

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les tiers : ces acteurs de la dynamique juridique dans le *Code civil du Québec**

Louise ROLLAND**

Résumé

La vie en société s'organise autour de systèmes structurants : politique, économique, juridique, religieux, etc. En démocratie, le droit a pour mission essentielle d'assurer la paix, la stabilité et la sécurité ; pour ce faire, il tend à rendre toute chose prévisible, en normalisant les comportements, en uniformisant les règles. Ainsi, les rapports privés s'incarneront dans la fixité et la linéarité autour d'une figure relationnelle unique, le duo.

La mouvance sociale, l'effervescence économique semblent faire fi de ce moule trop contraignant. Les acteurs s'inscrivent dans la pluralité et tissent des rapports densément enchevêtrés. Selon la théorie juridique classique, le droit doit alors adopter une stratégie de simplification : fragmenter les situations, circonscrire des espaces clos autour de la cellule nucléaire d'origine, en chasser ceux qu'il perçoit comme

Abstract

Life in society is organized around structural systems: political, economic, legal, religious, etc. In democracy, law has the essential task of maintaining peace, stability and security; to do so, it tends to make all things predictable by normalizing behaviours, by standardizing rules. Thus, private relationships will be embodied in fixedness and linearity around a unique relational figure, the duo.

The ever-changing social scene and the economic effervescence seem to flout this far too restrictive mould. The actors fall within the plurality and weave a very complex and entangled relationship. According to the classical legal theory, law must then adopt a strategy of simplification: fragmenting situations, defining closed spaces around the original nucleus cell, chasing away those seen as parasites. The tactics here consist in giving a binary structure,

* Cette recherche fut menée avec l'aide d'une subvention du Conseil pour la recherche en sciences humaines (CRSH).

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

des parasites. La tactique consiste à se donner une structure binaire, à opposer par exemple les parties aux tiers.

L'auteure soutient que la seule présence des tiers, identifiés juridiquement à des étrangers, constitue la marque indélébile du bouillonnement communicationnel. Que le droit refuse d'en rendre compte explicitement dévoile l'artificialité de sa construction.

opposing for instance parties to a third person.

The author upholds that the sole presence of third parties, legally identified as outsiders, constitutes the indelible mark of the communication ferment. That law refuses to expressly consider this is quite revealing of the artificiality of its construction.

Plan de l'article

Introduction	243
I. Les droits personnels	244
A. Les obligations : des relations en vis-à-vis	245
1. Les effets directs des obligations	245
2. Les effets indirects des obligations	250
B. Les obligations : des réseaux de liens	252
1. Les tiers appelés à devenir débiteurs	253
2. Les tiers appelés à devenir créanciers.....	256
II. L'organisation des groupes de personnes	264
A. Les pouvoirs juridiques : l'administration et la représentation.....	265
1. Régime général.....	266
2. Régimes particuliers.....	272
B. Les entités juridiques : les personnes morales et les sociétés	275
1. La personne morale.....	276
2. La société.....	278
Conclusion	285

Le droit tend à structurer les rapports juridiques privés selon un mode binaire : sujet/objet, personne/chose, immeuble/meuble, partie/tiers, etc. Partant, chaque couple doit disposer exhaustivement de la réalité et ses termes doivent être conçus comme mutuellement exclusifs : ainsi tous les biens se divisent en meubles et en immeubles¹ ; tout ce qui n'est pas immeuble est meuble². Dans une situation donnée, tout est x ou y et tout ce qui n'est pas x est y . Ce bagage conceptuel, en catégorisant la réalité phénoménale, sert la construction intellectuelle d'un ordre idéalisé. Faisant cela, le système prend acte de rapports sociaux préexistants mais il en pré-détermine le sens dans le but de les normaliser et de façon à leur imposer des effets attendus.

Nous nous intéressons ici au couple « partie/tiers », aux effets que cette catégorisation a sur la construction du droit. En reprenant les mêmes postulats, par rapport à toute situation juridique une personne est une partie ou un tiers et celle qui n'est pas une partie est un tiers³. Dans ce couple, la partie est définie positivement comme personnellement intéressée à cette situation⁴ alors que le tiers est défini négativement comme lui étant simplement étranger⁵, les tiers formant ainsi la catégorie résiduaire.

Dans une étude précédente⁶, nous avons relevé les interpellations, qu'elles soient explicites⁷ ou implicites⁸, que le *Code civil du*

¹ Art. 899 C.c.Q.

² Art. 907 C.c.Q.

³ Voir, sous les entrées « partie » et « tiers », les oppositions antonymiques (*opp.*) : CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

⁴ Selon la définition du terme « partie » : *id.* Si ce terme est généralement réservé aux rapports entre deux personnes, aux liens contractuels ou obligationnels, il faut, quand on l'oppose au terme « tiers », élargir son extension pour y inclure les titulaires de droit et assurer, par l'effet de la complémentarité, l'exhaustivité du couple. Dans ce texte, nous utiliserons indifféremment et à seule fin de varier le vocabulaire les termes « sujet », « titulaire » ou « partie » pour nommer la personne qui est personnellement intéressée à la situation juridique.

⁵ Définition du terme « tiers » : *id.*

⁶ Louise ROLLAND, « Les tiers, vecteurs du réseau social. Les personnes et les biens dans le *Code civil du Québec* », (2006) 40 *R.J.T.* 73.

⁷ Le législateur utilise le concept générique de « tiers ».

⁸ Le législateur utilise alors des concepts particuliers comme personnes intéressées, ayants cause, acquéreurs, toute personne, une personne.

Québec fait des tiers aux chapitres des personnes et des biens. Nous avons constaté qu'ils sont interpellés à cause de leur qualité juridique particulière, qualité qui tient soit à l'intérêt – patrimonial ou autre – qu'ils entretiennent à l'égard des sujets ou des objets de droit de la situation originelle, soit au rôle social particulier que le droit leur assigne. Ainsi, ceux qui ont un intérêt affectif réel ou présumé pour le sujet appartiennent à la catégorie des « tiers intimes » ; ceux qui n'ont qu'un intérêt patrimonial pour le sujet ou l'objet de droit, des « tiers intéressés » ; ceux qui ont un intérêt pour le seul objet de droit seront, selon les circonstances, ou des « tiers concurrents », ou des « tiers liés » ; ceux à qui le droit reconnaît un rôle social particulier, des « tiers experts » et ceux à qui l'État attribue des pouvoirs juridiques spécifiques, des « tiers habilités ». Nous avons déterminé que cette qualité distinctive provoque à l'égard des tiers des effets qui viennent nuancer la portée des principes de relativité et d'opposabilité. En effet, au-delà de l'exclusivité qui érige la clôture des situations juridiques simples, la présence des tiers crée et maintient un réseau de liens sociaux, essentiels à l'insertion de l'individu dans la collectivité, à la construction de son identité ainsi qu'à l'établissement de sa part relative dans les ressources.

L'objet sur lequel nous nous penchons maintenant s'inscrit dans une problématique d'interactions et de communication sociale. Il fait essentiellement appel à la catégorie des « tiers liés », même si les autres catégories peuvent à l'occasion être invoquées pour rendre compte des rapports relationnels qui agissent comme contexte, causal ou non, des interactivités juridiques.

Quand ils se fondent sur des relations interpersonnelles, les rapports de droit adoptent un mouvement dynamique qui les propulse vers une plus grande complexité. Il en est ainsi des droits personnels (I) qui, malgré le principe maintes fois affirmé de leur effet relatif, ont souvent tendance à dépasser leurs propres frontières. Cette expansion est d'autant plus observable quand les relations juridiques sont véhiculées à travers un groupement de personnes (II).

I. Les droits personnels

L'obligation est traditionnellement définie comme un lien de droit entre deux personnes : 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, une relation simple

en vis-à-vis (A). Selon la doctrine classique, l'obligation ne saurait donc avoir d'effet sur les tiers. Mais l'obligation peut également être vue comme l'objet d'un réseau de liens (B), soit qu'on la considère comme un bien dans l'actif du patrimoine du créancier et donc susceptible de transfert, soit qu'on s'intéresse aux changements qu'elle peut subir pendant son existence, soit qu'elle comporte à titre principal ou accessoire la présence d'autres protagonistes. Dans tous ces cas de figure, pouvons-nous penser à l'inclusion d'un tiers dans l'espace normalement réservé aux seules parties ?

A. Les obligations : des relations en vis-à-vis

Le principe de la relativité des obligations veut qu'elles n'aient d'effets directs (1) qu'entre les parties, débiteur et créancier⁹ ; cette situation juridique peut cependant avoir sur les tiers un rayonnement indirect (2) : négatif en ce qu'ils doivent la subir et positif en ce qu'ils peuvent en profiter.

1. Les effets directs des obligations

Malgré le principe de la relativité, des tiers sont interpellés tant à la naissance de l'obligation que pendant son existence et au moment de son extinction.

Le principe de l'autonomie de la volonté préside toujours à la formation des contrats. La qualité des consentements demeure une condition essentielle à la naissance des obligations¹⁰ : tout vice provoqué par l'une des parties permet à l'autre de demander l'anéantissement du lien contractuel¹¹. Cependant, quand le vice – l'erreur ou la crainte – est induit par un tiers, l'annulation ne sera accordée que s'il y a preuve de collusion entre le contractant et son complice, à savoir le « tiers fautif »¹² : à défaut, le contrat reste valide et la victime n'a qu'un recours en responsabilité extracontractuelle contre

⁹ Ce principe est expressément codifié en matière de contrat (art. 1440 C.c.Q.) mais vaut pour toutes les obligations quelle qu'en soit la source.

¹⁰ Art. 1399 C.c.Q.

¹¹ Art. 1407 C.c.Q. ; dans les cas de dol et de menace, la victime peut choisir le maintien du contrat mais demander des dommages-intérêts ou la réduction de son obligation.

¹² Art. 1401 et 1402 C.c.Q.

l'auteur de la faute¹³. Le droit fragmente ainsi des événements sociaux intimement liés et le contrat devient simplement le contexte dans lequel fut créée la seconde situation, source de l'obligation légale de réparer. Ce faisant, le tiers est expulsé de l'espace contractuel et propulsé dans un lien d'obligation dont il devient le sujet passif: de « tiers fautif » par rapport à l'événement générateur, il devient le débiteur, partie au lien obligationnel. Deux principes généraux du droit sont ici en cause: d'une part, le principe de la *favor contractus* qui veut que le contrat produise ses effets; d'autre part, le principe de justice qui veut que nul ne soit appauvri par la faute d'autrui.

La présence des tiers se manifeste tout autrement en matière de responsabilité extracontractuelle. L'obligation naît du lien de causalité que l'on peut établir entre un fait et un dommage subi, donc entre l'auteur de la faute et la victime du préjudice: si l'on centre ce régime sur l'obligation de réparer, la situation juridique se referme alors en principe sur deux sujets, le créancier et le débiteur¹⁴. Ce recentrage peut cependant avoir pour effet d'introduire des tiers dans l'espace obligationnel et de fournir à la victime des débiteurs qu'elle n'aurait pas autrement. Il en est ainsi du commettant pour les dommages causés par son préposé¹⁵, du propriétaire pour ceux causés par son animal¹⁶ ou par la ruine de son immeuble¹⁷ même s'il n'en avait pas le contrôle matériel en tant que gardien, des fabricants, importateurs, distributeurs, fournisseurs, grossistes et détaillants pour ceux causés par le défaut de sécurité du bien quel que soit l'auteur réel de la faute¹⁸. Étrangers à la faute causale, ce sont des « tiers responsables », devenus les débiteurs d'une obligation légale de réparer. Ces interpellations implicites des tiers ont pour fonction d'offrir aux victimes une protection renforcée, en allégeant le fardeau de la preuve et en leur donnant un débiteur dont la solvabilité est souvent plus sûre.

Pendant la durée de son existence, certains événements auront pour effet d'introduire des tiers dans le cercle obligationnel, et cela,

¹³ Art. 1457 C.c.Ⓞ.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Art. 1463 C.c.Ⓞ.

¹⁶ Art. 1466 C.c.Ⓞ.

¹⁷ Art. 1467 C.c.Ⓞ.

¹⁸ Art. 1468 C.c.Ⓞ.

sans que la volonté des sujets n'en soit la source¹⁹. C'est ainsi que les héritiers deviendront créanciers et débiteurs d'obligations auxquelles ils n'étaient pas initialement parties²⁰. Sous réserve des règles de la liquidation des successions, nous sommes en présence de la transmission pure et simple du lien de droit et, par conséquent, de l'immixtion de tiers dans une sphère juridique normalement réservée aux seuls sujets. Expliquée par une fiction, celle de la continuation de la personne décédée, il n'en reste pas moins que les héritiers, à titre de « tiers intimes »²¹, n'avaient eu aucun rôle dans la formation de ces obligations et constituaient, par l'effet du principe de la relativité, des tiers à leur endroit : la succession en fait des sujets, donc des « tiers liés ». Le droit manifeste par là que le décès de l'une des parties ne doit pas en principe détourner l'obligation de sa fonction économique d'échanges des richesses, donc de son utilité sociale²².

Les ayants cause à titre particulier, qu'ils soient acquéreurs ou légataires, ne sont pas touchés par cette règle générale. Dans certains cas pourtant, l'aliénation d'un bien emporte le transfert du lien obligationnel à l'acquéreur : ce sera le cas du contrat de travail lors de l'aliénation d'une entreprise²³ et du bail lors de l'aliénation du bien loué²⁴. Ces dispositions législatives d'exception convoquent la catégorie des « tiers liés » qui deviendront créanciers et débiteurs aux termes d'un contrat auquel ils n'étaient pas parties. Encore là

¹⁹ Nous verrons plus loin les actes volontaires qui peuvent provoquer cette inclusion, par exemple par la cession de créance, la délégation.

²⁰ Pour les obligations contractuelles, art. 1441 C.c.Q. : encore faut-il que l'obligation de faire n'ait pas été fortement personnalisée par sa nature *intuitu personae* ou par la volonté des contractants

²¹ Dans les cas de succession *ab intestat* totale ou partielle, le conjoint et la famille du défunt hériteront selon les règles de la dévolution légale : art. 653 C.c.Q. Les autres héritiers sont les légataires universels ou à titre universel choisis par le testateur, le plus souvent des personnes avec qui le défunt entretenait des liens affectifs : art. 619 C.c.Q.

²² Les contrats qui s'éteignent par le décès d'un des contractants forment l'exception : contrat de travail par le décès du salarié et parfois de l'employeur (art. 2093 C.c.Q.) ; le contrat d'entreprise suivant les circonstances particulières (art. 2127 et 2128 C.c.Q.) ; le mandat (art. 2175 C.c.Q.) ; le contrat de société pour l'associé décédé (art. 2226 et 2258 C.c.Q.) ; le cautionnement par le décès de la caution (art. 2361 C.c.Q.).

²³ Art. 2097 C.c.Q. L'ayant cause de l'employeur devra, pour mettre fin au contrat, respecter les délais de congé dans le cas des contrats individuels de travail ou les dispositions de la convention collective.

²⁴ Art. 1886 et 1887 C.c.Q. Pour le bail d'un logement : art. 1937 C.c.Q.

l'utilité sociale est en cause, soit la protection de certaines catégories de personnes pour la satisfaction de leurs besoins de première nécessité (travail et logement).

C'est également par l'effet du transfert d'un bien que l'ayant cause à titre particulier peut, à certaines conditions, exercer le droit de créance contractuel de son auteur²⁵ : sans répondre de toutes les caractéristiques de l'obligation *propter rem*, certains liens contractuels positifs suivent la chaîne de transferts du bien à titre accessoire. Le lien obligationnel devenu sans intérêt pour l'auteur profitera à son ayant cause sans que la charge du débiteur ne s'en trouve alourdie. Certaines obligations sont à ce point intimement attachées au bien qu'elles le suivent : ce principe jurisprudentiel²⁶, fondé à l'origine sur la seule théorie de l'accessoire, est maintenant codifié. Le législateur l'illustre à merveille par la garantie de qualité à laquelle sont tenus non seulement le vendeur et ses auteurs, mais aussi le fabricant, distributeur, fournisseur, grossiste et importateur²⁷. Dans tous ces cas, la frontière contractuelle est franchie malgré le principe de la relativité et nous sommes en présence d'un « tiers lié ».

Il s'agit dans ces deux cas de la substitution d'une partie à un contrat initial provoquée par la formation d'un contrat subséquent : sans avoir nécessairement le même objet ou la même cause, il existe un lien étroit entre les deux actes juridiques, des intérêts ou des objectifs communs que la loi reconnaît à titre d'exceptions au principe général. Cela suffit à classer ces tiers interpellés dans la catégorie des « tiers intéressés ».

Généralement, l'obligation s'éteint par le paiement²⁸ : le créancier peut, à défaut pour le débiteur de l'exécuter entièrement, correctement et sans retard, exercer contre lui tous les recours que la loi lui confère²⁹. Il y a normalement confusion entre le créancier et l'*accipiens*, entre le débiteur et le *solvens*. Quand un tiers s'immisce dans la situation à un titre ou à un autre, l'on peut se demander si le paiement aura l'effet libérateur escompté.

²⁵ Art. 1442 C.c.Ⓞ.

²⁶ *General Motors c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

²⁷ Art. 1730 C.c.Ⓞ.

²⁸ Art. 1671 C.c.Ⓞ.

²⁹ Art. 1590 C.c.Ⓞ.

En principe, le paiement doit être fait au créancier ou à son représentant³⁰ : celui qui paie indûment doit payer deux fois³¹. L'exécution auprès d'un « tiers *accipiens* » devra, dans tous les cas, avoir les traits de la représentation pour éteindre l'obligation. Le droit fait ainsi de la ratification un mandat rétroactif³², du paiement qui profite au créancier un mandat présumé³³, du paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance un mandat apparent³⁴. Dans tous les cas, le droit retire au « tiers *accipiens* » son statut de tiers : ce camouflage participe à la sécurité du droit et à sa cohérence interne.

Par contre, le paiement peut toujours être fait par un tiers, sauf dans les cas relativement rares où le créancier peut s'y opposer³⁵. L'intervention d'un « tiers *solvens* » peut répondre soit d'une intention libérale, soit d'un intérêt patrimonial. L'intention libérale nous emmène dans le cercle des « tiers intimes », ceux qui pour des motifs affectifs paient à l'avantage du débiteur : le créancier ne pourra refuser ce paiement qu'en invoquant le caractère *intuitu personae* de l'obligation. L'intérêt patrimonial fait appel à deux ordres de motivation : se substituer simplement au créancier pour acquérir un avantage personnel ou profiter du régime de la subrogation de plein droit. Les premiers ne sauraient évincer le créancier sans son consentement. Les tribunaux ont reconnu aux seconds un intérêt supérieur à celui du créancier, et cela, au nom de la cohérence du système juridique : à quoi servirait l'institution de la subrogation légale si le créancier pouvait, à son gré, la tenir en échec en s'opposant au paiement ? On a donc établi que ces « tiers *solvens* » n'étaient pas des tiers au paiement mais bien des personnes intéressées³⁶. À première vue, ce raisonnement semble relever d'une pure fiction ; au bout du compte, il s'agit plutôt d'une illustration du foisonnement relationnel

³⁰ Art. 1557 C.c.Q.

³¹ Art. 1491 et 1492 C.c.Q. : il devra prouver son erreur pour obtenir du tiers la restitution de l'indu (art. 1699 et suiv. C.c.Q.).

³² Art. 1557 C.c.Q.

³³ *Id.* : le profit peut provenir par exemple de ce que le débiteur a payé le créancier de son créancier.

³⁴ Art. 1559 C.c.Q. : ce paiement a un effet pleinement libérateur même s'il est prouvé que l'*accipiens* n'était pas le véritable créancier.

³⁵ Art. 1555 C.c.Q. En matière de créance hypothécaire : art. 2758 C.c.Q.

³⁶ *Côté c. Sterblich*, [1956] B.R. 111 ; [1958] R.C.S. 121.

qui anime les rapports de droit privé : ces « tiers solvens » appartiennent en fait à la catégorie des « tiers intéressés », ceux qui entretiennent des liens avec un sujet ou l'objet de la situation juridique visée³⁷.

2. Les effets indirects des obligations

Même si l'obligation ne peut engendrer d'effets directs sur les tiers, le principe de la relativité ne peut servir à dénier son existence sociale : c'est donc en tant que fait qu'elle trouve son rayonnement indirect par le double jeu de l'opposabilité. Les obligations contractuelles en offrent une démonstration éclairante. Confinées à l'intérieur des frontières fixées par la volonté des parties, elles ne devraient avoir aucune conséquence, favorable ou défavorable, sur les autres. Cependant, la violation d'une obligation par un tiers au contrat constitue une faute extracontractuelle³⁸ : une partie peut donc opposer le contrat au « tiers fautif » et faire naître à son endroit une obligation de réparer. De la même manière, l'inexécution d'une obligation contractuelle sera considérée comme une faute extracontractuelle quand elle cause un préjudice à un tiers au contrat³⁹ : le « tiers victime » peut donc opposer le contrat à la partie fautive, dès lors débitrice des dommages-intérêts subis. Encore ici, une situation juridique sert de contexte causal à la naissance d'une autre situation dont un tiers devient le sujet par la puissance d'un régime juridique différent.

L'obligation peut par ailleurs être vue comme le principal soutien juridique de l'échange des richesses et provoquer de ce fait des fluctuations patrimoniales. En principe, les créanciers⁴⁰ des parties, étant des « tiers intéressés » au lien obligationnel, doivent supporter passivement ces changements : au nom de la liberté individuelle, ils ne peuvent empêcher les activités juridiques de leur débiteur. Il est fait exception à ce principe quand ce dernier leur porte préjudice par son inaction, par la tromperie ou la fraude. Ils pourront alors soit intervenir en faisant valoir leurs droits par l'action oblique, soit choisir entre l'acte apparent ou la contre-lettre par l'action en simu-

³⁷ Nous reviendrons, dans la section suivante, sur l'écheveau de relations juridiques créé par la subrogation.

³⁸ Par exemple : *Trudel c. Clairol*, [1975] 2 R.C.S. 236.

³⁹ Par exemple : *Boucher c. Drouin*, [1959] B.R. 814.

⁴⁰ Plus précisément les créanciers chirographaires.

lation⁴¹, soit ignorer les fluctuations patrimoniales par l'action en inopposabilité⁴². De la même manière, les « tiers créanciers » seront protégés contre le paiement par compensation ou contre la renonciation à la compensation⁴³ quand l'une ou l'autre de ces opérations mettent en péril leurs droits acquis : ce sera le cas pour les créanciers à la faillite et les créanciers-saisissants⁴⁴. Le droit participe ainsi à la protection de leurs intérêts.

Cette protection vaut également contre l'exécution en nature de certaines obligations légales qui répondent à des situations d'iniquité ou aux défaillances du système. Elle est rendue impossible quand elle cause un préjudice aux « tiers intéressés » : ainsi, les actes à titre onéreux ou à titre gratuit, qui portent sur le produit d'un enrichissement injustifié seront opposables à l'appauvri, quand le tiers est de bonne foi⁴⁵ ; les actes d'aliénation à titre onéreux, comme les actes de disposition ou d'administration, qui portent sur l'objet de l'obligation de restitution, seront opposables au créancier par le tiers de bonne foi⁴⁶.

Les jeux de l'opposabilité des droits rendent compte de l'enchevêtrement des situations juridiques : les « tiers intéressés », ceux qui habitent avec le débiteur d'une obligation un autre espace juridique, pourront éviter les conséquences de la situation à laquelle ils sont en principe étrangers et qui aurait dû produire à leur endroit ses effets négatifs, comme ils pourront opposer leur propre situation juridique au créancier ou ayant cause de ce dernier.

Les obligations sont issues de rapports dynamiques entre les personnes : prenant acte de ces mouvements sociaux, le droit crée une relation juridique appelée à soutenir les échanges économiques. Ce faisant, il remplit deux fonctions essentielles à la paix sociale : une fonction normative, en aménageant les principes de la justice

⁴¹ Art. 1451 et 1452 C.c.ℚ.

⁴² Art. 1631 et 1636 C.c.ℚ. Notons que la connaissance de l'insolvabilité du débiteur par le cocontractant n'empêchera pas la présomption de fraude dans l'action en inopposabilité entamée par un « tiers-créancier » contre un acte à titre gratuit : art. 1633 C.c.ℚ.

⁴³ Cas particulier d'application en matière de priorités et hypothèques : art. 1682 C.c.ℚ.

⁴⁴ Art. 1681 C.c.ℚ.

⁴⁵ Art. 1496 C.c.ℚ.

⁴⁶ Art. 1707 C.c.ℚ.

commutative ; une fonction instrumentale, en favorisant la sécurité des échanges de richesses.

La justice commutative impose de rétablir l'équilibre initial que la vie en société serait venue perturber. Ainsi, c'est toujours dans le but de réparer le dommage subi que les « tiers fautifs », les « tiers victimes » et les « tiers responsables » sont interpellés. Étrangers à la situation qui a engendré le préjudice (formation du contrat, inexécution d'une obligation contractuelle, faute civile), ils deviennent dans tous les cas parties, comme créancier ou débiteur, à l'obligation de réparer.

La sécurité des échanges commande au droit d'établir la force obligatoire des obligations et d'assurer leur bonne exécution. C'est pour garantir leur utilité économique que le droit encadre la transmission et le transfert des obligations en interpellant la catégorie des « tiers liés », donc en autorisant le changement de débiteur ou de créancier sans pour autant bouleverser l'équilibre de départ. Le but est le même quand il reconnaît l'effet libérateur d'un paiement fait à un « tiers *accipiens* » ou par un « tiers *solvens* » et quand il accorde une protection particulière aux « tiers intéressés », créanciers et ayants cause, à qui il permet d'intervenir activement dans une situation ou d'ignorer simplement les événements générateurs des fluctuations patrimoniales de leur débiteur ou de leur auteur.

B. Les obligations : des réseaux de liens

Même si le droit privé répugne à la pluralité, il n'en reste pas moins qu'elle existe en réalité. La transmission et la mutation des droits et obligations présupposent la présence d'un tiers au lien initial. Nous sommes alors en présence de situations qui, en cours d'existence, appellent ou accueillent un nouveau sujet sans expulser totalement les anciens. Le système juridique tente bien de les fragmenter en une chaîne de situations simples, mais le réseau de liens ainsi engendré résiste. Ces régimes mettent toujours en scène des « tiers liés »⁴⁷ : ils diffèrent par leur statut initial, par les conditions de leur accueil, les effets de leur présence sur les liens origi-

⁴⁷ Nous ne nous intéresserons pas ici à la cession de contrat, même si le Code civil en fait état, par exemple en matière de bail (art. 1873 C.c.Q.); voir sur ce sujet : Laurent AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Économica, 1984.

naires et par le rôle qu'ils sont appelés à jouer, qu'ils soient des tiers appelés à devenir débiteur (1) ou des tiers appelés à devenir créancier (2).

1. Les tiers appelés à devenir débiteurs

Plusieurs régimes appellent les tiers à devenir débiteurs d'une obligation préexistante ou prédéterminée : la promesse du fait d'autrui⁴⁸, la délégation imparfaite⁴⁹, la novation par changement de débiteur⁵⁰ (y compris la délégation parfaite⁵¹), le crédit-bail⁵².

La promesse du fait d'autrui, ou promesse de porte-fort, suppose l'existence de deux contrats⁵³ : un contrat immédiat entre le promettant et son contractant et un contrat ultérieur entre ce dernier et le tiers appelé. Dans le premier, le promettant s'engage à obtenir le consentement du tiers à la formation du second. Cette obligation de résultat peut être exécutée en nature : le tiers consent à s'engager et le contrat ultérieur est considéré avoir été formé rétroactivement au moment de la conclusion du contrat immédiat. À défaut, le promettant devra exécuter son obligation par équivalent. On peut voir dans cette opération une succession d'événements autonomes, mais il n'en est rien en réalité. Les effets de ce régime trouvent leur explication dans un contexte global qui met en jeu les rapports de droit entre le promettant et son contractant bien sûr, mais également les relations du promettant avec le « tiers appelé ». Les scénarios les plus fréquents se structurent autour de relations familiales ou amicales : par exemple, le tuteur vend l'immeuble de son pupille sans accomplir toutes les formalités en promettant que ce dernier ratifiera le contrat à sa majorité ; ou un indivisaire loue l'immeuble commun en promettant la ratification par ses co-indivisaires. Dans tous les cas, il existe à tout le moins une relation juridique entre le porte-fort et le tiers : par exemple, un mandataire outrepassa ses pouvoirs en s'engageant à persuader le mandant d'entériner sa décision. Ce sont ces rapports préexistants qui poussent le promettant

⁴⁸ Art. 1443 C.c.Q.

⁴⁹ Art. 1667 C.c.Q.

⁵⁰ Art. 1660 C.c.Q.

⁵¹ Art. 1668 C.c.Q.

⁵² Art. 1842 C.c.Q.

⁵³ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 212.

à croire qu'il sera en mesure de persuader le tiers⁵⁴, sans quoi son engagement serait irrationnel. Le « tiers lié » appartenait donc déjà à la catégorie des « tiers intimes » ou des « tiers intéressés ».

La délégation imparfaite épouse sensiblement la même structure. Sur demande, une personne accepte d'exécuter une obligation envers un tiers auquel elle n'était pas initialement liée⁵⁵. Le plus souvent, cette opération implique deux situations juridiques fondatrices : la première, par exemple un prêt hypothécaire, est la source d'une obligation de rendre et de verser des intérêts ; par la seconde, le débiteur (délégant) vend l'immeuble hypothéqué, en demandant à l'acheteur (délégué) de payer, à même le prix de vente, son créancier hypothécaire (délégataire), qui accepte ce nouveau débiteur sans libérer l'ancien : « [L]e délégant est à la fois débiteur du délégataire et créancier du délégué, auquel il demande de s'obliger envers le délégataire, de telle sorte que l'exécution de cette obligation nouvelle emportera extinction à la fois de la dette du délégué envers le délégataire et de celle du délégué envers le délégant »⁵⁶. Dans cet exemple, le délégué est un tiers à la première obligation, mais il a un intérêt dans son extinction et la libération de l'immeuble acheté : il s'agit donc d'un « tiers intéressé ». Le cas de la banque étrangère qui accepte de payer le client d'une banque locale reprend la même séquence des actes fondateurs : le contrat entre le client (délégataire) et la banque locale (délégant) et le contrat entre cette dernière et la banque étrangère (délégué). Le modèle se répète implicitement quand la délégation répond d'une intention libérale du délégant en faveur du délégataire : entre eux, il existerait à tout le moins une promesse de donation ou de prêt⁵⁷ née dans un cercle d'intimité.

Certains auteurs considèrent l'identité des deux obligations, ce qui rapproche la délégation de la cession de dettes⁵⁸ ; d'autres con-

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Art. 1667 et 1668 C.c.Q. La délégation, qui serait autrement une cession de dette en principe toujours interdite en droit civil, suppose le consentement de tous les sujets.

⁵⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 1325.

⁵⁷ Benoît MOORE, « De la délégation certaine à la délégation incertaine : *error communis facit jus et ... legem* », (2004) 38 R.J.T. 475, 476, note 4.

⁵⁸ Michelle CUMYNN, « La délégation du *Code civil du Québec* : une cession de dette ? », (2002) 43 C. de D. 601.

sidèrent au contraire l'autonomie de chacune⁵⁹. L'existence de deux obligations distinctes n'empêche cependant pas les interrelations, exacerbées du reste par les règles qui déterminent les moyens de défense que le délégué peut opposer au délégataire. Le délégué, s'il est partie au second contrat, n'est qu'un nouveau débiteur par rapport au premier, un « tiers lié » qui pourra cependant faire valoir contre le délégataire tous les moyens que le délégant aurait pu lui opposer⁶⁰ : nullité, inexécution, etc., sauf la compensation entre le délégant et le délégataire qui, par son effet automatique, évincerait le délégué du rapport obligationnel. En règle générale, le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le délégant, issus donc du contrat qui les unit. En effet le créancier délégataire, demeurant étranger à ce rapport de droit, n'aurait pas à le subir ; il n'en reste pas moins que le délégué pourra tout de même lui opposer tous les moyens de défense qu'il possède contre le délégant, dans la mesure où il prouve que rien ne lui était dû au moment de la délégation, soit parce qu'il s'agissait d'une libéralité, soit que l'obligation du délégant n'existait pas (ce qui les ramène au contrat initial, à tout le moins comme contexte lié au fardeau de la preuve)⁶¹.

La délégation parfaite amène un tiers à devenir débiteur, non par adjonction mais bien par substitution. Il y a encore deux situations juridiques qui exigent le consentement de chacun, mais leur coexistence est éphémère puisque la création du nouveau lien entraîne l'extinction corrélative du rapport de droit initial⁶². On dit que la délégation parfaite a des effets novatoires : les deux régimes se distinguent surtout par l'intervention active du débiteur initial dans la délégation alors qu'il peut être totalement absent de la novation. Dans un cas comme dans l'autre, ces régimes excluent la survivance du lien initial, et donc, le transfert pur et simple de l'obligation qui s'éteint avec tous ses accessoires : la garantie hypothécaire par exemple s'éteint sur les biens du premier débiteur sans pour autant grever les biens du nouveau⁶³. Les deux situations fondatrices

⁵⁹ B. MOORE, *loc. cit.*, note 57, 484 et 485

⁶⁰ Art. 1670 C.c.Q.

⁶¹ B. MOORE, *loc. cit.*, note 57, 481-483 : cet auteur soutient brillamment cette thèse qui rompt avec la théorie juridique classique.

⁶² Art. 1668 C.c.Q.

⁶³ Art. 1662 C.c.Q. Deux exceptions à ce principe : l'ancien débiteur conserve le bien hypothéqué et il consent à la réserve (art. 1662 C.c.Q.) ; le bien grevé est transféré au nouveau débiteur et il consent à sa survivance.

demeurent cependant liées puisque la seconde ne survivrait pas à l'anéantissement de la première, pour absence de cause : moyen que le délégué, le « tiers lié », pourra opposer au créancier⁶⁴.

Le crédit-bail est, tout autant sinon plus, un régime juridique qui met en scène trois acteurs, le vendeur, l'acheteur/credit-bailleur et le crédit-preneur ; c'est le vendeur que le Code civil identifie comme tiers dans cette opération⁶⁵. À l'origine, deux contrats indépendants mais qui s'entrecroisent : d'abord, un « bail » par lequel le bailleur s'engage à acheter, à la demande et selon les instructions du preneur, un bien dont il devra ensuite lui donner la jouissance ; puis, une vente à l'occasion de laquelle le bailleur-acheteur doit dénoncer au vendeur l'existence du premier contrat⁶⁶. Au terme de ces opérations, le preneur pourra réclamer directement du vendeur l'exécution des garanties légales et conventionnelles inhérentes au contrat de vente⁶⁷ ; or, il n'est ni partie à ce contrat ni l'ayant cause de l'acheteur⁶⁸. Comme débiteur de ces obligations en faveur du preneur, le vendeur est un « tiers lié » ; comme partie au contrat de vente, il est un « tiers intéressé » au crédit-bail.

2. Les tiers appelés à devenir créancier

Les cas d'adjonction ou de substitution de créanciers sont beaucoup plus fréquents et variés : stipulation pour autrui⁶⁹, cession de créance⁷⁰, subrogation légale ou conventionnelle⁷¹ et novation par changement de créancier⁷².

La réorganisation et l'assouplissement des règles de la cession de créance, lors de la révision du Code civil, ont enlevé beaucoup d'utilité pratique à la novation par changement de créancier : nous

⁶⁴ Délégation parfaite : art. 1669, al. 2 C.c.Q. ; novation par changement de débiteur : art. 1663, al. 1 C.c.Q.

⁶⁵ Art. 1842 C.c.Q.

⁶⁶ Art. 1844 C.c.Q.

⁶⁷ Art. 1845 C.c.Q.

⁶⁸ Art. 1442 C.c.Q.

⁶⁹ Art. 1444 C.c.Q.

⁷⁰ Art. 1637 C.c.Q.

⁷¹ Art. 1651 C.c.Q.

⁷² Art. 1660 C.c.Q.

pouvons du reste, pour son application, nous reporter à ce que nous avons déjà dit de la novation par changement de débiteur.

La stipulation pour autrui enveloppe plusieurs cas de figure : par exemple, la donation avec charge en faveur d'un tiers⁷³, l'assurance⁷⁴, la rente payable à un tiers⁷⁵. L'opération juridique est à tous égards la même, comme le sont le processus de formation et les règles d'exécution. Par contrat, l'une des parties stipule de son cocontractant qu'il sera obligé à l'égard d'un tiers⁷⁶ : la situation juridique réunit donc trois personnes, le stipulant, le promettant et le tiers bénéficiaire. Cette obligation existe dès la formation du contrat entre le stipulant et le promettant, mais elle demeure précaire jusqu'à l'acceptation du tiers bénéficiaire ; il n'en reste pas moins que cette créance est d'ores et déjà entrer dans son patrimoine, à moins que les parties n'aient fixé des modalités particulières⁷⁷. Tant que l'acceptation n'a pas été portée à la connaissance de l'une ou l'autre des parties initiales, la stipulation est révocable⁷⁸. La révocation met en cause les intérêts respectifs des contractants dans la stipulation : l'intérêt, moral ou patrimonial du stipulant et qui en constitue la cause subjective⁷⁹, mais également l'intérêt patrimonial du promettant au maintien de la stipulation et qui pourra de ce fait s'y opposer⁸⁰. L'on voit par là que la stipulation est reliée à d'autres situations juridiques : si le stipulant est animé d'une intention libérale, le bénéficiaire appartient sans doute à la catégorie des « tiers intimes » ; s'il entend ainsi satisfaire l'un de ses créanciers, le bénéficiaire appartient à la catégorie des « tiers intéressés » ; si le promettant a intérêt à obtenir l'exécution de cette obligation du bénéficiaire, ce dernier appartient sans doute à la catégorie des « tiers intéressés », par

⁷³ Art. 1831 C.c.Ⓞ.

⁷⁴ Art. 2389 C.c.Ⓞ. Même si la plupart des contrats d'assurance ne sont pas considérés contenir de stipulation pour autrui, il en va autrement pour les assurances sur la vie au profit d'une tierce personne désignée (art. 2392 et 2393 C.c.Ⓞ.) et de l'assurance de dommages « police payer pour » par laquelle l'assureur s'engage à verser l'indemnité au tiers lésé pour le compte de l'assuré : Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 356.

⁷⁵ Art. 2369 et 2379 C.c.Ⓞ.

⁷⁶ Art. 1444 C.c.Ⓞ.

⁷⁷ Art. 1449 C.c.Ⓞ.

⁷⁸ Art. 1446 C.c.Ⓞ.

⁷⁹ Art. 1410 C.c.Ⓞ.

⁸⁰ Art. 1447, al. 2 C.c.Ⓞ.

exemple comme créancier hypothécaire sur l'immeuble qu'il a acheté. La protection de tous les intérêts en cause est renforcée du fait que le droit à la révocation n'est pas acquis aux héritiers du stipulant, pas plus qu'à ses créanciers par action oblique⁸¹.

Le bénéficiaire une fois devenu créancier, un « tiers lié », a un droit d'action directe contre son débiteur⁸². On croirait que le trio s'éteint par l'acceptation, mais il n'en est rien. La question demeure de l'intérêt juridique du stipulant à demander l'exécution de cette obligation à laquelle il ne serait pas directement partie : certains considèrent que son intérêt dans la stipulation suffit à lui donner accès aux tribunaux pour le compte du tiers bénéficiaire et cela, malgré les difficultés d'exécution du jugement qui s'ensuivrait⁸³; d'autres pensent qu'il devrait faire la preuve de son intérêt personnel dans cette action en paiement⁸⁴. Par ailleurs, le stipulant pourrait-il demander la résolution du contrat⁸⁵ ou conclure à sa résolution de plein droit⁸⁶ pour inexécution par le promettant de ses obligations? Il y a également controverse sur cette question : selon certains, ce moyen lui serait accessible comme à tout créancier contractuel⁸⁷; d'autres considèrent qu'une fois la stipulation acceptée par le tiers bénéficiaire, ce moyen échapperait au stipulant car il anéantirait les droits du « tiers lié »⁸⁸. Sans vouloir trancher ces difficiles questions, il nous faut constater qu'elles surgissent de la présence de trois sujets actifs dans la situation juridique. Cette présence s'affirme encore

⁸¹ Art. 1447, al. 1 C.c.Q.

⁸² Art. 1444 C.c.Q.

⁸³ La doctrine française adopte cette solution : Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations*, vol. 1, 10^e éd., Paris, Armand Colin, 2002, p. 365 ; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1988, p. 303 ; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, vol. 1, 9^e éd., t. 2, Paris, Montchrestien, 1998, p. 907 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 56, p. 514 et 515. Elle est reçue au Québec : Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 391 et 392.

⁸⁴ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 461-463.

⁸⁵ Art. 1590 et 1604 C.c.Q.

⁸⁶ Art. 1605 C.c.Q.

⁸⁷ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 83, p. 365 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 83, p. 303 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 83, p. 907 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 56, p. 514.

⁸⁸ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 84, p. 463 et 464.

par le fait que le promettant pourra opposer au tiers bénéficiaire les moyens qu'il aurait pu faire valoir contre le stipulant⁸⁹.

La subrogation personnelle provoque toujours une substitution de créancier : le paiement par un tiers a pour effet de désintéresser le créancier initial tout en laissant survivre l'obligation principale et ses accessoires entre le débiteur et le créancier subrogé, un « tiers lié » à la situation juridique initiale. Malgré cette rupture apparente, le réseau de liens qui unit tous les acteurs peut être aisément reconstitué.

Établie par la loi⁹⁰, la subrogation suit automatiquement le paiement fait par un tiers⁹¹. Dans les quatre cas expressément prévus, les « tiers liés » se classent dans la catégorie des « tiers intéressés ». Dans le premier, le « tiers *solvens* » et le créancier initial appartiennent à la même chaîne de collocation, le premier ayant un rang inférieur au second⁹². Dans le deuxième, le « tiers *solvens* » est l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué en faveur du créancier initial⁹³ ; les intérêts de chacun sont concurrents sur les mêmes biens, que ce soit à titre de créancier ou de titulaire d'un droit réel. Dans le troisième, une caution personnelle ou un codébiteur solidaire paie une dette à laquelle il est tenu pour d'autres ou avec d'autres⁹⁴ : ils partagent donc une autre situation juridique souvent dans le cadre d'une entreprise commune. Dans le quatrième, un héritier paie une dette de la succession à laquelle il n'était pas tenu⁹⁵ : son statut suffirait sans doute à le classer dans la catégorie des « tiers intimes », mais à tout le moins des « tiers intéressés ». Le réseau de liens se tisse ici entre des débiteurs qui partagent le même créancier.

Voulue par le créancier⁹⁶ ou le débiteur⁹⁷, la subrogation est conventionnelle⁹⁸. Le débiteur peut en effet en prendre l'initiative,

⁸⁹ Art. 1450 C.c.Q.

⁹⁰ Art. 1656 C.c.Q. ; en matière d'assurances terrestres : art. 2474 C.c.Q. ; en matière d'assurances maritimes : art. 2620 C.c.Q.

⁹¹ Art. 1555 C.c.Q.

⁹² Art. 1656, par. 1 C.c.Q.

⁹³ Art. 1656, par. 2 C.c.Q.

⁹⁴ Art. 1656, par. 3 C.c.Q.

⁹⁵ Art. 1656, par. 4 C.c.Q.

⁹⁶ Art. 1654 C.c.Q.

⁹⁷ Art. 1655 C.c.Q.

⁹⁸ Art. 1653 C.c.Q.

mais il doit agir à l'intérieur de paramètres serrés : son créancier initial conserve le bénéfice du terme, le « tiers *solvens* » doit être son prêteur, des formalités solennelles doivent être accomplies⁹⁹. L'on voit bien à quel point la seconde situation est liée à la première. Dans la mesure où toutes ces conditions sont remplies, le consentement du créancier initial n'est pas requis. L'intérêt du « tiers lié », le nouveau créancier, est de nature purement économique : il paie généralement un concurrent en affaire. Dans tous les autres cas, la subrogation ne peut exister que par le consentement du créancier à l'offre que lui fait un tiers : il se peut que le « tiers *solvens* » soit lié au débiteur comme « tiers intime » ou comme « tiers intéressé », mais il se peut aussi qu'il agisse par pur intérêt économique dans le seul but de se substituer au créancier.

Le réseau de liens peut sembler très éphémère si on en réduit la durée au seul moment du paiement, mais il est susceptible de réparaître au moment de l'action subrogatoire, quelle qu'en soit la source. En effet, le débiteur peut opposer au « tiers lié » tous les moyens qu'il aurait pu faire valoir contre le créancier originaire¹⁰⁰. Par ailleurs, dans les cas de subrogation partielle ou plurale, des conflits peuvent surgir : entre le créancier initial et le « tiers subrogé », un ordre de collocation légale est établi qui prévoit qu'à moins de convention contraire, le premier créancier sera préféré au subrogé¹⁰¹, alors qu'entre « tiers subrogés », le paiement proportionnel prévaut¹⁰².

La cession de créance demeure le mode le plus répandu de substitution de créancier¹⁰³. L'obligation est alors vue comme un bien dans l'actif du patrimoine du créancier et susceptible donc de constituer l'objet d'un transfert. Il s'agit d'une opération à trois volets que la technique juridique identifie à trois situations distinctes : d'abord un rapport obligationnel préexistant, puis un contrat de cession par lequel le créancier-cédant transfère son titre au tiers cessionnaire¹⁰⁴, enfin le rapport entre le nouveau créancier, en fait un « tiers lié », et le débiteur cédé. Contrairement à la novation, la cession n'éteint pas l'obligation et le débiteur n'a pas plus à y con-

⁹⁹ Art. 1655 C.c.ℚ.

¹⁰⁰ Art. 1657 C.c.ℚ.

¹⁰¹ Art. 1658 C.c.ℚ.

¹⁰² Art. 1659 C.c.ℚ.

¹⁰³ Particulièrement depuis la réforme du Code civil.

¹⁰⁴ Art. 1637 C.c.ℚ.

sentir : il y a coexistence des deux rapports jusqu'à ce que le débiteur cédé soit dûment informé de la cession. Avant l'accomplissement des formalités d'opposabilité, le débiteur peut payer indistinctement le cédant ou le cessionnaire¹⁰⁵ et être libéré, comme il peut de la même manière opposer, respectivement à l'un ou à l'autre, l'extinction de la dette par compensation ou confusion avec l'un ou l'autre. La cession fait donc naître en quelque sorte un agglomérat de situations juridiques. C'est pourquoi la technique juridique impose de remplir à son endroit des formalités d'opposabilité, comme s'il était un tiers à la cession. Ces formalités ne valent cependant pas qu'à l'égard du débiteur : elles sont également essentielles pour opposer la cession à d'autres tiers, à savoir les « tiers intéressés » du deuxième ordre, soit un autre cessionnaire de la créance, le titulaire d'une sûreté, les créanciers du cédant et du cessionnaire. Leur accomplissement peut emprunter plusieurs avenues : l'acquiescement du débiteur, la réception d'un écrit susceptible de prouver l'existence juridique de la cession ou, si le débiteur ne peut être trouvé au Québec, la publication d'un avis dans un journal local¹⁰⁶. S'y ajoutent du reste des règles de stricte publicité légale, par l'inscription au registre approprié, quand il s'agit de la cession d'une universalité de créance¹⁰⁷ ou d'une créance hypothécaire¹⁰⁸. Par ces moyens, le système tend à retracer la frontière entre les situations et à isoler les sujets dans un seul espace juridique.

Au moment de l'exécution de l'obligation cependant, la frontière s'estompe et la pluralité réapparaît. Le débiteur peut, en effet, opposer au créancier-cessionnaire tous les moyens de défense qu'il aurait pu faire valoir contre le créancier-cédant¹⁰⁹. Ce dernier est du reste, à défaut de stipulation contraire et quand la cession est faite à titre onéreux, garant de l'existence de la créance et de son statut de créancier¹¹⁰ ; il peut même, par convention, avoir garanti la solvabilité du

¹⁰⁵ Si le débiteur paie le cessionnaire ou fait valoir contre lui le paiement accéléré dû à la compensation ou à la confusion, il sera réputé avoir acquiescé à la cession : art. 1641 C.c.Q.

¹⁰⁶ *Id.* En matière de bail : art. 1908 C.c.Q. ; en matière d'assurance : art. 2461 C.c.Q. Ces formalités ne sont pas exigées pour la cession d'une créance constatée par un titre au porteur : art. 1647 C.c.Q.

¹⁰⁷ Art. 1642 C.c.Q.

¹⁰⁸ Art. 3003 C.c.Q.

¹⁰⁹ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 84, p. 841 ; notamment toutes les causes d'extinction : art. 1643 C.c.Q.

¹¹⁰ Art. 1639 C.c.Q.

débiteur jusqu'à concurrence du prix qu'il a reçu¹¹¹. Cette garantie de fournir et faire valoir aura également un effet sur l'ordre de collocation : en cas de cession partielle ou de cessions multiples, la règle veut que cédant, cessionnaire et co-cessionnaires soient payés en proportion de leur part, mais dans tous les cas le créancier garanti conventionnellement sera préféré¹¹². La cession crée ce réseau de liens parce que l'obligation est considérée comme un bien, une valeur patrimoniale pour le créancier : ainsi le cédant peut y consentir pour une somme inférieure bénéficiant de liquidité immédiate, le tiers escomptant un profit. Cela étant, il n'est pas étonnant qu'elle fasse naître, en cas de pluralité, la catégorie des « tiers concurrents » et que le droit propose un moyen pour régler d'éventuels conflits.

Tous les modes de transmission et de mutation du lien obligationnel provoque, à l'égard des tiers, un mouvement en deux temps : un tiers est d'abord appelé à une situation juridique préexistante et, s'il répond positivement à l'appel, il y sera lié. En effet, le lien obligationnel originaire survit à l'égard du tiers, à l'exception des cas de novation et de délégation parfaite. Ce « tiers lié » devient donc créancier ou débiteur d'une obligation et toutes les règles générales d'exécution s'appliquent à son endroit. Les liens antérieurs ne sont pas, pour autant, totalement rompus : ce serait en effet nier les inévitables interrelations entre les trois sujets. Ces régimes, créés pour assurer une plus grande fluidité économique, ne doivent pas avoir juridiquement pour effet d'aggraver la situation des sujets originaires : le « tiers lié » pourra, dans certains cas, opposer au créancier, comme le débiteur pourra lui opposer dans d'autres cas, tous les moyens de défense liés à la situation juridique initiale.

*
* *

Les droits personnels mettent en scène deux personnes qui, par l'effet de leur engagement volontaire ou par les effets que le droit attribue à certains faits dont ils étaient le plus souvent les acteurs, deviennent des parties à un lien juridique qui permet à l'un d'exiger de l'autre qu'il accomplisse un geste ou, au contraire, qu'il s'en abstienne. La situation se refermerait donc sur le créancier et le débi-

¹¹¹ Solvabilité du débiteur au moment de la cession, par la simple clause de garantie (art. 1640 C.c.Q.), et sa solvabilité au moment de l'exécution, par la garantie de fournir et faire valoir.

¹¹² Art. 1646 C.c.Q.

teur, à l'exclusion de tout autre. Inscrits cependant dans la mouvance socio-économique, ces rapports sont susceptibles d'avoir des effets indirects sur autrui comme ils peuvent être générateurs de nouvelles situations, ou encore simplement se transformer : dans tous ces cas, ils font naître la catégorie des « tiers liés », des tiers qui deviennent, par adjonction ou substitution, débiteur ou créancier d'une obligation préexistante ou prédéterminée. Dans un mouvement allant du plus simple au plus complexe, les interventions des « tiers liés » prennent leurs racines dans d'autres situations juridiques où ils avaient déjà le statut de « tiers intimes », de « tiers intéressés » ou de « tiers concurrents ».

Cette situation sert parfois simplement de contexte à la naissance d'une nouvelle obligation. Il en est ainsi du contrat qui propulse les « tiers fautifs » et les « tiers victimes » dans le régime de la responsabilité extracontractuelle, les premiers pour avoir commis un dol ou avoir violé les termes d'un contrat auquel ils n'étaient pas parties, les seconds pour avoir subi un préjudice causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle à laquelle ils étaient étrangers. Quant aux « tiers responsables », leur obligation légale s'explique par le contrat de travail qui unit le commettant et le préposé ou encore par le droit de propriété dont ils sont titulaires. Ce faisant, le droit applique les principes de justice commutative en créant en faveur de ceux qui ont souffert d'un appauvrissement une obligation de réparer.

Cependant, cette situation est le plus souvent la cause de la seconde et agit comme telle sur sa formation. Les relations de nature affective, celles qui culminent dans le cercle des « tiers intimes », expliquent qu'un ami par exemple exécute un paiement au seul avantage du débiteur, qu'un pupille accepte de s'engager selon les termes d'une promesse faite par son tuteur, qu'une petite-fille profite d'une stipulation faite en sa faveur par sa grand-mère, comme elles fondent la fiction de la continuation de la personne décédée et la transmission exceptionnelle des droits et obligations du défunt à ses héritiers.

De la même manière, ce sont les relations patrimoniales, celles qui créent le cercle des « tiers intéressés », qui expliquent que certains droits et obligations sont transférés à l'acquéreur d'un bien, que le créancier ne pourra s'opposer au paiement fait par le titulaire d'une subrogation légale, qu'un mandant acceptera de s'engager aux termes d'une promesse faite par le mandataire qui a excédé ses

pouvoirs, que le délégué accepte de payer le délégataire, que le vendeur est tenu des garanties légales et conventionnelles auprès du crédit-preneur, que le promettant peut s'opposer à la révocation unilatérale par le stipulant.

Le droit prend ainsi acte d'un réseau de liens sociaux ou juridiques et leur donne de produire leurs effets dans une séquence continue tout en s'assurant que l'obligation, qu'elle soit préexistante ou prédéterminée, conserve sa force exécutoire et emporte ses exceptions. Ce faisant, il participe à la fluidité économique sans renoncer à la sécurité juridique.

Il est des cas cependant où l'obligation est vue moins comme un lien que comme un bien et ce sont alors les « tiers concurrents » qui sont interpellés. Le cessionnaire et le créancier subrogé par le débiteur sont d'abord intéressés par sa valeur patrimoniale. Il en est de même pour tous les créanciers à l'égard du patrimoine de leur débiteur : si, en règle générale, ils doivent en subir les fluctuations, le droit leur donne d'intervenir par l'action oblique ou d'ignorer certains actes en cas de simulation et de fraude. D'autres, enfin, seront tenus à l'abri des effets de certains régimes légaux, comme l'enrichissement injustifié et la restitution, dans la mesure où ils sont de bonne foi. Dans tous les cas, c'est l'esprit de concurrence qui domine leurs rapports, puisque leurs droits respectifs portent sur le même bien ou le même ensemble de biens. Le système juridique intervient pour régler les conflits dus à la pluralité ou encore pour empêcher les comportements opportunistes.

II. L'organisation des groupes de personnes

Quand la vie juridique s'organise dans la pluralité, le droit suppose, voire impose la présence d'un tiers, élément essentiel à la cohérence interne du système. Les interpellations se font alors explicitement. Cette pluralité peut naître de la rupture entre la jouissance et l'exercice des droits, par l'attribution de pouvoirs juridiques (A) à une autre personne que le titulaire. Elle peut également s'exprimer par l'aménagement interne que se donne un groupe de personnes dans la poursuite d'objectifs communs, souvent par la constitution d'entités juridiques (B).

A. Les pouvoirs juridiques : l'administration et la représentation

Selon la doctrine récente, les pouvoirs sont des prérogatives juridiques finalisées ; confiés à une personne dans l'intérêt d'autrui, donc dans un but affirmé ou implicite, ils se distinguent des droits subjectifs que leur titulaire peut exercer librement¹¹³.

L'article 1299 C.c.Q. précise que « toute personne qui est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien assume la charge d'administrateur du bien d'autrui ». Le législateur a inclus, dans le Livre consacré aux biens, un titre spécial regroupant les règles générales de l'administration du bien d'autrui, auxquelles s'ajoutent des règles particulières à chaque régime : par exemple, l'administration du patrimoine de l'absent, des incapables, de la fiducie, etc. Par ailleurs, nous retrouvons au chapitre des contrats nommés, les règles applicables au mandat : contrat par lequel une personne confie à une autre le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers¹¹⁴.

Ces deux régimes généraux tendent à disposer de l'attribution des pouvoirs en droit privé. Ils rendent compte de la *summa divisio* qui distingue la catégorie des pouvoirs de représentation de la catégorie des pouvoirs propres¹¹⁵. Il n'en faut pas déduire l'autonomie des deux institutions, mais au contraire considérer leurs inévitables interactions¹¹⁶. L'administrateur détient des pouvoirs de représentation, plus étendus encore quand il a la pleine administration. Par ailleurs, un mandat général accorde des pouvoirs d'administration. Si l'on se reporte aux régimes d'incapacité, le tuteur comme le curateur détient des pouvoirs quant à la personne et quant à ses biens¹¹⁷ : il y a clairement ici juxtaposition des catégories. Adrian Popovici

¹¹³ Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 76.

¹¹⁴ Art. 2130 C.c.Q.

¹¹⁵ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 113, p. 89.

¹¹⁶ Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 344-351.

¹¹⁷ L'article 185 C.c.Q. prévoit que, sauf division, la tutelle s'étend à la personne et aux biens du mineur ; les articles 187 et 188 font, en cas de division, les distinctions utiles. Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant est au même effet (art. 2166 et suiv. C.c.Q.).

établit trois critères de distinction entre ces deux régimes¹¹⁸ : le mandat est révocable par la volonté unilatérale du mandant, alors que la fin de l'administration ou le remplacement de l'administrateur dépend de la loi ou d'une décision judiciaire¹¹⁹ ; la volonté active, celle qui concourra à la formation de l'acte juridique, est dans un cas celle de l'administrateur et non de l'administré, dans l'autre cas celle du mandant et non du mandataire; enfin, l'administrateur peut ester en justice pour le compte du bénéficiaire¹²⁰, alors que le mandataire ne peut généralement agir pour le compte du mandant.

Dans les deux cas cependant, la structure de base est la même : d'abord, la constitution du régime par un acte juridique, par la loi ou par le tribunal dont l'effet immédiat est le transfert de pouvoirs à l'attributaire ; ensuite, l'exercice de ces pouvoirs, que ce soit des actes matériels ou des rapports juridiques avec d'autres personnes ; enfin, les effets directs de ces actes. Cette séquence d'événements crée des relations tripartites dès qu'elle porte sur des pouvoirs de représentation¹²¹, qu'ils soient issus de l'administration ou du mandat. Ce sont ces situations triangulées qui engendrent les réseaux relationnels et nous y confinerons notre analyse : à travers ces institutions, le mandat et l'administration du bien d'autrui, le Code civil crée un régime général (1) de représentation auquel échappent partiellement certains régimes particuliers (2).

1. Régime général

La représentation suppose donc à tous égards la présence simultanée du titulaire des droits¹²² (bénéficiaire ou mandant) qui est le représenté, de l'attributaire des pouvoirs (administrateur ou mandataire) qui agit comme représentant et des personnes avec lesquelles

¹¹⁸ A. POPOVICI, *op. cit.*, note 116, p. 350 et 351.

¹¹⁹ Art. 1355 et 1360 C.c.Q. ; en matière de tutelle : art. 251-255 C.c.Q.

¹²⁰ Art. 1316 C.c.Q.

¹²¹ Comme nous ne nous intéresserons ici qu'aux pouvoirs de représentation, nous utiliserons les termes représentant et représenté à titre générique : nous ferons les distinctions entre les institutions, le cas échéant.

¹²² Il y est fait exception pour la fiducie, considérée comme un patrimoine d'affec-tation et par conséquent non intimement lié à une personne : art. 1261 C.c.Q. Il n'en reste pas moins que les titres des biens qui composent ce patrimoine sont établis au nom du fiduciaire qui, comme administrateur du bien d'autrui, est chargé de la pleine administration : art. 1278 C.c.Q.

sont déjà engagées ou s'engageront des relations juridiques, les « tiers liés ». Trois patrimoines sont toujours en cause : celui du représenté qui subit les fluctuations dues à la représentation tout en poursuivant sa propre vie juridique ; celui du représentant qui comprend les droits et obligations de la représentation mais également ceux qui sont nés de ses activités personnelles ; celui du tiers engagé envers l'un ou envers l'autre, ou encore envers l'un par l'autre.

Toutes ces situations devraient être circonscrites par le principe de la relativité : pour ce faire, le droit tente de rétablir les figures traditionnelles à un ou deux sujets en identifiant un tiers parmi les acteurs en présence. Cette technique ressort expressément de la définition du mandat¹²³, comme de l'article 1319 C.c.Q. au titre de l'administration du bien d'autrui. Elle ne réussit toutefois pas à dissimuler les enchevêtrements, ni à dissiper les ambiguïtés qu'elles peuvent provoquer.

Déjà en amont, au moment de la constitution du régime se trouvent des tiers qui y participent activement et d'autres qui la subissent. Les « tiers intimes » sont appelés à y jouer un rôle important : les proches de l'incapable et de l'absent participent à la nomination des curateur, tuteur et conseiller¹²⁴ ; les actionnaires élisent les administrateurs et les administrateurs nomment le liquidateur de la personne morale¹²⁵ ; le liquidateur de la succession l'est par le testateur ou les héritiers¹²⁶ ; le gérant de l'indivision est choisi par les indivisaires¹²⁷ et celui de la copropriété divise l'est par le conseil d'administration¹²⁸. Dans certains cas, des « tiers habilités » exercent un certain contrôle sur la constitution.

Il ne faut pas non plus perdre de vue qu'au même moment le patrimoine du bénéficiaire est déjà actif et habité entre autres par des créanciers et des ayants droit. Le droit accorde à ces « tiers intéressés » certains pouvoirs de contrôle pour protéger leurs intérêts : ils peuvent demander au tribunal d'ordonner au représentant de faire inventaire et de souscrire une assurance ou une sûreté pour

¹²³ Art. 2130 C.c.Q.

¹²⁴ Absence : art. 87 C.c.Q. ; incapacité : art. 192, 200, 205-207, 269 et 270 C.c.Q.

¹²⁵ Art. 358 C.c.Q.

¹²⁶ Art. 785 et 786 C.c.Q.

¹²⁷ Art. 1027 C.c.Q.

¹²⁸ Art. 1085 C.c.Q.

garantir l'exécution de ses obligations¹²⁹. Pendant la durée du régime, et pour les mêmes raisons, ils ont accès au compte annuel et peuvent même obtenir une ordonnance de vérification par un « tiers expert »¹³⁰. À la fin du régime¹³¹, ils peuvent consulter le compte final¹³² et le vérifier.

Ces « tiers intéressés » sont également autorisés à demander le remplacement de l'administrateur qui ne peut exercer sa charge ou qui ne remplit pas ses obligations¹³³; en cas de conflits persistants dans une administration collective, ils peuvent demander une révision de l'organisation interne¹³⁴.

En aval de la constitution, quand le représentant exerce ses pouvoirs et donne naissance à de nouvelles situations juridiques, il agit normalement au nom et pour le compte du représenté: ses actions auraient un effet direct sur le patrimoine de ce dernier et devraient n'avoir aucun effet sur le sien¹³⁵. Quand toutes les con-

¹²⁹ Art. 1324 et 1330 C.c.Q. Ces obligations devront être expressément prévues par le mandat. En matière d'incapacité, le curateur public, un « tiers habilité », ainsi que le conseil de tutelle, formé de « tiers intimes », reçoivent une copie de l'inventaire (art. 240 C.c.Q.); c'est le conseil de tutelle qui détermine la nature et l'objet de la sûreté (art. 242 C.c.Q.). Notons cependant que les père et mère qui assument la fonction de tuteur aux biens en sont dispensés quand la valeur des biens de l'incapable ne dépasse pas 25 000 \$ (art. 209 C.c.Q.). En matière successorale, le liquidateur est tenu légalement de faire inventaire (art. 794 C.c.Q.), mais il ne sera tenu de fournir une sûreté ou de souscrire une assurance qu'à la demande du testateur ou de la majorité des héritiers ou encore si le tribunal l'ordonne à la demande d'un « tiers intéressé » (art. 790 C.c.Q.).

¹³⁰ Art. 1352 C.c.Q. En matière d'incapacité, le compte annuel doit être remis au curateur public (art. 246 C.c.Q.), à titre de « tiers habilité ».

¹³¹ Il peut également s'agir du remplacement de l'administrateur.

¹³² Art. 1363 C.c.Q. Selon Madeleine Cantin Cumyn, outre le bénéficiaire, tous les « tiers intéressés », c'est-à-dire tous ceux qui ont un intérêt pécuniaire dans l'administration, devaient avoir accès au compte final: M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 113, p. 327 et 328. Il en serait de même en matière successorale (art. 820 et 821 C.c.Q.).

¹³³ Art. 1360 C.c.Q.; pour ce qui concerne le mandat d'incapacité, les « tiers-intimes » ainsi que le curateur public pourraient demander l'ouverture d'un régime de protection: art. 2177 C.c.Q.

¹³⁴ Art. 1333 C.c.Q.; la même règle s'appliquerait en cas de mandat d'incapacité: art. 2177 C.c.Q.

¹³⁵ Art. 1319 et 2157 C.c.Q. Notons que l'administrateur est tenu de ne pas confondre les biens qu'il administre avec ses propres biens (art. 1313 C.c.Q.): c'est là une mesure de protection envers le bénéficiaire, mais également envers les

ditions sont remplies, le représentant s'éclipserait donc de la situation juridique ainsi créée pour n'y laisser que l'auteur et son ayant cause, le créancier et son débiteur : la complexité de la relation à trois serait ainsi levée. Devenu un tiers à cette situation juridique, il n'aurait qu'à prouver l'existence du mandat ou de l'administration pour échapper à toute responsabilité.

Dans certains cas cependant, le système connaît des défaillances : dissimulation de la représentation, simple apparence, excès ou détournement de pouvoirs. Tous ces scénarios devraient en principe mener à la nullité de l'acte juridique conclu avec un tiers¹³⁶. Certaines situations seront toutefois maintenues et produiront leurs effets : alors, le trio perdure.

Quand la représentation est occulte, donc quand le représentant agit en son propre nom mais pour le compte d'autrui, de deux choses l'une : ou il y a eu simplement dissimulation par le représentant, ou il y a eu accord entre le représenté et le représentant qui a agi à titre de prête-nom. Le « tiers lié » de bonne foi a des recours contre le représentant et le représenté¹³⁷ : il pourra demander l'exécution en nature des obligations auprès du représenté¹³⁸ ou l'exécution par équivalent auprès du représentant¹³⁹. Notons qu'à l'inverse le représenté et le représentant peuvent poursuivre le « tiers lié » en exécution de ses propres obligations : le premier trouve son intérêt comme partie au contrat avec le tiers, le second par l'existence des pouvoirs de représentation¹⁴⁰. En défense à l'action du représenté, le tiers pourra remettre en cause l'efficacité juridique de l'acte en

tiers qui pourraient autrement être induits en erreur sur la composition des patrimoines respectifs ; nous croyons que la même règle s'applique, par analogie, au mandataire placé dans les mêmes circonstances.

¹³⁶ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 113, p. 282-284.

¹³⁷ Art. 1319, 2157 et 2159 C.c.Q. Le mandataire peut également être tenu personnellement responsable s'il a caché des informations pertinentes qu'il détenait sur le mandant, comme son insolvabilité ou son incapacité.

¹³⁸ Entre eux l'acte juridique est valablement formé puisque les pouvoirs de représentation existaient en réalité.

¹³⁹ Le représentant ne peut être tenu qu'à payer une somme d'argent puisqu'il n'est pas titulaire des biens engagés, que ce soit une obligation de faire ou un transfert de propriété.

¹⁴⁰ Art. 2165 C.c.Q. Le régime de l'administration du bien d'autrui ne prévoit aucune règle spécifique à cet égard, mais nous croyons pourtant qu'elle devrait s'appliquer à titre supplétif.

plaidant l'incompatibilité de la représentation avec les stipulations ou la nature du contrat ; il pourra aussi lui opposer indifféremment les moyens de défense qu'il avait contre le représentant et ceux qu'il a contre lui, le cas échéant. Les relations tripartites trouvent à s'exprimer clairement ici. Il peut cependant y avoir conflit entre ces poursuites entrecroisées et se pose la question de la protection du choix de l'un ou de l'autre. Dans le cas de la simple dissimulation, nous croyons que le choix du représenté s'impose¹⁴¹ ; dans le cas du prête-nom qu'on peut associer à la simulation, étant donné la collusion entre le représentant et le représenté, le choix du « tiers lié » doit dominer¹⁴².

L'apparence de représentation, née de la croyance légitime d'un tiers en l'existence d'une administration pour autrui¹⁴³ ou d'un mandat¹⁴⁴ qui n'existent pas en réalité, équivaut en fait à l'absence de qualité du représentant, et donc, à l'absence absolue de pouvoirs de représentation. Le contrat conclu entre ce tiers et le pseudo-représentant produira-t-il ses effets et, si oui, dans quel patrimoine ? Dans la mesure où le tiers était de bonne foi, le représenté devra honorer ces obligations contractuelles sans qu'il ne soit besoin de prouver sa faute ou celle du représentant¹⁴⁵. La preuve de la bonne foi sera établie par les circonstances entourant la formation de l'acte juridique, particulièrement quand le représentant appartenait au cercle des « tiers intimes » du représenté, qu'il soit une personne physique ou morale, ou quand il avait déjà agi en cette qualité, ou encore quand les usages commerciaux lui reconnaissent habituellement ces pouvoirs¹⁴⁶. Dans les faits, nous devrions être en présence de trois tiers, mais qu'une séquence d'obligations réunit : obligations contractuelles conçues dans l'apparence qui deviennent

¹⁴¹ L'article 2165 C.c. Q. doit produire ses effets.

¹⁴² C'est le mode de résolution de conflit prévu par l'article 1452 C.c. Q. qui s'appliquera.

¹⁴³ Art. 1323 C.c. Q.

¹⁴⁴ Art. 2163 C.c. Q.

¹⁴⁵ Cela semble admis par la jurisprudence et la doctrine, malgré le libellé des dispositions du Code civil : « celui, qui pleinement capable, a donné à croire qu'une personne était administrateur de ses biens » (art. 1323 C.c. Q.) et « celui qui a laissé croire qu'une personne était son mandataire » (art. 2163 C.c. Q.). Voir : Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil*, t. 2, Québec, P.U.L., 1993, p. 881, à la page 916 ; A. POPOVICI, *op. cit.*, note 116, p. 110-112.

¹⁴⁶ A. POPOVICI, *op. cit.*, note 116, p. 111 et 112.

la cause d'une obligation de réparer, celle dont le pseudo-représentant sera débiteur envers le pseudo-représenté. Selon Madeleine Cantin Cumyn, si le Code civil résout le conflit en faveur du tiers, c'est que son intérêt particulier coïncide avec l'intérêt général de la stabilité contractuelle et de la sécurité des échanges économiques¹⁴⁷. La même protection est accordée aux tiers de bonne foi pour les actes conclus après la fin de l'administration ou du mandat¹⁴⁸.

Les excès et détournements de pouvoirs font présumer à l'existence de pouvoirs. Il y a excès quand le représentant va au-delà de sa mission en accomplissant des actes qui dépassent les pouvoirs qu'on lui a attribués : par exemple, il a, sans obtenir les autorisations requises, aliéné un immeuble du représenté alors qu'il n'avait que la simple administration de ses biens¹⁴⁹ ou, chargé de la pleine administration, il n'a pas respecté une limitation conventionnellement prévue¹⁵⁰, ou encore il a outrepassé les termes d'un mandat spécial¹⁵¹. Le détournement de pouvoirs constitue un manquement à l'obligation de loyauté, le non-respect des objectifs fixés par le constituant, par le tribunal ou par la loi. Fautif, le représentant devrait porter l'entière responsabilité des actes conclus avec les tiers¹⁵² : à l'action du tiers, il ne pourra opposer que la ratification expresse ou tacite de l'acte par le représentant ou la mauvaise foi du tiers, c'est-à-dire qu'il connaissait les limites des pouvoirs attribués. Contrairement au mandat¹⁵³, le régime de l'administration du bien d'autrui ne retient pas expressément la ratification présumée, celle qui découle de l'avantage supérieur que le bénéficiaire retirerait de l'acte accom-

¹⁴⁷ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 113, p. 297 ; au même effet : A. POPOVICI, *op. cit.*, note 116, p. 111.

¹⁴⁸ Art. 1362 et 2152 C.c.Q. La révocation du mandat ne met pas fin à la responsabilité du mandant envers les tiers de bonne foi si ce dernier n'en a pas été informé : art. 2181 C.c.Q.

¹⁴⁹ Art. 1305 C.c.Q.

¹⁵⁰ Par exemple dans le cas d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant : art. 2131 et 2166 et suiv. C.c.Q.

¹⁵¹ Art. 2135 C.c.Q.

¹⁵² Art. 1320, 2152, 2158 et 2160 C.c.Q.

¹⁵³ Art. 2153 C.c.Q.

pli sans pouvoir¹⁵⁴ : il faut alors s'en reporter aux régimes particuliers¹⁵⁵.

2. Régimes particuliers

Certains régimes particuliers renvoient expressément aux chapitres de l'administration du bien d'autrui ou au mandat. Le liquidateur d'une succession¹⁵⁶, comme le gérant d'une copropriété divisée¹⁵⁷ ou indivise¹⁵⁸, agit à titre d'administrateur chargé de la simple administration, alors que le fiduciaire¹⁵⁹ et le liquidateur de la personne morale¹⁶⁰ ont des pouvoirs de pleine administration. Les régimes de protection pour les incapables sont également fondés sur les règles de l'administration du bien d'autrui¹⁶¹ avec des pouvoirs de représentation. L'organisation des relations familiales nées du mariage ou de la filiation renvoie au régime général en établissant des présomptions pour protéger les tiers de bonne foi : présomption irréfragable de « mandat domestique » entre les conjoints unis sous le régime légal pour ce qui concerne les actes à titre onéreux ayant pour objet des biens meubles communs¹⁶² ; présomption simple pour les actes relatifs à l'autorité parentale¹⁶³ ou à la tutelle légale¹⁶⁴ accomplis par un seul des parents. Dans certains cas, des règles particulières gouvernent ces relations et le régime général s'applique

¹⁵⁴ Cette présomption existe à l'égard des actes accomplis par un seul administrateur alors qu'il devait agir de concert avec d'autres : art. 1321 C.c.Q.

¹⁵⁵ En matière d'incapacité, on retrouve l'idée de la ratification présumée dans les cas où l'incapable ne peut obtenir la nullité de l'acte accompli par son tuteur sans avoir rempli les formalités requises, à moins de prouver le préjudice qu'il en a subi : art. 163, 173 et 294 C.c.Q.

¹⁵⁶ Art. 802 C.c.Q.

¹⁵⁷ Art. 1085 C.c.Q.

¹⁵⁸ Art. 1029 C.c.Q.

¹⁵⁹ Art. 1278 C.c.Q.

¹⁶⁰ Art. 360 C.c.Q.

¹⁶¹ Les règles de la simple administration s'appliquent à la tutelle (art. 208 et 287 C.c.Q.), y compris à la tutelle pour absence (art. 86 C.c.Q.) ; celles de la pleine administration, à la curatelle (art. 282 C.c.Q.).

¹⁶² Art. 447 C.c.Q. : selon cette disposition, l'époux qui agit seul est réputé en avoir le pouvoir.

¹⁶³ Art. 603 C.c.Q.

¹⁶⁴ Art. 194 C.c.Q.

à titre supplétif ; dans d'autres, il s'agit d'un renvoi pur et simple au régime général.

Certaines situations échappent totalement à l'application de ces règles bien qu'à certains égards ils puissent y être assimilés. La gestion d'affaires et la substitution ne naissent pas de l'attribution de pouvoirs, mais ces régimes se structurent autour de relations tripartites.

Le gérant d'affaires agit *a priori* sans droits et sans pouvoirs. La constitution de la gestion s'établit *a posteriori*, par voie de conséquences en quelque sorte. Au départ, elle met en scène deux personnes juridiquement étrangères l'une à l'autre, des tiers selon les principes généraux. Cette immixtion de l'un dans les affaires de l'autre devrait donc entraîner l'expulsion immédiate de l'usurpateur, sa pleine responsabilité et la totale immunité de l'autre. Mais sa nécessité, son opportunité et son utilité lui donnent de produire des effets inattendus ; fondée sur l'entraide sociale sans être pure philanthropie, elle entre, une fois les conditions remplies, dans le champ de l'administration du bien d'autrui¹⁶⁵. Des tiers à l'origine sont prestement qualifiés par le droit et deviennent gérant et géré. Les droits personnels qui en découlent varient suivant qu'ils répondent ou non aux conditions fixées pour son application. Entre le gérant et le géré, elles impliquent le rééquilibrage des patrimoines : le second doit indemniser le premier de ce qui lui a personnellement profité¹⁶⁶. Entre le gérant, le géré et les « tiers liés », les droits d'action personnelle s'orientent au gré de la connaissance, de la volonté et du profit : ce régime exceptionnel ne doit pas nuire aux tiers. Le géré est tenu de remplir les obligations contractées par le gérant avec un tiers à qui la gestion a été dévoilée¹⁶⁷ ; il y sera tenu même si la gestion a été inopportunément entreprise, mais dans la seule mesure où elle l'a enrichi¹⁶⁸, autrement l'action du tiers devra être dirigée contre le gérant¹⁶⁹. Si la gestion est occulte pour les tiers, le gérant assumera en principe la responsabilité contractuelle, sauf si les conditions d'opportunité et d'utilité sont remplies, auquel cas le « tiers

¹⁶⁵ Art. 1484 C.c.ℚ.

¹⁶⁶ Art. 1486 et 1488 C.c.ℚ.

¹⁶⁷ Art. 1489 C.c.ℚ.

¹⁶⁸ Art. 1490 C.c.ℚ. : il s'agit donc de ratification présumée.

¹⁶⁹ Art. 1489 C.c.ℚ.

lié » conserve son action contre le géré¹⁷⁰. Certains auteurs parlent de la gestion comme d'une administration de fait¹⁷¹.

Le transfert d'un droit réel emporte normalement l'extinction d'une situation et la création d'une nouvelle ; l'auteur quitte l'espace juridique qui accueille simultanément l'ayant cause, selon la figure dominante de la chaîne des droits. Il n'en est cependant pas ainsi en matière de substitution, que le Code civil définit ainsi : « Il y a substitution lorsqu'une personne reçoit des biens par libéralité avec l'obligation de les rendre après un certain temps à un tiers »¹⁷². Ce tiers est immédiatement qualifié autrement par le droit : « La personne qui a l'obligation de rendre se nomme le grevé ; celle qui a le droit de recueillir postérieurement se nomme l'appelé »¹⁷³. Cohabitent dans cet espace le grevé, l'appelé et, à certains égards, le disposant. Le grevé devient propriétaire des biens jusqu'à l'ouverture de la substitution : le disposant devrait donc quitter la scène en tant qu'auteur. Or, ce n'est pas tout à fait le cas puisqu'il est censé transférer ses droits directement à l'appelé¹⁷⁴. Il n'y a donc aucun lien d'auteur à ayant cause entre le grevé et l'appelé qui demeurent, quant au droit réel, des tiers l'un à l'égard de l'autre. Cependant, il se crée entre eux un réseau de droits et d'obligations lié au caractère temporaire de l'institution : les droits de propriété du grevé sur les biens exclut le régime d'administration du bien d'autrui, mais les obligations demeurent de faire inventaire¹⁷⁵, d'agir avec prudence et diligence¹⁷⁶, d'entretenir et de conserver les biens en bon état¹⁷⁷, de les assurer¹⁷⁸, de rendre un compte annuel¹⁷⁹. Créancier déjà de ces obligations légales, le « tiers appelé » en tant que futur propriétaire peut exercer toutes les mesures conservatoires utiles à la protection de ses droits¹⁸⁰. Cette institution a également un effet direct sur les « tiers intéressés », par exemple les créanciers de cha-

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 113, p. 98 et 99.

¹⁷² Art. 1218, al.1 C.c.ℚ.

¹⁷³ Art. 1219, al.1 C.c.ℚ.

¹⁷⁴ Art. 1243 C.c.ℚ.

¹⁷⁵ Art. 1224 C.c.ℚ.

¹⁷⁶ Art. 1225 .c.ℚ.

¹⁷⁷ Art. 1226 C.c.ℚ.

¹⁷⁸ Art. 1227 C.c.ℚ.

¹⁷⁹ Art. 1231 C.c.ℚ.

¹⁸⁰ Art. 1235 C.c.ℚ.

cun : d'abord, les créanciers du disposant, titulaires de droits accessoires, qui conservent leurs recours sur les biens¹⁸¹ ; ensuite, les créanciers du grevé intéressés par l'ensemble de son actif même si les biens ainsi transmis constituent un patrimoine distinct¹⁸² : l'appelé pourra s'opposer à la saisie et à la vente des biens de la substitution pour ne laisser aux « tiers créanciers » que des recours sur les droits du grevé ; enfin, aux créanciers de l'appelé, puisque ce dernier peut consentir une sûreté sur ses droits à la substitution¹⁸³.

B. Les entités juridiques : les personnes morales et les sociétés

Certains groupements de personnes forment des entités juridiques¹⁸⁴ qui se distinguent de leurs membres : presque totalement quand il s'agit d'une personne morale¹⁸⁵ ; plus subtilement quand il s'agit d'une société¹⁸⁶, à l'exception cependant des sociétés par actions qui jouissent de la personnalité juridique¹⁸⁷. Ces entités, pour mener leur vie juridique, fonctionnent à deux niveaux : les membres ont entre eux des rapports internes pour assurer la gestion de l'entité ; mais pour entretenir des rapports externes avec des tiers, ou bien elles n'ont pas de voix comme la personne morale (1), ou bien elles ont plusieurs voix comme la société (2), d'où la nécessaire attribution de pouvoirs de représentation. Pour rendre compte de ce double aspect, on parlera volontiers de pouvoirs organiques qui se distinguent des simples pouvoirs d'administration et de représentation

¹⁸¹ Art. 1233 C.c. Q.

¹⁸² Art. 1223 C.c. Q. Ces créanciers devront d'abord discuter le patrimoine personnel du grevé avant de faire saisir et vendre les biens de la substitution.

¹⁸³ Art. 1235 C.c. Q.

¹⁸⁴ Nous employons le terme « entité » de façon générique dans le sens de groupement organisé et non dans son sens restreint d'unité distincte de ses parties, comme on l'emploie en général pour la seule personne morale.

¹⁸⁵ La personne morale peut, dans certains cas, ne pas être constituée d'un groupe de personnes, mais bien d'une seule personne physique qui occupe toutes les fonctions bien que la compagnie puisse s'adjoindre des dirigeants qui n'y participent pas.

¹⁸⁶ Art. 2186 et suiv. C.c. Q.

¹⁸⁷ Art. 2188 C.c. Q.

par le fait que l'attributaire appartient à l'organisation de l'entité, qu'il est essentiel à son fonctionnement¹⁸⁸.

1. La personne morale

La personne morale, malgré son autonomie juridique, a besoin de personnes physiques pour vivre et se faire entendre : ses fondateurs, actionnaires, administrateurs, dirigeants – ceux que nous avons nommés, ailleurs¹⁸⁹ et par analogie, ses « tiers intimes » – décident et agissent pour elle. Nous sommes déjà en présence d'une dualité qui risque d'emmener confusions et ambiguïtés sur les intérêts et les responsabilités de chacun. Le droit devra, selon les circonstances, assurer la protection des uns contre les autres.

Dans l'exercice des pouvoirs de gestion¹⁹⁰, protection de la personne morale contre ses « tiers intimes » le cas échéant. Ces derniers ont le devoir d'être honnêtes et loyaux envers elle : en cas de fraude à son endroit, ces personnes physiques seront tenues personnellement responsables du préjudice subi¹⁹¹. Pour les mêmes raisons, le tribunal pourra déclarer une personne inapte à remplir les fonctions d'administrateur¹⁹². Les administrateurs devront dresser une frontière étanche entre le patrimoine de la personne morale et leur propre patrimoine¹⁹³.

Dans l'exercice des pouvoirs de représentation¹⁹⁴, protection des « tiers intimes » qui agissent au nom et pour le compte de la personne morale¹⁹⁵. La personnalité juridique emporte l'idée d'autonomie juridique de la personne fictive : cette autonomie se transcrit par la responsabilité pleine et entière de ses actes et, à titre corollaire, par l'immunité des personnes physiques qui lui prêtent leur voix.

¹⁸⁸ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 113, p. 113.

¹⁸⁹ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 6.

¹⁹⁰ Art. 311 C.c.Q.

¹⁹¹ Art. 316 C.c.Q.

¹⁹² Art. 329 C.c.Q.

¹⁹³ Art. 323 C.c.Q.

¹⁹⁴ Art. 312 C.c.Q.

¹⁹⁵ Art. 321 C.c.Q.

Protection primordiale des tiers dans les cas de fausses apparences ou de fraude. Par exemple, les « tiers intimes » peuvent croire ou laisser croire à l'existence d'une personne morale, alors qu'elle n'existe pas en réalité. Ces situations soulèvent le problème de leur immunité respective : seules les personnes morales dûment constituées sont distinctes de leurs membres, aux termes de l'article 309 C.c.Q. À ceux qui croyaient faussement fonctionner selon cette structure, le Code civil leur offre d'obtenir l'attribution rétroactive de la personnalité morale¹⁹⁶ : les conditions sont fixées sur la base de la possession – possession d'état – en ce que la personne morale, nouvellement constituée selon les règles législatives¹⁹⁷, a présenté de façon publique, continue et non équivoque toutes les apparences de la personne morale et a agi comme telle tant à l'égard de ses membres que des tiers. Les tiers ainsi interpellés sont évidemment ceux avec qui cette supposée personne a établi des relations juridiques, par exemple des créanciers ou ayants cause, donc des « tiers intéressés ». On leur accorde du reste d'intervenir à l'instance : l'immunité conférée rétroactivement aux membres de la personne ne doit pas l'être en fraude de leurs droits.

À ceux qui croyaient faussement entretenir des relations avec une personne morale, inexistante dans les faits, le Code civil leur permet de poursuivre en justice une personne physique ou un groupement de personnes physiques comme s'ils constituaient une entité juridique¹⁹⁸. Au-delà de sa simple utilité procédurale, cette disposition soutiendrait plus largement la *favor contractus* en maintenant la validité d'un contrat, par ailleurs annulable faute d'une partie contractante. Le tiers de bonne foi continuerait de bénéficier des avantages du contrat. La bonne foi s'identifie ici à l'ignorance de la situation réelle.

La fiction juridique ne doit cependant pas servir à camoufler ou à couvrir la fraude, l'abus de droit ou l'illégalité. Dans tous ces cas, l'immunité peut être levée par le tribunal et les personnes physiques fautives rendues imputables de leurs actes¹⁹⁹. Ce moyen, éta-

¹⁹⁶ Art. 331 C.c.Q.

¹⁹⁷ *Id.* : l'autorité qui aurait dû initialement contrôler sa constitution doit consentir à l'effet rétroactif.

¹⁹⁸ Art. 130 C.p.c.

¹⁹⁹ Art. 317 C.c.Q. ; dans certains cas, c'est la personne morale qui pourra être responsable des obligations de ses membres.

bli par les tribunaux²⁰⁰, – connu comme le soulèvement du voile corporatif – est maintenant codifié au Québec. Réservé initialement aux seuls « tiers »²⁰¹, ce moyen a été étendu à toute personne, ce qui inclut donc les membres de la personne morale. L'espace juridique privé de la personne morale est donc fissible.

2. La société

Les sociétés, nées d'un contrat²⁰² entre au moins deux personnes, posent davantage de problèmes. Sauf exception²⁰³, elles n'ont pas la personnalité juridique ce qui n'empêche pas certaines d'entre elles de fonctionner sous un nom qui leur est propre ; elles ne possèdent pas non plus de patrimoine distinct, ce qui n'empêche pas certaines d'entre elles d'avoir un actif propre que leurs créanciers devront discuter avant de poursuivre le paiement contre les associés personnellement²⁰⁴. Elles répondent de différentes structures qui auront un effet dans l'attribution des pouvoirs de gestion et de représentation. Le Code civil établit en effet quatre sortes de société²⁰⁵ : la société par actions équivalant à la personne morale constituée²⁰⁶, la société en nom collectif, la société en commandite et la société en participation. Mais quelle que soit sa forme, elle implique la présence de ses membres – des personnes physiques ou morales – qui la gèrent et qui peuvent agir en son nom et pour son compte auprès des tiers, sans pour autant cesser d'avoir individuellement une vie juridique active, d'où les confusions et ambiguïtés potentielles.

La constitution d'une société dépend de la volonté de ses membres et leurs rapports internes, leurs pouvoirs de gestion sont de

²⁰⁰ Pour une revue de la jurisprudence sur la question avant 1994, voir : Paul MARTEL, « Le "voile corporatif" et l'article 317 du *Code civil du Québec* », (1995) 55 *R. du B.* 447, 450 et 451.

²⁰¹ *Code civil du Québec*, L.Q. 1987, c. 18, art. 345 : cette disposition, adoptée en 1987, n'a jamais été mise en vigueur et fut remplacée en 1991 (L.Q. 1991, c. 64) par l'actuel article 317 C.c.Q.

²⁰² Art. 2186 C.c.Q.

²⁰³ Comme nous l'avons déjà mentionné, la seule exception est la société par actions : art. 2188 C.c.Q.

²⁰⁴ Art. 2221 C.c.Q.

²⁰⁵ Art. 2188 C.c.Q.

²⁰⁶ Voir nos commentaires sur la personne morale.

nature contractuelle : chacun est à la fois créancier et débiteur de la société. Fondée sur la mise en commun de ressources individuelles dans la poursuite d'un but commun, elle repose sur une relation de confiance et chacun des associés a une obligation d'honnêteté et de loyauté à son endroit²⁰⁷. En contrepartie, chacun aura droit à sa part de bénéfice²⁰⁸ et pourra participer aux décisions collectives²⁰⁹.

Le principe de la relativité des contrats voudrait que cet espace juridique soit habité par les seules personnes qui y ont consenti, à l'exclusion de toute autre. La part de chaque associé constitue cependant un bien dont il pourrait en principe librement disposer, bien que ce ne soit pas toujours le cas. La société est protégée contre les « tiers intrus », des cessionnaires qui n'auraient pas reçu l'approbation des autres membres. Si l'associé peut céder un intérêt dans sa part, il lui est interdit de la céder en totalité²¹⁰ : un tiers ne peut devenir associé que du consentement de tous. Si une cession à titre onéreux est faite sans ce consentement, la société peut exercer son droit de retrait, dans l'année qui suit l'acquisition. De la même manière, la part de chacun dans les bénéfices peut en tout temps faire l'objet d'une hypothèque, mais si la sûreté porte sur la part d'un associé dans l'actif de la société, les autres doivent y consentir²¹¹ : à défaut, ce créancier hypothécaire sera considéré comme un intrus. La relation de confiance repose sur le choix des individus et sur l'expression de la volonté de chacun : c'est là la protection que le droit accorde à la société et aux associés contre les « tiers intrus », à savoir le droit de les évincer.

Cette protection particulière se justifie par les pouvoirs de gestion et surtout de représentation qui échoient à chaque associé²¹² : en effet, chacun peut lier la société quand il agit en son nom et dans le cours de ses activités, quels que soient les arrangements inter-

²⁰⁷ Art. 2204 C.c.Q.

²⁰⁸ Art. 2203 C.c.Q. : cette disposition est d'ordre public.

²⁰⁹ Art. 2216 C.c.Q. Le droit de participer est d'ordre public, mais les associés peuvent convenir des modalités d'exercice.

²¹⁰ Art. 2209 C.c.Q.

²¹¹ Art. 2211 C.c.Q. Ce consentement peut avoir été préalablement accordé dans le contrat de société.

²¹² Il est fait exception à ces dispositions pour les commanditaires dont la part est cessible (art. 2243 C.c.Q.), exception qui se justifie par le fait qu'ils n'ont à l'égard de la société ni pouvoirs de représentation ni pouvoirs de gestion.

nes²¹³. Ces pouvoirs et ces responsabilités peuvent cependant varier selon le type de société.

La société en participation est une créature spontanée, inorganisée, qui peut naître d'un accord écrit ou verbal ou qui encore peut être simplement inférée des faits : la doctrine et la jurisprudence, qui précédaient la réforme du droit commun, la reconnaissaient comme société anonyme ou société de fait. La seule intention d'exercer des activités en commun suffit à la fonder et cet élément dynamique la distingue de l'indivision, modalité du droit de propriété qui repose plutôt sur un état de fait statique²¹⁴. Parce qu'elle ne répond d'aucune condition de publicité, ses relations juridiques avec les tiers sont empreintes d'une dualité. En principe, chaque associé demeure propriétaire unique des biens qu'il a apportés à la société²¹⁵ et responsable des engagements qu'il a contractés²¹⁶, cela même si ces actes servaient les fins de la société : les « tiers liés » ont donc des recours directs et personnels contre l'associé. Toutefois, dans la mesure où l'associé dévoile l'existence de la société et révèle qu'il agit pour son compte, chaque associé peut être tenu personnellement responsable envers le tiers : en principe responsabilité conjointe, chacun étant tenu en parts égales quelle que soit sa participation réelle, mais responsabilité solidaire si la dette a été contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise²¹⁷. Ce régime de responsabilité à l'égard des tiers est d'ordre public²¹⁸. À l'inverse, seul l'associé-contractant a un recours direct contre le tiers²¹⁹ : en fait la société, comme entité, ne peut ester en justice ni être poursuivie comme telle²²⁰.

²¹³ Art. 2219 C.c.Q. : toute stipulation contraire est inopposable aux tiers de bonne foi.

²¹⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 2250 C.c.Q.

²¹⁵ Art. 2252 C.c.Q.

²¹⁶ Art. 2253 C.c.Q.

²¹⁷ Art. 2254 C.c.Q.

²¹⁸ Art. 2255 C.c.Q.

²¹⁹ Art. 2256 C.c.Q.

²²⁰ Art. 2257 C.c.Q. Ces règles de responsabilité s'appliquent pour les actes conclus, après la fin de la société, à l'égard des tiers qui l'ignoraient : art. 2263 C.c.Q.

Contrairement à la société en participation, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite ne sont pas occultes : formées sous un nom commun aux associés, elles sont tenues aux mêmes déclarations que les personnes morales, selon la *Loi sur la publicité légale*²²¹. Les corrections qui pourraient être apportées à cette déclaration ne peuvent nuire aux tiers, pas plus qu'aux associés, sauf s'ils y ont consenti²²². La publicité, organisée par l'État, entraîne présomption de connaissance et, par conséquent, le double jeu de l'opposabilité. La déclaration et ses modifications, une fois inscrites, sont opposables aux tiers qui ne pourront contester son existence ; ces derniers pourront opposer son contenu à la société et aux associés, mais ils pourront également contredire, par tous les moyens de preuve, les mentions qui y sont faites²²³. La transparence est la règle à l'égard des tiers avec lesquels la société entretient des rapports juridiques : elle devra exercer ses activités sous son nom et divulguer sa forme juridique, sans quoi, pour les « tiers liés » de bonne foi, la responsabilité personnelle des associés sera celle des associés d'une société en participation²²⁴.

La société en nom collectif est la société de droit commun : les dispositions législatives qui la gouvernent sont applicables aux autres formes de société à moins de dérogations²²⁵. Les pouvoirs de gestion des associés sont fixés par le contrat : ces arrangements internes ne peuvent cependant nuire aux tiers de bonne foi²²⁶.

Chaque associé peut donc en principe représenter la société²²⁷ et conclure des actes juridiques dont elle devra assurer l'exécution : le « tiers lié » doit d'abord poursuivre le paiement contre la société ; ce n'est qu'en cas d'insuffisance de biens sociaux, que le paiement pourra être exigé des associés tenus conjointement, en principe, mais solidairement si l'obligation avait été contractée pour le ser-

²²¹ Art. 2189 C.c.Q. ; *Loi sur la publicité légale*, L.R.Q., c. P-45, art. 2(2). Pour les conditions, les formalités et les modes d'accès établis par cette loi particulière, voir : L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 6.

²²² Art. 2192 C.c.Q.

²²³ Art. 2195 C.c.Q. ; mentions prescrites : *Loi sur la publicité légale*, précitée, note 221, art. 10 et 11.

²²⁴ Art. 2197 C.c.Q.

²²⁵ Art. 2249 et 2251 C.c.Q.

²²⁶ Art. 2203 et 2217 C.c.Q.

²²⁷ Art. 2219 C.c.Q. : on considère que chaque associé est le mandataire de la société.

vice ou l'exploitation d'une entreprise²²⁸. Quand la responsabilité personnelle des associés est retenue, se pose le problème des conflits entre « tiers concurrents » ; le Code civil établit entre eux un ordre de collocation : les créanciers personnels de l'associé seront préférés aux créanciers de la société²²⁹.

Les règles qui s'appliquent en cas de représentation dissimulée et apparente sont reprises et spécifiées. La société sera liée au tiers à qui l'on a camouflé son existence et ce dernier pourra cumuler tous les moyens qu'il a, tant contre l'associé avec qui il a contracté que contre la société²³⁰. De manière analogue, l'associé non déclaré encourt la même responsabilité que les associés déclarés²³¹ : on assure ainsi la fiabilité de la publicité légale. L'apparence peut également jouer sous ce double aspect : la société qui donne à croire, par mensonge, réticence ou silence coupable, qu'une personne est associée devra répondre de ses actes ; autrement, la personne qui donne faussement à croire qu'elle est associée sera tenue comme telle des obligations contractées²³². Même les contrats conclus avec des tiers de bonne foi, après la fin de la société et quelle qu'en soit la cause, devront être honorés²³³.

La société en commandite offre une structure particulière qui distingue les associés, en commanditaires et commandités : en principe, les commanditaires ne sont que des investisseurs²³⁴ et n'ont ni pouvoirs de gestion, ni pouvoirs de représentation²³⁵. Les commanditaires ne sont donc pas forcément partie au contrat de société : en ce sens, ce sont des tiers. L'administration du bien d'autrui gouverne les relations entre commanditaires et commandités : chargés de la pleine administration, toute limitation conventionnelle des pouvoirs attribués à ces derniers est inopposable aux tiers de bonne foi²³⁶. Seuls les commandités peuvent, comme les associés en nom

²²⁸ Art. 2221 C.c.Q.

²²⁹ *Id.*

²³⁰ Art. 2220 C.c.Q.

²³¹ Art. 2223 C.c.Q.

²³² Art. 2222 C.c.Q.

²³³ Art. 2234 C.c.Q.

²³⁴ La société en commandite peut faire publiquement appel à l'épargne et émettre des titres négociables : art. 2237 C.c.Q.

²³⁵ Art. 2236 et 2244 C.c.Q.

²³⁶ Art. 2238 C.c.Q.

collectif, engager la société auprès de tiers²³⁷ : en cas d'insuffisance des biens de la société, les commandités seront solidairement tenus de payer alors que les commanditaires ne peuvent être tenus au-delà de l'apport convenu²³⁸, sauf s'ils se sont indûment immiscés dans l'administration de la société²³⁹. Comme l'apport des commanditaires constitue le plus souvent l'actif de la société, ils ne peuvent retirer leur part de façon à mettre en péril les intérêts des « tiers liés »²⁴⁰ : même si leur part est en principe cessible, ils demeurent garants à l'égard des tiers²⁴¹.

*

* *

L'organisation juridique des groupes de personnes se fonde essentiellement sur des rapports d'altérité : une personne agit pour le compte d'autrui qui devra en principe supporter les effets de ces actes. Elle se structure, sauf exception, autour de l'attribution finalisée de pouvoirs, que ce soit des pouvoirs propres d'administration, des pouvoirs de représentation ou des pouvoirs organiques. Ces aménagements particuliers répondent parfois de nécessités juridiques (exercices des droits des incapables et des entités juridiques), de nécessités sociales (gestion d'affaires) ou d'opportunités économiques (mandat, substitution). Ils se construisent en trois temps : le premier, constitutif, celui de l'attribution des pouvoirs ; le second, fonctionnel, celui de leur exercice ; le troisième, incident, celui de leurs effets. Ils mettent en cause trois patrimoines susceptibles d'être affectés par les actions entrecroisées des personnes en présence.

Les tiers sont présents à chacune des étapes, mais leur qualité varie selon le moment de leur interpellation. La constitution du régime prend sa source soit dans un acte juridique (mandat, société, substitution, liquidation d'une succession testamentaire, convention d'indivision ou déclaration de copropriété divise, fiducie), soit dans la loi ou une ordonnance judiciaire (régimes de protection des incapables, exercice de l'autorité parentale, administration d'une per-

²³⁷ Art. 2238 C.c.Q.

²³⁸ Art. 2246 C.c.Q. Est invalide toute stipulation qui oblige le commanditaire à cautionner ou à assumer les dettes de la société au-delà de son apport.

²³⁹ Art. 2244 C.c.Q.

²⁴⁰ Art. 2241 C.c.Q.

²⁴¹ Art. 2243 C.c.Q.

sonne morale, liquidation d'une succession légale ou d'une entité juridique, gestion d'affaires). Quand le régime naît de la volonté active, les tiers tiennent peu de place ; seule la substitution, parce qu'elle crée un enchevêtrement de droits réels sur les mêmes biens, convoque les « tiers intéressés », tant du disposant que du grevé et de l'appelé, pour prévenir les conflits. Quand le régime naît de la loi ou d'une décision du tribunal, les « tiers intimes » sont autorisés à intervenir pour protéger les intérêts du bénéficiaire et les « tiers intéressés », pour faire valoir leurs intérêts propres.

L'exercice des pouvoirs propres, essentiellement les pouvoirs d'administration et de gestion, convoque les « tiers intimes » et les « tiers intéressés », d'abord pour les informer, pour leur permettre ensuite de surveiller et de contrôler les activités de l'attributaire : droits de demander un inventaire, d'exiger la souscription d'une assurance ou d'une sûreté, d'avoir accès aux comptes et de les vérifier. Encore là, le droit cherche à éviter les confusions qui pourraient advenir entre les patrimoines autant qu'à conjurer les risques de fraude. Ce sont les mêmes qui, dans le but de favoriser l'efficacité du régime, pourront intervenir dans sa régie : remplacer un administrateur, réviser l'organisation interne, etc. Par contre, celui qui voudrait s'immiscer dans les affaires de la société, sans le consentement unanime des associés, est perçu comme un « tiers intrus » et susceptible d'éviction : la société, contrairement à la personne morale ou la copropriété divise, est perçue comme une organisation privative, à l'instar de l'indivision.

L'exercice des pouvoirs de représentation interpelle essentiellement la catégorie des « tiers liés ». C'est ici qu'apparaissent les relations triangulaires : la première arête formée par les rapports entre le représentant et le représenté, la seconde, par les actes juridiques entre le représentant et le tiers, la troisième, par les droits et obligations qui unissent le représenté au « tiers lié ». Normalement, cet ensemble tripartite devrait se résoudre par la libération du représentant : le triangle est alors tronqué, puisque les obligations, droits d'action et moyens de défense n'agissent plus qu'entre le représenté et le « tiers lié ». Ce sont les perturbations qui risquent de le maintenir, qu'elles émanent du représentant ou de l'accord entre ce dernier et le représenté. La dissimulation (ou simulation), l'apparence et l'excès (ou détournement) de pouvoirs mettent en cause non seulement les intérêts particuliers conflictuels du représenté et du « tiers lié », mais également l'intérêt général de la stabilité contractuelle et de la sécurité des échanges économiques. Les droits d'action et les

moyens de défense varieront suivant la bonne ou la mauvaise foi du « tiers lié », la ratification expresse, tacite ou présumée du représenté.

*
* *

La vie sociale génère le droit. Sans la donner comme source immédiate, elle en constitue le postulat. Quel que soit son degré d'organisation, la société s'impose minimalement en collectivité, organiquement constituée par ses membres en interrelations. Au foisonnement social se superposent des systèmes structurants, par exemple politique, économique, juridique et religieux. Chacun fait une lecture différenciée des mêmes phénomènes sociaux : ainsi, le transfert d'une chose d'une personne à une autre prendra la couleur d'un échange dans le système économique et d'un contrat dans le système juridique. Ce nominalisme répond des principes orienteurs et des processus constructeurs adoptés par chacun des systèmes.

Ces qualifications conceptuelles sont à la fois signifiantes, normatives et réductrices. Signifiantes en ce qu'elles s'incarnent dans la recherche de sens et participent à la communication. Normatives en ce qu'elles standardisent les phénomènes et régularisent les comportements. Réductrices en ce qu'elles marginalisent certains faits en encadrant la réalité. Le droit n'échappe à aucune de ces caractéristiques.

Ainsi, la théorie juridique classique voudrait que le droit absorbe les mouvements sociaux et la circulation économique en une succession de situations simples, étanches les unes aux autres. Pour cela, le concept de « tiers » vient compléter le concept de « parties », selon une distinction fondée sur l'appartenance identitaire à l'une ou à l'autre des catégories exclusives. Cette distinction introduit sémantiquement dans la construction du droit le concept d'extranéité – entendue au sens large de ce qui est étranger –, concept qui permet de tracer des frontières autour de chaque situation juridique, espace clos habité par le ou les sujets de droit et l'objet sur lequel il porte. La vie sociale est donc fragmentée par le droit en autant de particules formées par un noyau d'activités juridiques, en autant de sphères isolées les unes des autres.

Cette distinction cristallise l'atomisation des rapports et, ce faisant, induit la fixité et la linéarité des situations juridiques : elles demeurent immuables de leur constitution à leur extinction, fermées sur les seules parties à l'exclusion des autres ; tout transfert (ou transmission) de l'objet de droit qu'elles comprennent s'inscrit dans un enchaînement d'événements, sans chevauchement ni empiètement, la partie devenant un tiers dès lors qu'un tiers devient partie.

Dans la réalité cependant, le droit ne peut empêcher les associations et dissociations, les unions et les ruptures, les arrangements spontanés et les organisations, voire les mouvements migratoires. Ceux qu'on appelle les « tiers » sont appelés tôt ou tard à s'intégrer à des situations qui, duales à l'origine, peuvent par l'effet d'activités relationnelles évoluer vers la pluralité. Fondée parfois sur la collaboration de ceux qui partagent des intérêts convergents, parfois aussi sur les conflits quand les intérêts divergent, cette pluralité se construit toujours sur l'interdépendance des situations juridiques. En assumant les fonctions normatives et instrumentales qui sont les siennes, le système juridique devient un outil orienteur de la communication sociale.

Disant cela, il devient difficile de soutenir que l'atomisation, la fixité et la linéarité rendent compte de la réalité socio-juridique. L'image de la cellule autonome doit céder la place à une autre figure mieux en mesure d'expliquer le réseautage, la mobilité et la dynamique de la vie juridique, des interactions inévitables qui relient les situations entre elles. Intuitivement, c'est la théorie des ensembles qui s'impose. En reprenant les postulats de la théorie juridique traditionnelle, nous pouvons affirmer que chaque situation juridique constitue un ensemble formé exclusivement des parties (créancier et débiteur ou titulaire unique de droit) et de l'objet de droit (créance ou obligation, droit réel, droit de la personnalité). Ces ensembles seraient en interrelations avec d'autres ensembles et, par conséquent, présenteraient de nouvelles figures qui permettraient à ceux que le droit identifie comme des tiers de réintégrer leur juste position juridique dans le complexe social.