deuxième assurance et l'assureur ne peut opposer, à son assuré, la faute intentionnelle d'un tiers pour refuser son exécution.

Ici, les catégories juridiques sont sauvegardées et multipliées par l'utilisation de la technique de fragmentation qui permet d'attribuer le statut de tiers à l'auteur de la faute. Les distorsions sont importantes et les relations extrêmement emberlificotées, mais la notion de tiers permet aux actes juridiques de produire des effets attendus et de servir ainsi l'équité.

18. Art. 2563 C.c.B.C. (maintenant, l'article 2464 C.c.Q.).

La Cour suprême n'a donc pas hésité, sous le couvert de la construction juridique, à engendrer un tiers en créant en quelque sorte un contrat; elle n'hésitera pas non plus à créer un tiers, en occultant un contrat, pour appliquer le régime de la responsabilité délictuelle.

L'arrêt *Banque de Montréal c. Bail*¹⁹ nous met en présence d'un contrat d'entreprise et d'un contrat de sous-traitance, deux contrats distincts selon les catégories théoriques. Le sous-traitant poursuit le maître de l'ouvrage pour obtenir compensation en invoquant le préjudice qu'il aurait subi par sa faute, soit l'inexécution d'une obligation de renseignement née du contrat d'entreprise. Pour accueillir cette action, il faut soit élargir le cercle contractuel pour former un triangle incluant le sous-traitant²⁰, soit convertir ce dernier en tiers, victime d'une faute quasi-délictuelle. La Cour suprême opte pour la seconde solution.

Que la victime de cette faute soit par ailleurs en relations contractuelles immédiates avec l'entrepreneur, que ces deux contrats participent des mêmes objectifs économiques, que sans ces contrats elle n'aurait jamais subi de préjudice, semble ne pas importer à la Cour. Ce contexte doit, au contraire, s'effacer pour ne laisser, sous le projecteur, qu'un contrat source d'obligation et de faute, de façon à ce que le sous-traitant ne soit plus à son égard qu'un tiers.

C'est là le prix de l'indemnisation, peut-être aussi de l'équité. Nous ne sommes alors plus en présence de deux seules situations juridiques fermées, mais bien d'un troisième espace où le créancier contractuel est devenu un créancier délictuel. Nous assistons à un changement de statut — de contractant à tiers — qui ouvre le droit d'action et qui permet de lever les moyens d'exonération et les immunités contractuelles que les parties s'étaient par ailleurs données. Encore là, la règle de justice l'emporte sans menacer ouvertement l'intégrité des catégories théoriques.

La Cour suprême du Canada ira, dans cette foulée, jusqu'à décomposer la structure interne d'une entreprise.

19. *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554.

20. D. JUTRAS, « Le tiers trompé (À propos de l'affaire *Bail Ltée*) », [1993] 72 R. du B. can. 28, 34.

Dans l'affaire *Houle c. Banque canadienne nationale*²¹, une compagnie familiale, dont les quatre frères sont les seuls actionnaires, fait affaire depuis des années avec la même Banque. La compagnie et la Banque sont liées par un contrat de prêt à demande de 700 000 \$, cautionné personnellement par les quatre frères actionnaires. Les frères Houle sont sur le point de vendre leurs actions quand la Banque rappelle le prêt consenti à la compagnie; une heure après la mise en demeure, les actifs de la compagnie sont saisis et, moins de trois heures plus tard, ils sont liquidés.

La vente d'actions sera tout de même conclue, mais à rabais. Les frères Houle poursuivent la Banque pour leur perte alléguant l'abus de droit.

Il y a eu abus des droits contractuels selon la Cour suprême, la Banque n'ayant pas accordé un délai d'exécution raisonnable. Si la compagnie est indubitablement contractante, ses actionnaires le sont-ils? Une réponse affirmative engendrerait des relations tripartites qui, en rendant compte de la proximité des liens, dénieraiient la théorie juridique²².

Le tribunal choisit plutôt d'appliquer le régime de la responsabilité délictuelle et, pour ce faire, d'attribuer le statut de tiers aux frères Houle. Mais, considérer les actionnaires d'une compagnie familiale comme des étrangers à son endroit peut paraître incongru, compte tenu de l'intimité des relations qu'ils entretiennent avec elle. Les actionnaires prennent toutes les décisions qui la concernent, parlent à sa place, subissent directement les turbulences qu'elle traverse; certains disent même d'eux qu'ils en sont les *alter ego*. Les juges en sont conscients et ne déniaient pas les intérêts interreliés des uns et des autres, ce qui ne les empêche pas d'opérer une permutation partant de la faute contractuelle vers une réparation délictuelle en passant par un manquement aux règles générales de la vie en société.

21. *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

22. C'est la solution proposée par un auteur qui commente cet arrêt : J. TURGEON, « Les actionnaires, le voile corporatif et les tiers : quelques réflexions sur l'arrêt *Houle c. Banque Nationale* et la véritable nature de ces rapports », (1993) 24 R.G.D. 411. Quand cet auteur utilise la notion de tiers dans son commentaire, il fait curieusement référence à la Banque ou à tout autre personne qui entretient des rapports juridiques avec la compagnie et ses actionnaires.

Dans tous ces arrêts, les juges sont convaincus que le préjudice subi doit être compensé. Cependant la clôture juridique a pour effet de dénier à la victime un recours directement relié au rapport de droit originaire. Pour dénouer cette impasse, pour assurer une solution équitable tout en maintenant les catégories théoriques, l'on doit traiter certains acteurs comme des tiers, quel que soit leur statut initial, pour ensuite les projeter dans une autre situation juridique, un autre contrat ou un délit.

B. LA MORT ET LA SURVIE D'UN TIERS

Dans l'affaire *Côté c. Sterblied*, un créancier hypothécaire de second rang offre de payer le créancier qui lui est préférable, de façon à faire jouer le mécanisme de la subrogation légale prévue à l'article 1156 C.c.B.C.²³. Cette offre de paiement par un tiers à l'obligation est refusée : n'étant pas faite à l'avantage du débiteur mais dans le seul but de changer le créancier, elle ne remplit pas les conditions fixées par l'article 1141 du C.c.B.C.²⁴.

Les juges ont donc à résoudre une antinomie : les règles du paiement par un tiers sont inconciliables avec l'application de certains cas de subrogation légale. La principale question en litige se noue autour du concept de tiers.

Le raisonnement judiciaire aurait dû suivre le trajet allant du paiement vers la subrogation, le premier étant la condition essentielle de la seconde. Cet itinéraire les aurait obligés à démontrer que les conditions du paiement par le tiers étaient adéquatement remplies, pour conclure à son effet subrogatoire.

Dans cet arrêt pourtant, le raisonnement s'inverse. Les juges affirment d'abord que le second créancier hypothécaire entre précisément dans un cas de subrogation légale; ils continuent en disant qu'il doit donc pouvoir forcer le premier créancier à recevoir le paiement, sans quoi le droit à la subrogation serait illusoire; étant donné l'intérêt du second

23. Maintenant l'article 1656 C.c.Q.

24. Maintenant l'article 1555 C.c.Q.

créancier dans la subrogation, ils peuvent conclure qu'il n'est pas étranger au paiement et ne peut donc être considéré comme un tiers.

Pour assurer ici la cohérence du système juridique et contrer les effets contradictoires des dispositions législatives, les juges ont dû nier l'extranéité théorique et, ce faisant, déconstruire les catégories abstraites. Résultat : un tiers à l'obligation, s'il a un intérêt légal à son exécution, n'est pas un tiers au paiement et cela, malgré le texte de la règle.

La dénégation du tiers résulterait de l'enchaînement des situations juridiques et le mouvement de transmission entraînerait le changement de statut. À l'inverse, il arrive que le statut juridique survive aux événements factuels.

En matière familiale, dans l'affaire *L.G. c. G.B.*²⁵, le tribunal était saisi d'une demande de modification de la pension alimentaire versée à l'ex-épouse, pension qui lui avait été consentie par une convention intervenue entre les conjoints et entérinée par une ordonnance judiciaire. La modification des mesures accessoires à un divorce est possible dans les cas où l'on prouve que la situation de fait a changé. Ici l'ex-mari plaidait que son ex-épouse faisait maintenant vie commune avec un autre homme.

La demande de modification fut refusée par la Cour suprême du Canada. Cette dernière fonde son jugement sur le fait que l'ex-mari savait, au moment où il a consenti la pension alimentaire, que son épouse fréquentait un autre homme et que, selon toute probabilité, elle habiterait un jour avec lui; leur situation n'avait donc pas subi de changement marquant.

Le raisonnement judiciaire va comme suit. Le fait que l'appelante partage un appartement avec un **tiers** constitue certes un fait nouveau. Au moment de la signature du consentement, l'appelante rencontrait ce **tiers**, à la connaissance de l'intimé. Il était normalement prévisible qu'après le divorce, l'appelante vivrait avec ce **tiers** ou tout autre **tiers**. Sachant cela, l'ex-mari n'avait pas réservé ses droits. De plus, la relation entre l'appelante et le **tiers** ne comporte aucune assurance de permanence.

25. *L.G. c. G.B.*, [1995] 3 R.C.S. 370.

Ce raisonnement est construit à partir de l'espace juridique du mariage qui, selon les catégories juridiques établies, ne peut être habité que par les époux, tous les autres en étant exclus et continuant de l'être dans le temps. Celui que les juges qualifient autrement d'« ami » ou de « compagnon » de l'ex-épouse demeure, pour les fins du syllogisme judiciaire, un tiers au rapport juridique initial.

Cette démonstration donne l'impression que la qualification judiciaire vogue au gré des conclusions recherchées par le tribunal, qu'elles soient orientées vers la cohérence du système ou l'équité. Les contraintes, impulsées par la construction théorique, provoqueraient des dérives insupportables si les juges ne faisaient pas les ajustements et les corrections nécessaires. Ces perturbations systémiques lèvent, du moins partiellement, le voile méthodique : la clôture et l'ouverture judiciaire ne participent pas des mêmes finalités, mais elles partagent les mêmes moyens techniques.

CONCLUSION

Les tribunaux sont appelés, comme prévu, à gérer les rapports sociaux et à déterminer ainsi cette notion de « tiers ». Mais qui sont donc ces tiers identifiés par la jurisprudence? Quels sont les référents de cette notion indéterminée de tiers?

Est un tiers, l'emprunteur au contrat de prêt hypothécaire qui par l'effet d'une de ses clauses est devenu le mandataire du prêteur dans le but de conclure un contrat d'assurance sur ses propres biens et auquel il était lui-même partie.

Est un tiers, le sous-contractant d'un entrepreneur pour le maître de l'ouvrage qui aurait manqué à l'endroit du premier à une obligation contractuelle qui le liait au second.

Sont des tiers, les actionnaires d'une compagnie pour le prêteur de cette dernière avec qui ils avaient contracté comme administrateurs et à qui ils étaient eux-mêmes liés aux termes d'un cautionnement qui garantissait le même prêt.

Est un tiers, le concubin de l'ex-épouse, cet homme avec qui elle partage quotidiennement son lit depuis plus de six ans.

Il faut être bien conscient qu'aucun d'eux ne sont de parfaits étrangers à la situation juridique. Ils sont liés par des relations intimes ou des intérêts patrimoniaux soit à l'un des sujets, soit à l'objet de droit qui la composent. Ce même intérêt qui avait valu au second créancier hypothécaire de n'être pas un tiers à la créance du premier pour que la subrogation légale produise ses effets.

Les faits, à l'origine de ces arrêts, démontrent à souhait l'enchevêtrement relationnel. Ils dévoilent clairement le dynamisme des rapports privés de droit, leurs interactions, la complexité de la vie juridique.

La méthode juridique nous entraîne cependant dans deux mouvements.

L'effort doctrinal de simplification théorique, par la catégorisation, serait vain sans cette technique d'expulsion, d'exclusion de certains acteurs que l'on désigne indifféremment comme des tiers. Cette notion indéterminée permet au système de se contracter et de chasser les éléments perturbateurs de la construction. C'est le moment de la systole.

Mais quand la réalité frappe à la porte, elle ne laisse pas dehors ces prétendus tiers : tous les contrats groupés entrent en même temps, les personnes morales en même temps que les personnes physiques qui les composent, tous les créanciers hypothécaires en même temps que le bien offert en garantie, le prêteur en même temps que l'emprunteur et son assureur, l'amant en même temps que le mari... Bref tous ceux qui ont des intérêts communs et concurrents.

Sur la scène judiciaire, on ne peut guère cacher le « tiers » dans le placard ou sous le lit. C'est pourtant la même technique juridique qui, le plus souvent, donnera au juge d'accorder des droits à ceux qu'ils qualifieront à leur tour de tiers. Cette notion indéterminée permet alors au système de se dilater et de créer de nouvelles situations juridiques, de nouveaux espaces habités par de nouveaux citoyens. C'est le moment de la diastole.

Cette notion indéterminée assure la circulation du flux vital, pour rendre justice bien sûr, mais plus encore pour stabiliser le système, pour le rendre efficace et lui faire produire ses effets. La construction juridique, telle qu'elle est conçue, a besoin de ces tampons qui, en même temps, la fixent et l'assouplissent.

Les juristes devront pourtant un jour prendre acte de la complexité et s'offrir une théorie plus expansive capable d'intégrer tous les acteurs en présence.

Louise Rolland, professeure
Faculté de droit
Université de Montréal
3103, chemin de la Tour, bureau A3470
MONTRÉAL (Québec) H3T 1J7
Tél. : (514) 343-2659
Télec. : (514) 343-2199
Louise.rolland@umontreal.ca