

Addenda

[1] Dans l'espace qui m'est imparti, je¹ répondrai à cinq questions qui concernent la règle du lien contractuel.

1 Est-ce que la règle du lien contractuel continue de présenter des difficultés juridiques au Canada depuis la décision de la CSC dans l'affaire *Fraser River*²? Non.

[2] Dans *Canadian Contractual Interpretation Law*³, Geoff Hall affirme ce qui suit :

[Traduction] Le critère de l'arrêt *Fraser River Pile* épouse bien l'esprit du droit de l'interprétation des contrats, car il s'attache à traduire fidèlement l'intention des parties. Pour y parvenir, il renvoie au libellé du contrat et au contexte qui a donné naissance à l'entente, et il tient notamment compte du contrat dans son ensemble. Cela donne un résultat qui est beaucoup plus compatible avec le droit de l'interprétation des contrats que l'ancienne règle qui empêchait les tiers bénéficiaires de faire valoir leurs droits. Cette règle aboutissait souvent à des résultats incompatibles avec l'intention des parties.

Par la suite, il a été assez facile d'appliquer le critère de l'arrêt *Fraser River Pile*⁴.

[3] Voici ce qu'affirme John Swan dans son ouvrage intitulé *Canadian Contract Law*⁵ :

[Traduction] Dans la plupart des cas qu'on peut facilement imaginer, la règle touchant les tiers bénéficiaires ne suscite aucune difficulté, les attentes des parties sont remplies, il n'y a pas de cas d'enrichissement sans cause et tout problème à l'égard de la procédure devrait pouvoir être réglé par des solutions compatibles avec les règles du droit commun.

[4] Dans l'ouvrage *The Law of Contracts*⁶, le professeur John McCamus explique :

¹ Le présent addenda a été préparé par Wayne Gray, associé chez McMillan LLP, de Toronto, et membre du Groupe de travail de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (« la CHLC »). Même si je suis d'accord sur la conclusion fondamentale selon laquelle la règle du lien contractuel ne devrait pas être réformée par l'adoption de mesures législatives, il a été jugé utile que j'explique mes motifs, car ils divergent de ceux qui sont exposés dans le rapport des autres membres du Groupe de travail, auquel est joint le présent addenda (« le rapport »).

² Sauf indication contraire, la jurisprudence et les auteurs cités se trouvent dans la bibliographie qui est jointe au rapport.

³ Hall, Geoff R., *Canadian Contractual Interpretation Law*, Markham, LexisNexis, 2007, p. 122 (« Hall »).

⁴ Je m'empresse d'ajouter que dans le passage suivant, Hall fait remarquer que malgré sa conclusion générale, l'application du critère de l'arrêt *Fraser River* a subséquemment donné lieu à des incohérences.

⁵ Voir la référence complète au texte de Swan (« Swan ») dans le rapport, p. 175. Il est bon de signaler que Swan consacre un chapitre qui compte 52 pages à la règle du lien contractuel.

[Traduction] La deuxième question consiste à déterminer si l'exception fondée sur des principes s'applique dans une affaire comme *Beswick c. Beswick*, dans laquelle le tiers bénéficiaire se porte demandeur pour faire respecter un engagement, ou si son application doit se limiter aux cas comme ceux des arrêts *London Drugs* et *Fraser River*, dans lesquels le tiers bénéficiaire, à titre de défendeur, invoquait une stipulation pour se défendre contre une action intentée par le promettant. Deux arguments militent en faveur de l'application de l'exception fondée sur des principes dans ces deux types d'affaires (notes en bas de page omises).

[5] Rien dans l'arrêt *Fraser River* ne restreint son application aux situations dans lesquelles un tiers bénéficiaire se prévaut d'une stipulation contractuelle pour se défendre contre une action, et ne peut pas s'en servir comme un moyen d'attaque pour faire valoir une réclamation. Dans les affaires *Fenrich*, *Vandewal*, *Higgins Estate*, *Parlette* et *Cheong*, par exemple, les tribunaux ont statué que l'exception fondée sur des principes pouvait aussi bien être invoquée à l'appui d'une demande qu'en défense. En revanche, le tribunal a affirmé le contraire dans l'affaire *RDA Film Distribution*, mais en *obiter dictum*. De plus, il a erré lorsqu'il a essayé d'appliquer à la fois le critère de l'arrêt *London Drugs* et celui de l'arrêt *Fraser River* en statuant que l'exception fondée sur des principes pouvait être invoquée en défense, et non en demande. Pourtant, la Cour suprême n'avait rien dit de tel dans l'arrêt *Fraser River*, dans lequel elle s'est plutôt efforcée d'élargir le sens de toute interprétation restrictive qui pouvait être faite de l'exception fondée sur des principes qu'elle avait énoncée dans l'arrêt *London Drugs*.

[6] Plusieurs autres ressorts de common law ont aboli la règle du lien contractuel par voie législative. Mais contrairement aux provinces et territoires de common law au Canada, il n'existait aucune exception fondée sur des principes dans ces juridictions. C'est la raison pour laquelle les arguments qui militent en faveur d'une solution législative au problème du lien contractuel et qui sont antérieurs à l'arrêt *Fraser River* (1999) ou qui sont fondés sur la règle du lien contractuel comme elle est appliquée à l'extérieur des ressorts de common law au Canada pourraient induire en erreur.

⁶ Voir la référence complète au texte de McCamus (« McCamus ») dans le rapport, p. 315-316.

2 Doit-on légiférer pour corriger ce qui reste de la règle du lien contractuel? Non.

[7] Voici ce que Swan avait à dire au sujet d'une solution législative au problème du lien contractuel⁷ :

[Traduction] La Cour suprême a dit à maintes reprises qu'il revient au législateur, et non aux tribunaux, de réformer en profondeur la règle du tiers bénéficiaire. En soi, cette prise de position est curieuse, parce que ce sont les tribunaux qui ont créé cette règle de toutes pièces. Nous connaissons même les affaires dans lesquelles elle a été énoncée. Nous sommes au courant de l'application sélective de la jurisprudence qui a mené à l'acceptation de la règle dans sa forme pure. Ce que les tribunaux ont fait (et assez récemment), ils peuvent le défaire, en particulier si la règle qu'ils avaient l'intention d'élaborer fonctionne de façon aussi aléatoire et inéquitable.

À son avis, la Cour suprême est allée suffisamment loin que l'intervention législative pourrait seulement être très marginale.

[8] Selon McCamus⁸ :

[Traduction] Il s'est écoulé plus de trente ans depuis la décision dans l'affaire *Beswick* avant que la réforme des dispositions législatives entre finalement en vigueur au Royaume-Uni. Au Canada cependant, on peut se demander à bon droit s'il est réaliste d'espérer que les législatures des provinces de common law agissent à l'unisson pour écarter cette théorie exorbitante. Probablement qu'il n'y aura pas de réforme ou, au mieux, qu'il y aura une mosaïque de réformes si les législatures se saisissent de cet enjeu. Mais jusqu'à maintenant, la réforme par voie judiciaire se limite manifestement à une stratégie qui consiste à improviser des exceptions à la théorie au gré des circonstances (notes en bas de page omises).

[9] Rien ne garantit qu'il serait plus rapide de trouver une solution législative que de laisser la jurisprudence évoluer. Les exemples du Royaume-Uni, de l'Irlande et de l'Australie permettent de constater que les réformes législatives peuvent prendre des décennies. En 1987, la Commission de réforme du droit de l'Ontario (« la CRDO ») a recommandé que la règle soit

⁷ Swan, pages 175-176. Voir aussi Swan, à la page 180, où il réitère qu'il ne reste plus grand-chose de la règle (du lien contractuel) et de l'arrêt *London Drugs*, et que la jurisprudence subséquente donne à penser qu'une intervention législative générale pour infirmer la règle n'est peut-être plus nécessaire pour en éviter les pires conséquences.

⁸ McCamus, pages 300-301.

simplement abolie en tant qu'empêchement à l'exécution⁹, mais aucune mesure n'a été prise jusqu'à maintenant, et l'idée d'une réforme n'est plus d'actualité. Le cas de l'Australie illustre à quel point il est difficile d'atteindre l'uniformité dans un État fédéral. Deux États et l'unique territoire ont adopté deux versions différentes d'une loi sur le lien contractuel. Les quatre autres États, y compris celui de la Nouvelle-Galles du Sud qui est le centre névralgique du commerce au pays, n'ont pas adopté de mesure législative comparable. Au Canada, seulement une des douze législatures de common law a modifié sa règle sur le lien contractuel, et il s'est écoulé 15 ans depuis que cette décision a été prise. Il est également permis de se demander si un texte de loi pourrait codifier intégralement la règle ou s'il serait susceptible d'être étoffé ou interprété à certains égards par les tribunaux. Là encore, il existe deux grandes écoles de pensée, à savoir les tenants d'une réforme pure et simple, comme celle qui a été recommandée par la CRDO et qui a été mise en œuvre au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Californie, et ceux qui prônent une réforme en profondeur au moyen d'un texte de loi étoffé, comme celle qui a été recommandée en Irlande et qui a été adoptée au Royaume-Uni.

[10] Une solution législative susciterait d'autres problèmes. Premièrement, il faudrait un effort législatif considérable (multiplié par 13) pour réformer la règle du lien contractuel. La CSC peut énoncer une règle uniforme pour les douze provinces de common law dans le cadre d'une seule décision. Mais la réforme de la règle du lien contractuel par voie législative risque de provoquer au pays le type de balkanisation que l'Australie a connu pendant de nombreuses années. Elle risque également d'entraîner le genre de sclérose qui s'est installée dans des ressorts comme la Nouvelle-Zélande, le Queensland, l'Australie-Occidentale et même, plus près de chez nous, au Nouveau-Brunswick. Une fois qu'elles sont adoptées, ces lois ponctuelles ont tendance à s'empoussiérer. Swan cite en exemple la loi du Nouveau-Brunswick qui a été dépassée par la jurisprudence. En l'occurrence, il affirme que l'évolution jurisprudentielle de la common law a abouti à une solution au problème des tiers bénéficiaires qui est préférable à celle de la loi¹⁰.

[11] Et il y a aussi la question de la compétence institutionnelle. Il est dans l'ordre des choses que les tribunaux élaborent les règles du droit des contrats progressivement et de façon

⁹ CRDO, *Report on Amendment of the Law of Contract*, Toronto, ministère du Procureur général, 1987.

¹⁰ *Swan*, p. 178.

empirique. Ils s'efforcent de peaufiner et d'ajuster le droit au fur et à mesure des développements. En grande partie, les règles du droit des contrats sont donc élaborées par les tribunaux. Les règles législatives, qui sont surtout établies en fonction des priorités, ont généralement joué un rôle secondaire dans l'évolution du droit des contrats en common law au Canada. Il serait donc plus compatible avec l'évolution globale du droit des contrats en common law au Canada de laisser aux tribunaux le soin de continuer à faire avancer les droits des tiers bénéficiaires que de faire intervenir le législateur.

3 S'il faut une intervention législative, est-il préférable d'abolir purement et simplement la règle ou d'énoncer une série de règles? Réponse : S'inspirer du *Restatement* aux États-Unis et abolir purement et simplement la règle du lien contractuel.

[12] Voici ce que McCamus a à dire au sujet de la réforme de la règle du lien contractuel¹¹ :

[Traduction] Même s'il est facile de conclure que le moment est venu de modifier à nouveau la règle du lien contractuel, il est plus ardu de déterminer le meilleur moyen de la réformer. Une solution consisterait à abolir la théorie par voie législative ou judiciaire en adoptant le principe selon lequel l'absence de lien contractuel en soi n'empêche pas un tiers bénéficiaire d'intenter une action pour faire exécuter un engagement. Le droit pourrait ainsi évoluer au cas par cas. Il serait plus compliqué d'élaborer une règle précisant dans quelles circonstances un tiers bénéficiaire pourrait être autorisé à demander l'exécution. Il serait difficile d'améliorer la règle énoncée dans le *Restatement on Contracts*, qui condense l'expérience américaine à l'égard de ce recours et qui prévoit qu'un tiers bénéficiaire peut faire exécuter un engagement s'il est approprié de lui accorder un droit d'exécution pour donner acte à l'intention des parties (notes en bas de page omises).

4 À quel moment les droits des tiers bénéficiaires peuvent-ils restreindre la liberté qu'ont les parties de modifier ou de résilier leur contrat? Réponse : Pas avant que le navire ait coulé (c.-à-d. une fois que les droits des tiers bénéficiaires se sont cristallisés).

[13] Les paragraphes 76 à 79 du rapport traitent du droit qu'ont les parties contractantes de modifier ou d'annuler les droits des tiers bénéficiaires. L'un des arguments les plus probants qui militent en faveur de la règle du lien contractuel est le fait qu'elle dissipe toute ambiguïté sur la façon de modifier ou de résilier un contrat en vigueur. Au moins jusqu'à l'arrêt *Fraser River*, il

¹¹ McCamus, pages 319-320.

n'était pas nécessaire d'obtenir le consentement de quiconque n'était pas partie au contrat initial. Les tiers bénéficiaires n'avaient aucun recours si les parties au contrat modifiaient ou annulaient leurs droits. Somme toute, les droits des tiers bénéficiaires ne prennent pas naissance spontanément. Les tiers bénéficiaires acquièrent leurs droits des parties contractantes. Si un tiers bénéficiaire veut bénéficier d'un droit irrévocable qu'il peut faire valoir, il faudrait qu'il devienne partie au contrat ou qu'il obtienne de la part d'au moins une des parties qu'elle s'engage à ne pas consentir à la modification ou à la résiliation du contrat sans l'acquiescement du tiers bénéficiaire. Dans bien des cas, il existe un lien étroit entre l'une des parties contractantes et le tiers bénéficiaire (les droits du tiers bénéficiaire sont ainsi moins fragiles ou moins susceptibles d'être annulés ou modifiés), par exemple lorsqu'il y a un lien de parenté par le sang ou par le mariage avec le tiers bénéficiaire ou lorsque des sociétés affiliées sont en cause.

[14] On ne doit pas se contenter de dire que les parties contractantes peuvent inclure dans leur contrat une formule de modification ou de résiliation qui les dispense d'obtenir l'acquiescement des tiers bénéficiaires. Il faut souvent des années avant que des modifications législatives aboutissent aux changements qu'il est nécessaire d'apporter aux paragraphes passe-partout des contrats qui sont utilisés dans les transactions de tous les jours. Plus de seize ans après l'adoption au pays de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, les parties adoptent encore les dispositions de la Convention plus souvent par inadvertance qu'en toute connaissance de cause. La nécessité d'envisager d'exclure expressément les droits des tiers bénéficiaires ne fait pas encore l'unanimité chez les avocats canadiens ou leurs clients. Dans le même ordre d'idées, il ne serait pas pratique d'exiger que les parties s'adressent aux tribunaux pour faire modifier ou résilier leurs contrats. Même dans les transactions les plus lourdes de conséquences, les parties auraient horreur de se plier à une telle exigence.

[15] L'un des dangers que comporte la modification de la règle du lien contractuel afin de reconnaître les droits des tiers bénéficiaires est la possibilité qu'elle amoindrisse le degré de certitude qui a existé jusqu'à maintenant au sujet de la modification ou de la résiliation des contrats. Le juge Iacobucci a énoncé le critère de la cristallisation dans l'arrêt *Fraser River*. Dans cette affaire, une barge affrétée avait fait naufrage. C'est la raison pour laquelle la CSC avait facilement conclu qu'il était trop tard pour que les parties au contrat d'assurance puissent annuler

la clause de renonciation à la subrogation en faveur de l'affréteur, Can-Dive. La CSC s'est minutieusement attachée à ne pas porter atteinte au droit des parties initiales de modifier le contrat, et elle a formulé un critère strict (*a posteriori*) sur la cristallisation. Si la reconnaissance des droits des tiers bénéficiaires devenait si généralisée qu'elle portait atteinte aux droits qu'ont les parties initiales de modifier ou d'annuler leur contrat, il serait peut-être plus préjudiciable qu'avantageux pour le marché d'abolir la règle du lien contractuel.

5 Y a-t-il lieu de tenir d'autres consultations? Réponse : Pas avant un bon ^bout de temps.

[16] Selon le premier document de travail présenté à l'assemblée annuelle de 2007 de la CHLC¹², une enquête officieuse a été menée auprès des universitaires et des avocats en exercice de l'Alberta au sujet de la question de savoir si la règle du lien contractuel devait être réformée. Plusieurs années de suite, la CHLC a ou aura reçu des rapports fouillés sur la réforme de la règle du lien contractuel. En 2004, la Law Reform Commission de la Nouvelle-Écosse a publié un rapport à ce sujet. En 2008, la Law Reform Commission de l'Irlande a fait de même. Compte tenu du travail considérable qui a été accompli récemment à ce sujet au Canada et ailleurs, il paraîtrait futile d'envisager de nouvelles consultations à l'heure actuelle. On devrait donner aux tribunaux tout le temps voulu pour se prononcer sur les droits des tiers bénéficiaires à la lumière de l'arrêt *Fraser River*. Il serait plus judicieux de reporter la discussion de quelques années que de consacrer encore du temps et de l'énergie à cette question.

¹² Lavelle, M., *La connexité contractuelle et les tiers bénéficiaires*, Charlottetown, CHLC, 2007.