

## Bulletin de la réforme du droit

Direction des services législatifs, Cabinet du procureur général  
Place-Chancery, C.P. 6000, Fredericton (N.-B.), Canada E3B 5H1  
Tél. : (506) 453-2855 Courriel : lawreform-reformedudroit@gnb.ca

*Le **Bulletin de la réforme du droit** est publié par la Direction des services législatifs du Cabinet du procureur général. Il est distribué aux membres de la profession juridique au Nouveau-Brunswick et à ceux qui s'intéressent à la réforme du droit à l'extérieur de la province, et est disponible sur le site web du Cabinet du procureur général. Le **Bulletin** a pour objet de fournir de brefs renseignements sur certains des projets de réforme du droit actuellement à l'étude à la Direction et de solliciter des réactions ou des renseignements concernant des sujets qui sont au stade initial de l'étude.*

*Il nous ferait plaisir de recevoir des observations et des commentaires de n'importe quelle source. Nous encourageons nos lecteurs qui, sur le plan professionnel ou autre, côtoient des groupes ou des personnes qui pourraient s'intéresser aux questions abordées dans ce bulletin, à les informer des mesures envisagées par la Direction et à les inviter à nous faire part de leurs commentaires et observations.*

*Les opinions exprimées dans le **Bulletin** ne présentent que la réflexion en cours au sein de la Direction des services législatifs au sujet des diverses questions abordées. On ne doit pas déduire qu'elles présentent des positions adoptées par le Cabinet du procureur général ou le gouvernement provincial. Lorsque le Cabinet du procureur général ou le gouvernement a pris position au sujet d'une question en particulier, le texte le rend évident.*

### **1. Loi sur l'exécution forcée des jugements pécuniaires et Loi sur les opérations du débiteur**

Nous avons été avisés que la promulgation de la *Loi sur l'exécution forcée des jugements pécuniaires* et de la *Loi sur les opérations du débiteur* a été mise en suspens. Lorsque nous aurons des renseignements au sujet du moment de leur promulgation et entrée en vigueur, nous en ferons part à nos lecteurs.

### **2. Mesures législatives portant sur les procurations**

Nous continuons à travailler sur des propositions visant une loi sur les procurations. Nous avons reçu plusieurs réactions aux articles sur le sujet dans les deux numéros précédents du *Bulletin de la réforme du droit* et nous demeurons ouverts aux autres commentaires.

Le droit actuel au Nouveau-Brunswick en matière de procuration est constitué d'une combinaison de règles de *common law*, de dispositions sur les procurations relatives aux biens (articles 56 à 58.7 de la

*Loi sur les biens*) et de dispositions sur les procurations pour soins personnels (articles 40 à 44 de la *Loi sur les personnes déficientes*). Nous comptons proposer le remplacement de ces dispositions par une nouvelle loi traitant des deux types de procurations.

La loi en question serait axée sur les procurations perpétuelles (PP) – celles en vertu desquelles le fondé de pouvoir (donataire) peut exercer ses pouvoirs durant la période d'incapacité du donateur, soit parce que ses pouvoirs subsistent malgré l'incapacité, soit parce qu'ils débutent, ou « surgissent », lorsque se manifeste l'incapacité. La loi traitera notamment de ce qui suit, selon toute probabilité :

- des exigences quant à l'exécution;
- des exigences régissant l'admissibilité des fondés de pouvoir;
- de la désignation de plusieurs fondés de pouvoir;
- de l'entrée en vigueur des pouvoirs du fondé de pouvoir;
- des fonctions, des pouvoirs et des limites du fondé de pouvoir;
- de la rétribution du fondé de pouvoir;
- de la révocation d'une PP;
- de la résiliation de la nomination d'un fondé de pouvoir;
- de la reconnaissance des PP des autres provinces ou territoires;
- de l'état des PP existantes;
- du lien entre les PP et les directives en matière de soins de santé.

Nous sommes en train d'examiner comment la loi devrait aborder ces points et d'autres. Une analyse de certaines des questions qui ont surgi au cours de notre examen de la littérature sur la réforme du droit, des dispositions législatives en vigueur dans d'autres provinces et territoires, de la jurisprudence et des réactions que nous avons reçues suit. Nous invitons les lecteurs à livrer leurs commentaires sur ces questions ou tout autre aspect de ce domaine du droit.

### **La protection des donateurs**

Un certain nombre d'organismes de réforme du droit et d'autres groupes ont recommandé ces dernières années l'addition de mesures aux dispositions législatives visant les procurations afin de protéger les donateurs de l'exploitation financière.

L'une des mesures en question est l'exclusion de certaines catégories de personnes de l'admissibilité à agir comme fondé de pouvoir, en l'occurrence les personnes ayant été reconnues coupables d'infractions définies (vol, fraude, etc.), celles dispensant des soins personnels payés ou des services de soins de santé payés au donateur, et les faillis non libérés. La loi prévoit de telles exclusions dans certains territoires et provinces. Il nous semble qu'une telle mesure pourrait empêcher certains donateurs de nommer un fondé de pouvoir ne convenant pas. Elle pourrait par contre restreindre les options des donateurs, qui sont déjà limitées dans certains cas, et pourrait accroître le nombre de PP invalides de même que compliquer la détermination de la validité d'une PP.

Une autre mesure est l'exigence d'une notification. La PP désignerait une ou plusieurs personnes devant recevoir une notification – les membres de la famille ou les amis proches, par exemple – et le fondé de pouvoir aurait l'obligation de notifier ces personnes avant d'agir en vertu de la PP. La notification décrirait

les fonctions du fondé de pouvoir et les options existantes en cas d'exploitation soupçonnée. Il a été recommandé qu'une telle notification soit obligatoire pour tous les fondés de pouvoir et que si la PP ne précise pas quelles personnes doivent recevoir une notification, le fondé de pouvoir soit obligé de notifier les membres de la famille immédiate du donateur (conjoint ou partenaire, frères et soeurs, enfants adultes, parents).

Nous pensons qu'une certaine forme de notification de la part du fondé de pouvoir s'avérerait probablement bénéfique. Elle pourrait réduire le mésusage innocent et l'utilisation abusive intentionnelle des PP en informant le fondé de pouvoir et les intéressés des exigences pertinentes et des mesures à prendre lorsque des préoccupations surgissent. Nous pensons toutefois que la notification ne devrait probablement pas être obligatoire pour tous les fondés de pouvoir. Le donateur devrait pouvoir déterminer si le fondé de pouvoir devrait fournir une notification et, le cas échéant, qui devrait être notifié. Le donateur pourrait préférer garder ses affaires privées et il pourrait avoir de bonnes raisons de ne pas faire part de renseignements à tous les membres de sa famille immédiate.

Une mesure connexe est la nomination d'un surveillant – une personne habilitée à exiger une reddition de compte du fondé de pouvoir. Certains territoires et certaines provinces prévoient une telle mesure et prévoient par surcroît que si aucun surveillant n'est nommé, un membre de la famille peut exiger une reddition de compte. Nous pensons qu'il est probablement logique de prévoir une telle nomination, mais que l'omission de nommer un surveillant ne devrait pas habiliter les membres de la famille à exiger une reddition de compte. Encore une fois, le donateur devrait pouvoir disposer d'un choix.

Nous considérons de plus la possibilité d'établir un processus de soumission de rapports et d'enquête. À l'heure actuelle, les options sont limitées lorsqu'on soupçonne l'utilisation abusive d'une PP. Les principaux recours – la soumission au tribunal d'une demande de reddition de compte ou de nomination d'un comité, et la fourniture d'un rapport à la police – pourraient ne pas s'avérer souhaitables ou efficaces dans nombre de cas. Plusieurs provinces sont dotées d'une procédure en vertu de laquelle les cas d'exploitation soupçonnés peuvent être signalés à un organisme public et faire l'objet d'une enquête. Nous sommes en train d'explorer les options à cet égard.

### **Formulaire normalisé**

Notre examen nous a également amenés à considérer s'il faudrait créer un formulaire normalisé facultatif de PP. D'autres provinces et territoires disposent d'un formulaire facultatif (Île-du-Prince-Édouard), de documents explicatifs (Yukon, Manitoba) ou des deux (Colombie-Britannique, Saskatchewan, Ontario, Territoires du Nord-Ouest). (Le Québec possède un guide et un formulaire facultatif pour les « mandats de protection », analogues aux PP.) Ces formulaires permettent aux intéressés de préparer une PP sans avoir à demander des conseils juridiques. Ils guident les utilisateurs parmi les diverses options et exigences en fournissant des directives et des renseignements en langage clair.

Si on créait un formulaire normalisé facultatif, il serait probablement logique d'éliminer l'exigence du scellement. À l'heure actuelle, la *Loi sur les personnes déficientes* exige que les procurations pour soins personnels soient scellées (par. 40(1)) et nous croyons comprendre que le scellement constitue la norme dans le cas des procurations relatives aux biens, en raison des règles de *common law* et du fait que les deux types de procurations sont souvent combinés à l'intérieur d'un même document. L'exigence du scellement pourrait représenter un obstacle pour les personnes qui souhaitent préparer une PP sans avoir à obtenir de conseils juridiques, ce qui contreviendrait au but du formulaire normalisé. Aucun territoire ni aucune autre province au Canada n'exigent le scellement et seul le Yukon exige la participation d'un avocat.

Le principal avantage d'un formulaire normalisé résiderait dans l'accessibilité. Les Néo-Brunswickois à qui il est difficile d'avoir accès à des services juridiques, pour des raisons financières ou autres, pourraient préparer une PP et en bénéficier. La mesure ne garantirait pas que tous disposent d'une PP – beaucoup de gens en sont démunis même dans les provinces et territoires dotés de formulaires normalisés – mais elle augmenterait vraisemblablement leur nombre.

Un inconvénient possible est le fait que les personnes qui obtiendraient autrement des conseils juridiques n'en obtiendront pas et seront en conséquence plus susceptibles de créer une PP invalide ou insuffisante ou qui serait le produit d'une influence induite. Nous ignorons cependant si un formulaire normalisé réduirait le nombre de personnes obtenant des conseils juridiques, en particulier compte tenu du fait que les PP sont souvent préparées lorsque les clients se trouvent dans le cabinet d'un avocat pour la préparation d'un testament.

### **Institutions financières**

Nous avons reçu des commentaires faisant part de préoccupations au sujet de certaines pratiques des institutions financières. On demande, semble-t-il, parfois aux donateurs d'utiliser le propre modèle de PP de l'institution financière. Ce genre d'exigence pourrait décourager les donateurs de créer une PP reflétant leurs besoins et pourrait avoir pour effet de révoquer une PP antérieure. Nous avons également entendu dire que des institutions financières refusent parfois de reconnaître la validité d'une PP (non surgissante) à moins que le donateur ne confirme, en personne, que le fondé de pouvoir est autorisé ou que le fondé de pouvoir ne fournisse une lettre d'un médecin attestant que le donateur est frappé d'incapacité mentale. Une telle situation pourrait causer des difficultés à certaines personnes et elle va à l'encontre du but d'une PP.

Nous avons par contre aussi reçu des commentaires décrivant les inquiétudes que les institutions financières et d'autres tiers ont au sujet de leur rôle pour déceler et signaler l'utilisation abusive des PP. On ignore quelles sont les limites des fonctions d'un fondé de pouvoir, quels sont les gestes à poser en cas d'exploitation soupçonnée et si les dispositions législatives relatives à la protection de la vie privée les empêchent de signaler de telles situations.

Les dispositions susmentionnées sur les limites du rôle d'un fondé de pouvoir, l'entrée en vigueur des pouvoirs d'un fondé de pouvoir et la mise en place d'une procédure de soumission de rapports et d'enquête pourraient donner suite à certaines de ces préoccupations. Nous examinons s'il serait aussi utile d'inclure des dispositions au sujet de la reconnaissance des PP par des tiers.

### **Procurations et directives en matière de soins de santé**

Comme mentionné dans le *Bulletin de la réforme du droit* n° 39, la *Loi sur les directives préalables en matière de soins de santé* (LDPSS) a ajouté des « directives en matière de soins de santé » et des « mandataires » dans le tableau. Les directives en matière de soins de santé chevauchent les procurations parce qu'un fondé de pouvoir pour les soins personnels et un mandataire peuvent tous deux prendre des décisions en matière de soins de santé et parce qu'une procurations pour soins personnels et une directive en matière de soins de santé peuvent toutes deux fournir des instructions au sujet des soins de santé. La LDPSS renferme des dispositions traitant du lien entre les deux types de documents, mais le chevauchement subsiste.

Nous sommes en train d'examiner de quelle façon la nouvelle loi devrait traiter cet aspect. Quelques options s'offrent. Premièrement, la loi pourrait maintenir le chevauchement – en stipulant que les procurations pour soins personnels peuvent viser les soins de santé – et préciser comment les conflits avec les directives en matière de soins de santé doivent être résolus. Deuxièmement, la loi pourrait

éliminer le chevauchement en stipulant que les procurations pour soins personnels se limitent aux questions se situant hors de la portée de la LDPSS – c.-à-d. les décisions relatives aux soins personnels qui ne touchent pas les soins de santé. (La Saskatchewan a adopté ce genre d'approche.) Troisièmement, la loi pourrait éliminer le chevauchement en incorporant les dispositions de la LDPSS à l'intérieur de la nouvelle loi sur les procurations. Une telle option pourrait ne pas être viable pour des raisons pratiques, mais nous considérons au présent stade toutes les options possibles.

### **3. Loi sur le privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux**

La *Loi sur le privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux* (la « *Loi* »), fait l'objet, à l'instar de la majorité des lois canadiennes régissant le privilège des constructeurs, de critiques et nécessite à notre avis depuis longtemps une révision. On croit de façon générale que la loi régissant le privilège en matière de construction est lourde, difficile à comprendre, coûteuse à appliquer et souvent d'une aide limitée pour ceux qu'elle devait principalement protéger : les fournisseurs de main-d'œuvre, de services et de matériaux au bas de la pyramide de la construction. La *Loi* a tout récemment suscité des critiques parce qu'elle omet de traiter de la question des retards de paiement, un problème crucial au sein de l'industrie de la construction d'aujourd'hui.

Nous avons, à la lumière de ces critiques, entrepris le projet de réformer la *Loi*. Faisons remarquer dès le départ que les réformes dans ce domaine se sont historiquement avérées difficiles, compte tenu du grand nombre d'intervenants et de leurs intérêts diversifiés et souvent conflictuels. Nous avons néanmoins bon espoir que les efforts actuels aboutiront à des changements positifs et pratiques pour l'industrie de la construction du Nouveau-Brunswick.

Vu l'envergure de la tâche à accomplir, nous étalerons notre analyse sur deux numéros du *Bulletin de la réforme du droit*. Nous traiterons dans le présent numéro de la modernisation de la loi existante. Dans le prochain numéro, que nous prévoyons publier au début de 2018, nous traiterons de l'aspect de la rapidité du règlement, notamment du processus de résolution des différends relatifs aux paiements. Nous fournirons un aperçu de ce dernier sujet ainsi qu'une bibliographie de ressources clés à la fin de la présente analyse.

La liste des problèmes et des changements éventuels fournie ci-dessous est longue, mais elle n'est pas exhaustive – nous invitons les lecteurs à signaler d'autres points qui pourraient poser des préoccupations. Veuillez soumettre vos commentaires sur ce présent *Bulletin de la réforme du droit* avant le 15 février prochain. Une seconde période de commentaires suivra la publication du prochain numéro.

#### **Modernisation de la loi existante**

Commençons en précisant que nous ne prévoyons pas apporter de changement marqué aux éléments de base de la *Loi* : de façon générale, les privilèges, les retenues et les fiducies de construction seront maintenus sous leur forme actuelle. Nous prévoyons toutefois apporter un certain nombre de changements et d'additions visant à améliorer le fonctionnement de ces mécanismes et à donner suite à des préoccupations particulières soulevées par divers intervenants. Nous comptons de plus actualiser le langage et le style de la *Loi* en fonction des conventions modernes relatives à la rédaction. Nous soupçonnons que cela contribuera en soi à rendre la *Loi* plus utile. Le résultat final sera probablement une *Loi* nouvelle, provisoirement intitulée *Loi sur la construction*.

Lorsque nous avons formulé les questions et les suggestions ci-dessous, nous avons pris en compte les observations d'universitaires et de praticiens, la jurisprudence existante, les commentaires qui nous ont été envoyés et les efforts de réforme de la loi antérieurs. Nous avons accordé une attention particulière



au rapport final de *l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario* (l'Examen d'experts), rendu public en avril 2016. Le rapport était l'aboutissement d'un examen de 14 mois réalisé par les experts Bruce Reynolds et Sharon Vogel à la demande du gouvernement de l'Ontario. Les volets de base de leur mandat visaient la modernisation de la *Loi*, la rapidité des règlements et l'efficacité du processus de résolution des différends. Leur mandat prévoyait de plus une consultation élargie de l'industrie de la construction de l'Ontario.

L'Examen d'experts a abouti à cent recommandations pour renforcer la *Loi* et lui permettre de mieux atteindre les objectifs en matière de politiques. Le gouvernement de l'Ontario a accepté la très grande majorité de celles-ci et il a récemment apporté des modifications exhaustives à la *Loi*, qui s'intitule désormais la *Loi sur la construction*. Les modifications d'ordre administratif et de forme sont entrées en vigueur le 12 décembre dernier; l'entrée en vigueur des modifications de fond se fera de façon progressive.

Même s'il existe des différences entre les lois et les pratiques de l'industrie au Nouveau-Brunswick et en Ontario, elles se ressemblent suffisamment pour que nombre de propositions de l'Ontario puissent être adoptées chez nous, moyennant une certaine adaptation. Le rapport et les documents à l'appui (p. ex. mémoires des intervenants) sont accessibles sur le [site Web](#) de l'Examen d'experts.

#### Définitions (art. 1)

Nous songeons à élargir les définitions des termes « amélioration » et « propriétaire ».

La définition actuelle d'une « amélioration » comprend tout ce qui est construit, érigé, bâti et posé sur un bien-fonds, ou tout creusage ou forage effectué sur un bien-fonds, à l'exception d'une chose qui n'est ni fixée sur un bien réel ni destinée à en faire partie » (art. 1).

Nous songeons à élargir cette définition afin d'inclure l'installation de matériel (p. ex. industriel, mécanique ou électrique) essentiel pour l'utilisation normale ou prévue des biens-fonds ou d'un bâtiment. Cette modification clarifierait les causes comme *Beloit Canada Ltd. c. Fundy Forest Industries Ltd.* (1981), 37 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 17, [1981] N.B.J. n<sup>o</sup> 280 (QL) (CA), dans laquelle une grosse machine installée dans une usine de pâtes a été considérée comme un élément *ne* constituant *pas* une « amélioration » parce que la machine pouvait toujours être déplacée. Des modifications similaires ont été apportées en Ontario en 2010 après la décision rendue dans la cause *Kennedy Electric Ltd. c. Dana Canada Corporation*, 2007 ONCA 664, [2007] O.J. n<sup>o</sup> 3657 (QL), après que l'addition d'une chaîne de montage dans une usine de construction de véhicules a été jugée comme un élément non grevable de privilège.

Nous songeons en plus à élargir la définition de « propriétaire ». Avec le temps, le concept de la propriété est devenu plus complexe au fur et à mesure que la complexité des projets s'est accrue et que de nouveaux types d'accords contractuels ont vu le jour (p. ex. des partenariats public-privé ou P3). La définition actuelle de « propriétaire » ne tient pas compte de telles complexités, et des intervenants se sont plaints, à tout le moins en Ontario, du fait que cette situation avait rendu nébuleuse l'identification du « propriétaire » pour les parties revendiquant un privilège et les avaient amenés à rattacher « les privilèges à tous les intervenants ». L'Examen d'experts a recommandé une modification de la définition de « propriétaire » pour qu'elle englobe des propriétaires multiples dans le cas de tels projets, afin que les organes à fins spéciales (« Project Co ») soient inclus parmi les propriétaires et qu'un tel gestionnaire de projet ait la responsabilité de conserver les retenues.

Nous soupçonnons que ces genres de projets posent des difficultés probablement similaires au Nouveau-Brunswick.

## Privilèges

### *Montant minimal des revendications de privilèges (par. 4(4))*

Le montant minimal des revendications de privilèges est actuellement fixé à 100 \$. Ce montant n'a pas changé depuis 1965 et il est excessivement bas compte tenu des effets de l'inflation (100 \$ de 1965 équivalent à environ 772 \$ d'aujourd'hui). Nous pensons que cette limite devrait être haussée (probablement à 1 000 \$) et que la réglementation devrait à l'avenir prescrire des hausses pour faciliter des augmentations plus fréquentes. Même si la mesure réduisait l'accès aux recours relatifs aux privilèges dans le cas des revendications d'un faible montant, nous croyons que le nombre de réclamations de ce genre effectivement déposées est probablement très minime. Les demandeurs auraient toujours le droit de déposer une revendication d'un montant modeste.

### *Délai d'admissibilité (art. 24)*

L'article 24 de la *Loi* prévoit qu'une revendication de privilège garantissant le paiement de services ou de salaires doit être déposée dans les 30 jours suivant la fin de la prestation des services ou le dernier jour de travail, alors qu'une revendication de privilège garantissant le paiement de matériaux doit être déposée dans les 60 jours suivant la fourniture des derniers matériaux. Seules les trois provinces maritimes continuent à utiliser deux périodes d'admissibilité différentes. En 1993, le comité spécial sur la réforme de la loi de la Division du Nouveau-Brunswick de l'ABC a recommandé l'élimination de cette distinction et l'établissement d'une même période d'admissibilité de 60 jours. Nous tendons à être d'accord.

### *Événement déclenchant la fin de la période d'admissibilité (art. 24)*

L'article 24 de la *Loi* fait état de deux « déclencheurs » du commencement de la période d'admissibilité : l'exécution substantielle ou l'abandon de l'entreprise. S'appuyant sur les commentaires reçus des intervenants en Ontario, l'Examen d'experts a par ailleurs recommandé l'addition de « la cessation » des travaux comme déclencheur. Une telle mesure s'appliquerait dans les situations où l'une des parties refuse de respecter le contrat. L'Examen d'experts fait observer que la mesure contribuerait à combler une « lacune possible » tout en clarifiant davantage la loi. La loi de la Colombie-Britannique inclut actuellement « la cessation des travaux » parmi les événements déclencheurs. Nous pensons que la « cessation des travaux » devrait également être incluse parmi les déclencheurs à l'intérieur de notre *Loi*.

### *Annulation de privilèges par la fourniture d'une garantie (art. 51)*

L'article 51 de la *Loi* permet à une partie d'annuler un privilège grevant un titre en attendant l'issue d'un différend en versant une garantie au tribunal. Le versement peut être effectué en espèces ou sous la forme d'une autre garantie équivalente (fonds certifiés, caution tenant lieu de privilège, lettre de crédit). Deux préoccupations ont été soulevées au sujet du dépôt d'une garantie.

- *Montant de la garantie* – Le processus visant à déterminer le montant de la garantie à déposer peut être coûteux en temps et dispendieux, nécessitant possiblement plusieurs audiences du tribunal. Il est particulièrement difficile de déterminer un montant qui convient dans le cas des projets de grande envergure pouvant être assujettis à plusieurs revendications de privilèges qui se chevauchent.
- *Formes acceptables de garanties* – En Ontario, certains intervenants ont fait part de leur inquiétude que les tribunaux se voient présenter et acceptent des cautions tenant lieu de privilèges ne provenant pas de cautions reconnues et provenant, dans certains cas, de personnes qui ne sont pas en mesure de verser de cautionnements et dont ils ignorent la situation financière.

Nous avons entendu dire que la première situation pose un problème au Nouveau-Brunswick et nous soupçonnons que la seconde pourrait elle aussi en poser un. En Ontario, la première éventualité a été réglée, du moins en partie, par l'utilisation de cautions tenant lieu de privilèges. La seconde a été réglée au moyen d'une disposition législative prescrivant de façon relativement détaillée quelles formes de garanties sont permises.

#### *Privilèges grevant des types particuliers de biens – lotissements, immeubles en copropriété et tenures à bail*

Des intervenants ont mentionné en Ontario redouter que le processus de maintien et d'application des privilèges soit en train de devenir de plus en plus difficile dans le cas de certains genres de biens, notamment les immeubles en copropriété (p. ex. grèvement de secteurs communs), les lotissements résidentiels et les droits de tenures à bail (p. ex. propriétaires ayant recours à des moyens « créatifs » pour se protéger artificiellement des privilèges). Même si certaines des lois pertinentes diffèrent entre le Nouveau-Brunswick et l'Ontario, nous soupçonnons qu'il pourrait exister des problèmes semblables dans notre province. Nous sommes prêts à formuler des recommandations à cet égard, mais avant de le faire, il nous faut un tableau plus clair des problèmes qui ont surgi au Nouveau-Brunswick.

#### *Utilisation abusive des droits de privilèges*

Bien qu'en vertu du paragraphe 51(2), un juge puisse ordonner l'annulation du dépôt d'une revendication de privilège pour « tout ... bon motif », la *Loi* néo-brunswickoise ne traite pas expressément des revendications de privilèges abusives, frivoles, vexatoires, exagérées, fallacieuses, éteintes ou sans fondement. La seule autre disposition qui touche le sujet est l'article 57, qui prévoit des conséquences sur les dépens lorsqu'une partie n'utilise pas « la procédure la moins coûteuse ».

D'autres provinces et territoires ont décidé d'aborder plus directement les revendications de privilèges abusives. L'Ontario, par exemple, confère un droit d'action en justice particulier pour les dommages causés par une personne qui maintient une revendication de privilège ou qui signifie un privilège par écrit lorsqu'elle sait a) que le montant est nettement exagéré ou b) qu'elle ne détient en fait aucun privilège (art. 35). La *Loi* ontarienne prévoit de plus le droit particulier de contre-interroger l'intéressé sur l'affidavit du revendicateur du privilège, sans ordonnance, peu importe qu'une action ait été entamée ou non, ce qui est considéré comme une autre façon d'assurer une protection contre les privilèges invalides ou gonflés (art. 40).

Nous voyons l'avantage que procure l'approche de l'Ontario et nous songeons à la recommander. Avant de ce faire, toutefois, nous aimerions avoir une meilleure idée de l'ampleur du problème au Nouveau-Brunswick et déterminer s'il pourrait exister, selon le point de vue des intervenants de l'industrie, de meilleures façons de gérer celui-ci.

#### *Notification préliminaire des propriétaires*

Nous examinons également si les fournisseurs de services ou de matériaux destinés à une amélioration devraient être obligés de fournir aux propriétaires : a) une notification signalant qu'ils contribuent à l'amélioration, et b) un préavis de leur intention de déposer une revendication de privilège. De telles notifications visent à éliminer le problème des « propriétaires mal renseignés », même si l'amélioration des exigences en matière de notification pouvait s'avérer avantageuse pour tous les propriétaires en général.

La question des « propriétaires mal renseignés » crée deux problèmes connexes. Le premier est le risque d'un « paiement en double » lorsqu'un propriétaire paie le constructeur intégralement, sans retenir



de garantie (parce qu'il ne connaît pas la *Loi* ou n'en tient pas compte). Si le constructeur omet ensuite de payer ses sous-traitants ou fournisseurs, ces derniers déposent des revendications de privilèges et le propriétaire doit effectuer de nouveaux paiements pour éliminer ces privilèges. Le second problème est celui des « privilèges secrets », qui surgit lorsqu'un sous-traitant ou un fournisseur ayant contribué à l'amélioration que le propriétaire ne connaissait même pas déposent une revendication de privilège.

Plusieurs États américains ont réglé ces problèmes en exigeant que les fournisseurs de services et de matériaux liés à des améliorations fournissent certaines notifications « préliminaires » aux propriétaires. Nous appuyant sur de telles approches, nous songeons à recommander deux notifications :

- Premièrement, il sera exigé que les fournisseurs de services ou de matériaux qui n'ont pas établi de contrat avec le propriétaire fournissent au propriétaire une notification écrite signalant qu'ils contribuent à l'amélioration, soit au moment où ils commencent à exécuter des travaux/fournir des services ou des matériaux, ou dans un délai subséquent déterminé (p. ex. 30 jours). La notification, qui serait vraisemblablement exposée sur un bref formulaire réglementaire dans un langage simple, aviserait de plus le propriétaire de ses droits et responsabilités en vertu de la *Loi* (p. ex. nécessité de conserver une retenue) ainsi que de la possibilité que ses biens soient grevés d'un privilège en cas de non-paiement.
- Deuxièmement, il serait exigé que le demandeur du privilège fournisse en outre au propriétaire un préavis écrit (p. ex. de dix jours) de son intention de déposer une revendication de privilège. La mesure viserait à fournir au propriétaire une quantité raisonnable de temps pour tenter de résoudre le problème de paiement avant que le titre soit contesté.

Pour encourager une conformité aux dispositions, l'accès au recours aux privilèges serait lié au respect des exigences de notification en question.

#### Retenues et exécution substantielle

##### *Réduction de la retenue à 10 % (art. 15)*

Le Nouveau-Brunswick (de même que l'Île-du-Prince-Édouard) prévoit actuellement le taux le plus élevé de retenue au Canada : 20 % lorsque la valeur des travaux et des matériaux se chiffre à 15 000 \$ ou moins et 15 % lorsque leur valeur dépasse 15 000 \$. La majorité des retenues des autres provinces sont fixées à 10 %; le Manitoba a le taux le plus bas, soit 7,5 %.

Il nous semble que le Nouveau-Brunswick devrait lui aussi passer à une retenue unique, fixée à 10 %. Une telle approche est plus simple, elle correspond à celle des autres provinces et territoires et elle devrait améliorer la circulation des fonds vers le bas de la pyramide de la construction tout en préservant un montant raisonnable pour le règlement des privilèges.

##### *Définition du terme « exécution substantielle »*

On nous a fait remarquer que l'imprécision du terme « exécution substantielle » cause des problèmes : il peut être difficile de déterminer quand un tel point est atteint, et la question doit parfois être réglée par les tribunaux, possiblement plusieurs années après le fait.

Nous sommes en train d'examiner si nous pourrions améliorer cette situation en définissant avec précision le terme « exécution substantielle », comme l'ont fait certaines autres provinces, dont l'Ontario, le Manitoba, Terre-Neuve-et-Labrador et la Nouvelle-Écosse. Les dispositions législatives en vigueur dans ces provinces précisent qu'un contrat (et une sous-traitance, au Manitoba) est jugé « avoir été exécuté » lorsque

- a) l'ouvrage ou une partie substantielle de celui-ci est prêt à l'utilisation, ou à une utilisation aux fins prévues;
- b) les travaux qui restent à exécuter peuvent être terminés ou corrigés à un coût inférieur à un certain pourcentage du prix du contrat (la disposition établit une formule de calcul).

Nous voyons l'avantage de l'inclusion d'une telle définition, mais nous notons également que les modifications de ce genre n'ont pas mis fin aux litiges relatifs à l'exécution des contrats dans les autres provinces. En Ontario, un commentateur a fait observer que les litiges pertinents ont néanmoins continué à se multiplier.

#### *Exigences d'une notification d'exécution substantielle/d'achèvement des travaux*

Un second problème lié à l'exécution substantielle réside dans le fait qu'il peut être difficile pour les intervenants du bas de la pyramide de la construction de déterminer quand un tel point est atteint et quand le compte à rebours pour la libération des retenues débute. La *Loi* exige actuellement que certains renseignements soient fournis aux entrepreneurs, mais les renseignements à fournir ne comprennent pas la divulgation ou la notification publique de l'exécution substantielle (art. 32).

Nous songeons à ajouter une exigence obligeant la notification de l'exécution substantielle, similaire aux exigences existantes en Alberta, en Nouvelle-Écosse et en Ontario. Nous trouvons la démarche récemment adoptée en Nouvelle-Écosse particulièrement prometteuse. La [réglementation](#) y oblige les propriétaires à afficher une notification d'exécution substantielle (et une notification d'achèvement des sous-traitances) sur le chantier ainsi que dans un [registre publiquement accessible en ligne](#) tenu par la Construction Association of Nova Scotia. Les travaux de construction résidentielle unifamiliale d'une valeur de moins de 75 000 \$ sont exclus de ces exigences.

#### *Facilitation d'une libération anticipée des retenues (art. 15)*

Une autre préoccupation à laquelle nous souhaitons donner suite est le délai pouvant s'avérer extrêmement long pour la libération des retenues que doivent assumer les fournisseurs de services ou de matériaux intervenant au début de la période d'exécution d'un projet. À l'heure actuelle, la *Loi* (par. 15(4)) permet une libération anticipée de la retenue dans certaines circonstances, mais nous soupçonnons que ces dispositions pourraient ne pas être efficaces dans la pratique. Les observations reçues laissent supposer que les propriétaires dans certains territoires et certaines provinces dotés de dispositions similaires hésitent quand même à libérer les fonds des retenues à l'intention des premiers sous-traitants et fournisseurs en alléguant qu'ils demeurent vulnérables aux privilèges invoqués par les sous-traitants et fournisseurs ultérieurs. Les propriétaires préféreraient retenir tous les fonds des retenues jusqu'à l'achèvement du contrat principal.

Nous sommes en train d'examiner de quelle façon on pourrait remanier l'article 15 pour faciliter davantage la libération anticipée des retenues,

- notamment lorsqu'aucun architecte, ingénieur ou autre intervenant n'a à préparer de certificat de paiement, ce qui permet *au propriétaire et à l'entrepreneur général/principal* d'attester l'exécution d'une sous-traitance/l'achèvement des travaux;
- lorsque l'attestation est refusée, en permettant au sous-traitant ou à l'entrepreneur de soumettre au tribunal une demande de déclaration d'exécution substantielle/ d'achèvement des travaux;
- en clarifiant que les propriétaires sont protégés des revendications de privilèges ultérieures et que la libération anticipée des retenues vise à la fois le contrat principal et les sous-traitances.

### *Libération annuelle, échelonnée et segmentée des retenues*

Le délai d'attente de la libération des retenues peut également s'avérer long dans le cas des projets pluriannuels de grande envergure et de ceux réalisés par phases. La *Loi* du Nouveau-Brunswick ne comporte actuellement aucune disposition visant une libération anticipée des retenues dans de telles circonstances. Cette situation fait contraste avec les dispositions législatives en vigueur au Manitoba, en Saskatchewan, à l'Île-du-Prince-Édouard ainsi qu'à Terre-Neuve-et-Labrador, qui permet (à des degrés divers) une libération anticipée partielle des retenues visant certains projets de construction pluriannuels. L'Examen d'experts de l'Ontario a de plus recommandé que la loi de l'Ontario soit modifiée pour : a) permettre une libération anticipée des retenues sur une base échelonnée ou annuelle, si une telle libération est prévue dans le contrat de construction établi entre les parties, et b) permettre la segmentation des retenues visant les projets comportant des améliorations nettement divisibles, en particulier dans le cas de ce qu'on appelle les projets faisant l'objet d'une « diversification des modes de financement et d'approvisionnement » (p. ex. P3).

Serait-il souhaitable de permettre une libération anticipée, échelonnée ou segmentée d'une retenue dans certaines circonstances au Nouveau-Brunswick?

### *Libération obligatoire des retenues (art. 17)*

L'article 17, qui régit la libération des retenues à l'expiration de la période de validité d'un privilège, est actuellement permissif (« le paiement... peut s'effectuer »). Durant l'Examen d'experts de l'Ontario, les entrepreneurs ont demandé que la libération des retenues en vertu d'une disposition similaire devienne obligatoire. Ils se sont plaints que les propriétaires conservent les fonds des retenues jusqu'à l'expiration de leur état à titre de fonds de retenues et qu'ils imputent ensuite contre ces fonds les dettes existantes ou les réclamations qu'ils ont contre l'entrepreneur, peu importe qu'elles soient liées au projet ou non (c.-à-d. que les propriétaires conservent essentiellement les fonds des retenues comme garantie contre les défauts). L'Examen d'experts de l'Ontario a recommandé une libération obligatoire normale (mais non anticipée) des retenues.

Nous ignorons s'il s'agit là aussi d'une préoccupation au Nouveau-Brunswick. Le cas échéant, nous pensons qu'il serait raisonnable de clarifier que la libération des retenues *n'est pas* facultatif.

### *Fiducies de construction*

#### *Clarification des dispositions relatives aux fiducies*

L'article 3 décrit les fiducies de construction dans des termes très généraux, ce qui a suscité la critique que la description est trop vague. Les tribunaux ont clarifié la portée des dispositions visant les fiducies au fil du temps, mais l'industrie bénéficierait probablement d'une précision accrue à l'intérieur de la *Loi*, en particulier en ce qui a trait aux responsabilités d'un fiduciaire. La *Loi* de l'Ontario, par exemple, établit de façon précise quand un versement du fiduciaire libère la fiducie, quand les fonds en fiducie peuvent être réduits (c.-à-d. quand le fiduciaire peut conserver les fonds pour lui-même) et quand un fiduciaire ayant emprunté des fonds pour l'amélioration peut utiliser les fonds en fiducie pour libérer l'emprunt.

Nous invitons les lecteurs à nous faire part de leurs commentaires en nous révélant s'ils trouvent que les mesures prévues par la *common law* à cet égard sont suffisantes ou si des dispositions législatives s'avéreraient utiles.

### *Fiducies du propriétaire et du fournisseur*

La *Loi* du Nouveau-Brunswick impose actuellement l'établissement d'une fiducie à l'échelon du « constructeur, de l'entrepreneur ou d'un sous-traitant » à l'intention des fournisseurs de services ou de matériaux pour l'amélioration au bénéfice du constructeur, de l'entrepreneur ou du sous-traitant en question. D'autres provinces ont décidé d'imposer en plus la création d'une fiducie visant certains fonds dans les mains des propriétaires (Ontario, Manitoba, Saskatchewan) ou des fournisseurs (ciblant les propriétaires qui vendent leurs droits pour éviter une réclamation sur des biens) (Nouvelle-Écosse, Ontario, Saskatchewan).

L'inclusion de fiducies du propriétaire et du fournisseur procurerait l'avantage d'accroître la protection à un niveau plus bas de la pyramide de la construction, mais pourrait également créer des fardeaux/difficultés administratifs. Lorsqu'un projet est autofinancé par un propriétaire, par exemple, il peut être difficile de savoir à quel point la fiducie lie des fonds et quels fonds sont liés. Cela dit, ce genre de fiducie ne semble pas avoir créé de difficultés excessives aux propriétaires ou aux fournisseurs dans les provinces et territoires qui prévoient leur existence.

Serait-il avantageux d'inclure des fiducies du propriétaire et du fournisseur dans la *Loi* du Nouveau-Brunswick? Ce genre de disposition se serait avéré avantageux pour un sous-traitant dans au moins une cause (*M. Robert Birmingham Ltd. c. Perth-Andover* (1981), 38 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14, conf. 38 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14 (CA)).

### *Protection des fonds en cas d'insolvabilité*

L'un des problèmes relatifs aux fiducies de construction réside dans l'incertitude qui a cours en cas d'insolvabilité du débiteur. Citons à titre d'exemple particulier l'interaction entre l'article 3 de la *Loi* et l'article 67 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (Biens du failli). La question clé consiste à déterminer si une fiducie d'origine législative constitue une « fiducie » aux termes de l'alinéa 67(1)a), qui protège les « biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne » des créanciers. Les tribunaux ont jugé que la réponse à la question est « oui », à condition que la fiducie satisfasse aux critères des « trois certitudes ». Dans le contexte des fiducies de construction, la question qui s'est posée a été s'il existe une certitude quant aux biens placés en fiducie lorsque les fonds de la « fiducie » de construction ont été combinés à d'autres fonds.

La *Loi* n'impose actuellement pas aux fiduciaires l'obligation de séparer les fonds dans des comptes en fiducie distincts. Cette situation a pour résultat que dans la pratique, certains fiduciaires combinent des fonds en fiducie avec des fonds non conservés en fiducie, ou mélangent des fonds détenus en fiducie pour différents projets au sein d'un même compte bancaire. Une telle façon de faire rend les fonds des fiducies de construction vulnérables en cas d'insolvabilité, à moins que le tribunal ne détermine que les fonds peuvent être retracés, ce qui n'est pas toujours le cas.

Cette situation est à notre avis insatisfaisante et nous examinons s'il y a lieu d'accroître la protection des bénéficiaires des fiducies en cas d'insolvabilité. L'Examen d'experts de l'Ontario a considéré trois solutions possibles à ce problème : l'établissement de retenues séparées, l'étoffement des exigences relatives à la tenue des dossiers et le rattachement de comptes bancaires aux projets. L'Ontario a adopté la deuxième option. Il nous semble que l'une ou l'autre des deux premières options pourrait fonctionner au Nouveau-Brunswick.

Le modèle de l'établissement de fonds de retenues séparés prévoit que lorsque la facture d'un entrepreneur est payée, une tranche de 90 % (en présumant une retenue de 10 %) est directement versée à l'entrepreneur, alors que les 10 % qui restent sont déposés dans un compte en fiducie de

retenue séparé. La façon précise dont de tels fonds sont gérés varie, mais nous imaginons que si ce genre d'approche était adopté au Nouveau-Brunswick, il comporterait principalement les dispositions qui suivent :

- Le propriétaire établirait au nom conjoint du propriétaire et d'un autre fiduciaire, dans le cas de chaque projet (au lieu de chaque contrat au sein d'un projet), un compte distinct de retenue dans lequel tous les montants retenus seraient versés.
- L'autre fiduciaire serait l'entrepreneur, un avocat, un architecte ou un ingénieur (ne constituant pas le certificateur autorisant le paiement), un comptable, une personne possédant de l'expérience de l'industrie de la construction ou une société de fiducie ou de prêt.
- À moins d'entente contraire des parties, le propriétaire accumulerait durant la période de retenue des intérêts au crédit de l'entrepreneur duquel le montant a été retenu après l'expiration des droits de privilège.
- Lorsque le compte renferme des fonds liés à plusieurs contrats, le fiduciaire devrait se conformer à des exigences précises en matière de tenue de dossiers afin d'assurer la traçabilité des fonds.
- Lors du paiement, les signatures des deux fiduciaires seraient requises, à moins d'ordonnance contraire.
- Les fiduciaires pourraient demander des directives au tribunal au besoin.

On a actuellement recours à de tels fonds en Colombie-Britannique (dans le cas des projets d'une valeur de plus de 100 000 \$), au Manitoba et en Saskatchewan (dans les deux cas pour les projets de plus de 200 000 \$). L'Ontario a considéré et rejeté l'établissement de fonds séparés de retenues en 1983 et à nouveau dans le cadre de l'Examen d'experts, bien que le concept ait obtenu l'appui de plusieurs intervenants clés.

L'Examen d'experts a recommandé à la place l'adoption d'un régime d'exigences plus étoffé en ce qui a trait à la tenue des dossiers. Le régime en question, plus communément connu sous le nom de « modèle de New York », est basé sur la loi relative au privilège de New York (*New York Lien Law*). Cette loi crée une fiducie de construction d'origine législative largement semblable aux fiducies de construction canadienne. Les fonds que reçoivent les propriétaires, les entrepreneurs et les sous-traitants pour une amélioration à des biens réels ou liés à une telle amélioration sont assujettis au maintien d'une fiducie au bénéfice des entrepreneurs, des sous-traitants et des fournisseurs. Les fonds reçus relativement à chaque amélioration constituent une fiducie distincte. Les fiduciaires assument les mêmes allégeances et responsabilités fiduciaires de base qu'un fiduciaire de toute autre fiducie, notamment : tenir des comptes et en rendre compte, maintenir les fonds en fiducie séparés de leurs propres fonds, fournir de l'information aux bénéficiaires et leur permettre d'examiner les comptes en fiducie, et appliquer les revendications au nom de la fiducie.

La loi relative au privilège de New York prévoit de plus une série de pratiques de tenue de livres normalisées qui, si elles sont suivies, constituent un argument de défense *prima facie* contre une revendication de violation de fiducie. Pour donner suite à la recommandation de l'Examen d'experts de l'Ontario, on est en train de modifier les dispositions législatives de l'Ontario en vue d'inclure des règles similaires, qui stipuleront que

- tous les fonds en fiducie devront être déposés au nom du fiduciaire (c.-à-d. à titre de fiduciaire);



- le fiduciaire *ne sera pas* obligé de garder les fonds de chaque fiducie dans des comptes bancaires distincts si les livres et les registres comptables rattachent clairement les fonds déposés dans le compte général à chacune des fiducies individuelles;
- le fiduciaire devra tenir des livres distincts pour chaque fiducie et que si des fonds de fiducie distincts sont réunis dans le même compte bancaire, il devra tenir un registre des comptes en question précisant l'allocation à chaque fiducie des dépôts et des retraits;
- les livres et les registres de chaque fiducie devront fournir certains détails au sujet des débiteurs, des crédateurs, des fonds en fiducie reçus, des versements de fiducie effectués au moyen d'actifs en fiducie et des virements effectués aux fins du fonds.

L'Examen d'experts a cité deux raisons pour préférer ce modèle à celui de l'établissement de fonds séparés de retenues : premièrement, le fardeau administratif éventuel du maintien d'un compte séparé de retenues, et deuxièmement, dans les provinces et territoires où l'établissement de comptes séparés de retenues est exigé, certains propriétaires évitent simplement de créer de tels comptes, car l'application de la loi est semble-t-il limitée.

La troisième option est le modèle du rattachement d'un compte bancaire au projet. Dans le cadre d'un tel modèle, tous les créanciers de la pyramide de la construction sont payés à partir d'un même compte en fiducie rattaché au projet, au même moment. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire d'attendre que les paiements finissent par descendre au bas de la pyramide de la construction. L'Examen d'experts de l'Ontario a recommandé un projet pilote de deux ans aux fins de l'essai du rattachement de comptes bancaires aux projets au sein du secteur public, mais le gouvernement de l'Ontario a indiqué qu'il ne compte pas déposer de projet de loi à cet égard.

Les fiducies de construction du Nouveau-Brunswick devraient, à notre avis, bénéficier d'une protection plus claire en cas d'insolvabilité. Ce qui est moins clair est si l'établissement de fonds séparés de retenues ou le « modèle de New York » représenterait la meilleure solution. Les deux mesures semblent être susceptibles de créer un certain fardeau administratif et elles présentent toutes deux un risque de non-conformité. Nous nous soucions aussi du fait que la seconde approche n'ait pas encore été examinée par un tribunal canadien : nous n'avons par conséquent aucune garantie que ce genre d'exigence en matière de tenue de registres répond aux critères de la « certitude quant aux biens placés en fiducie ». Une telle détermination reposerait vraisemblablement sur la qualité des registres tenus, ce qui maintiendrait constamment vulnérables les fonds en fiducie.

#### Mécanisme simplifié de règlement des différends

##### *Revendications de privilèges d'envergure modeste et intermédiaire*

Toutes les actions en justice pour l'obtention de mesures réparatrices en vertu des dispositions de la *Loi sur le privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux* doivent être entendues par la Cour du Banc de la Reine, et le processus peut s'avérer dispendieux, coûteux en temps et complexe. Cela va à l'encontre du but original de la loi relative aux privilèges, qui était, du moins en partie, de fournir un mécanisme de règlement efficace des différends. Dans la pratique, les faits laissent supposer que dans le cas des réclamations de montants modestes, il ne vaut tout simplement pas la peine d'engager une poursuite compte tenu du temps ou des coûts requis. Les entrepreneurs de l'Ontario signalent, par exemple, que le coût médian de l'engagement d'une poursuite relative à un privilège est de 15 000 \$ et que dans le cas des revendications de moins de 25 000 \$, le coût du processus de recours en justice surpasse les avantages du respect des privilèges. Ce genre de revendication est également considéré

comme une mauvaise utilisation du temps des tribunaux. Nous soupçonnons que la situation est analogue au Nouveau-Brunswick.

Une solution à ce problème est de passer à un processus étagé de résolution des différends pour les revendications faites en vertu de la *Loi*. En résumé, les revendications inférieures au seuil des petites créances (actuellement 12 500 \$) pourraient être dirigées vers la Cour des petites créances et être entendues suivant sa procédure ordinaire. Le processus de renvoi est essentiel en raison des impératifs constitutionnels – les cours supérieures (les cours que vise l'article 96) ont compétence finale sur les questions touchant les privilèges. Les revendications plus importantes (p. ex. celles se chiffrant entre 12 500 \$ et 75 000 \$) seraient toujours entendues par la Cour du Banc de la Reine, mais pourraient suivre une procédure simplifiée, analogue (dans la mesure du possible) à la règle 79.

La Commission de la réforme du droit de la Nouvelle-Écosse (Law Reform Commission of Nova Scotia) et l'Examen d'experts de l'Ontario ont tous deux recommandé un processus étagé de règlement des différends visant les revendications faites en vertu des dispositions législatives relatives aux privilèges, mais seule l'Ontario a décidé d'implanter un tel mécanisme. En Nouvelle-Écosse, il a été recommandé que les revendications relatives aux privilèges et aux fiducies de moins de 25 000 \$ soient dirigées vers la Cour des petites créances. En Ontario, l'Examen d'experts a recommandé le renvoi des revendications de privilèges de moins de 25 000 \$ vers la Cour des petites créances et le traitement des revendications de 25 000 \$ à 100 000 \$ en fonction d'une procédure simplifiée prévoyant des interrogatoires préalables limités et un procès sommaire. À l'heure actuelle, les revendications de privilèges peuvent être dirigées vers des protonotaires spécialisés en matière de privilèges.

Nous recommandons aux lecteurs s'intéressant de façon particulière à ce sujet les rapports ci-dessous :

- Commission de la réforme du droit de la Nouvelle-Écosse (Law Reform Commission of Nova Scotia)  
[Builders' Lien Act \(rapport final, mars 2013\)](#), p. 14  
[Builders' Liens in Nova Scotia: Reform of the Mechanics' Lien Act \(rapport final, juin 2003\)](#), p. 27
- Examen d'experts de l'Ontario  
[Établir un juste équilibre – Rapport de l'examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de construction de l'Ontario \(rapport final, avril 2016\)](#), p. 123

Le rapport de 2013 de la Commission de la réforme du droit de la Nouvelle-Écosse (Law Reform Commission of Nova Scotia) est particulièrement utile. Il s'attarde de façon détaillée sur un certain nombre de sujets qui seraient également pertinents au Nouveau-Brunswick, notamment les questions qui devraient être admissibles à un renvoi (validité d'un privilège, responsabilité en matière de délit civil et de contrat, détermination des montants dus, allocation de fonds de retenues), des questions détaillées de procédure, la capacité des cours des petites créances (du point de vue du volume de revendications et de l'expertise spécialisée), l'aspect constitutionnel et des références aux actions en justice visant les privilèges dans d'autres provinces ou territoires.

### *Arbitrage*

Un autre problème porté à notre attention est le lien entre les dispositions législatives visant les privilèges et celles visant l'arbitrage. Plus précisément, l'interaction entre la *Loi* et l'article 7 de la *Loi sur l'arbitrage* manque de clarté, ce qui entraîne un sursis de l'instance si une partie d'une entente d'arbitrage entame

une action par rapport à une question qui est soumise à l'arbitrage. Ce genre de sursis pose des problèmes dans le contexte des privilèges des constructeurs et des fournisseurs de matériaux en raison des délais rigoureux imposés par la *Loi sur l'arbitrage*.

En Nouvelle-Écosse, on a rectifié le problème en ajoutant à la loi provinciale trois dispositions provenant des [Dispositions uniformes relatives aux privilèges et aux arbitrages 2000](#) types de la CHLC, qui clarifient que

- les demandeurs de privilèges peuvent prendre toutes les mesures nécessaires en vertu de la *Loi* pour préserver un privilège ou la garantie à laquelle il est rattaché;
- les mesures prises pour préserver un privilège ou une garantie ne seront pas considérées comme une renonciation au droit à l'arbitrage;
- l'effet d'un sursis en attendant un arbitrage est limité aux parties de l'entente d'arbitrage et n'affecte pas les actions des tiers.

Nous prévoyons proposer l'inclusion des dispositions de la CHLC ou de dispositions similaires dans la nouvelle *Loi*.

#### *Droit d'accès aux renseignements (art. 32)*

La *Loi* du Nouveau-Brunswick, à l'instar de celles dans la majorité des autres provinces, confère aux titulaires de privilèges un droit d'accès à certains renseignements de la part des propriétaires, des créanciers hypothécaires, des fournisseurs impayés (ou de leurs agents), des entrepreneurs et des sous-traitants. La tendance dans les autres provinces et territoires a consisté à élargir de tels droits de divulgation de renseignements et la majorité impose désormais des obligations de divulgation plus poussées que le Nouveau-Brunswick.

Même en Ontario, que les autres provinces ont souvent utilisée comme modèle en ce qui a trait aux obligations en matière de divulgation, certains intervenants se sont plaints de ne pas disposer de suffisamment de renseignements pour effectuer une évaluation éclairée du risque de défaut ou de retard de paiement. Durant l'Examen d'experts, ils ont demandé la communication d'échéanciers de paiement, la notification de la réception de fonds et la divulgation de la capacité financière des intéressés. L'équipe d'experts a refusé d'adopter ces suggestions, mais elle a recommandé que soit clarifié ce qui constitue un « état des comptes » et que soit exigée la communication de certains renseignements au sujet des tenures à bail.

La *Loi* du Nouveau-Brunswick est à notre avis désuète; il faudrait élargir la liste des renseignements à communiquer. Nous envisageons notamment les changements qui suivent :

- l'élargissement de la liste des parties pouvant exiger des renseignements de sorte qu'elle inclue les bénéficiaires de fiducies et les créanciers hypothécaires;
- l'élargissement des renseignements pouvant être exigés des propriétaires, des entrepreneurs et des sous-traitants afin qu'ils incluent les noms des parties au contrat, le prix du contrat et une copie des cautionnements de paiements de la main-d'oeuvre et des matériaux;
- si l'on adopte l'établissement de fonds séparés de retenues, l'exigence que les propriétaires fournissent des renseignements au sujet d'un tel compte;
- l'élargissement des renseignements pouvant être exigés des propriétaires dont les droits sont assujettis à un privilège.

Nous songeons en plus à clarifier le terme « état des comptes », établir un délai pour la fourniture d'une réponse aux demandes de renseignements (p. ex. 21 jours) et permettre aux parties souhaitant obtenir des renseignements de demander une ordonnance du tribunal si la personne à laquelle est adressée la demande omet d'y donner suite.

Ces suggestions cadrent avec les dispositions législatives en vigueur dans d'autres provinces et territoires.

### Cautionnements

On nous a mentionné que la *Loi* actuelle pose également des problèmes parce qu'elle omet de reconnaître la protection accordée par les cautionnements de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux (« cautionnements de paiement ») ou d'en tenir compte. Nous croyons comprendre que cela signifie que le mécanisme des retenues et des privilèges est redondant quand un cautionnement de paiement est en place. Si nous présumons que c'est juste, une solution évidente est de permettre aux parties d'avoir le choix de s'abstenir de recourir au mécanisme des retenues et des privilèges, en totalité ou en partie (c.-à-d. retenues réduites), si un cautionnement de paiement pertinent est en place.

Cette question a été examinée en détail par la Commission de la réforme du droit (Law Reform Commission) de la Colombie-Britannique en 1972 (voir le [rapport final](#) de la Commission à partir de la page 70). La Commission envisageait un régime au sein duquel les parties à chaque palier de la pyramide de la construction jouiraient de l'option d'obtenir un cautionnement de paiement ou de permettre à la personne avec qui elles ont établi un contrat de retenir un montant de garantie. Lorsqu'un entrepreneur obtient un cautionnement, mais que ses sous-traitants n'en obtiennent pas, les personnes directement employées par l'entrepreneur auraient recours au cautionnement à titre de garantie. Les personnes employées par le sous-traitant, toutefois, auraient recours à la retenue établie par l'entrepreneur auprès du sous-traitant.

Nous comprenons qu'une telle démarche soit attrayante sur un plan conceptuel. Dans la pratique, cependant, elle pourrait, semble-t-il, s'avérer déroutante ou créer un fardeau administratif, en particulier dans le cas des projets de grande envergure à plusieurs volets, dans le cadre desquels les durées des divers cautionnements pourraient ne pas être uniformes.

Nous devons en outre mettre en relief les considérations/préoccupations qui suivent :

- Les protections offertes par les cautionnements de paiement et le régime des privilèges et des retenues ne sont pas nécessairement coextensives – il serait essentiel de s'assurer que les revendicateurs en vertu d'une approche ne soient pas désavantagés comparativement à ceux agissant en vertu de l'autre.
- La caution a droit, avant d'accepter d'effectuer un paiement, de mener sa propre enquête et de s'assurer que ses conditions contractuelles particulières (qui varieront entre les contrats) ont été respectées. Elle a également le droit d'opposer n'importe quel argument que le mandant aurait pour éviter le paiement d'une réclamation, y compris invoquer la clause « paiement sur paiement ».
- Les revendicateurs éventuels pourraient ne pas être au courant qu'un cautionnement de paiement est en place, et encore moins de ses conditions.
- Les cautionnements de paiement au sein du secteur privé avantagent généralement seulement le premier palier des entrepreneurs. La possibilité qu'un cautionnement donne suite aux réclamations déposées par les sous-sous-traitants et les montants qu'ils pourraient réclamer

dépendrait du libellé particulier du cautionnement. (Nous avons noté que l'Association canadienne de cautions a avisé l'Examen d'experts qu'elle appuie la réduction du montant de la retenue lorsqu'un cautionnement de paiement est en place. Elle est de plus prête à considérer l'élargissement de la définition d'un « revendicateur » à l'intérieur des cautionnements de paiement normalisés de sorte qu'elle inclue les intervenants subséquents au premier palier. Elle s'est en outre engagée à continuer à collaborer avec les autres intervenants clés et l'Examen d'experts pour rajuster ses produits et ses processus en vue « d'en arriver à des solutions réceptives qui s'avéreront avantageuses pour toutes les parties ».

- Certains considèrent le cautionnement comme une approche trop compliquée ou trop dispendieuse et il n'est actuellement pas possible d'obtenir des cautionnements de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux séparément de cautionnements d'exécution.

Finalement, nous avouons être un peu préoccupés par le fait que nous deviendrions la première province canadienne à adopter un régime « d'abstention ». Nous ne nous opposons pas au principe d'être les premiers, mais nous devons nous montrer prudents face au risque de l'être, en particulier au moment où nous songeons déjà à adopter d'autres changements possiblement marquants.

Nous invitons les lecteurs à livrer leurs commentaires sur cette question, notamment à fournir d'autres suggestions sur la façon dont les cautionnements de paiement pourraient être intégrés à notre approche. Nous souhaitons aussi obtenir des commentaires au sujet des autres types de cautionnements et de la pertinence d'en traiter expressément à l'intérieur de la *Loi* (p. ex. cautionnements de privilèges, cautionnements de libération de retenues).

#### Application et pénalités

La *Loi* actuelle n'impose pas de pénalités pour non-conformité, sauf l'article 57 (conséquences sur les dépens de l'omission d'utiliser la procédure la moins coûteuse) et du paragraphe 3(2) (qui fait de l'usage non autorisé de fonds en fiducie une infraction de la classe F). Comme la non-conformité générale semble constituer un problème répandu, l'une des questions que nous considérons est s'il y a lieu d'ajouter d'autres pénalités ou si un certain autre type de mécanisme d'application de la loi s'avérerait utile. (Certains territoires et certaines provinces ont par exemple mis en place des régimes de délivrance de permis pour permettre une réglementation plus directe du comportement des entrepreneurs.) Nous examinons de plus s'il y a lieu de conserver la disposition relative aux infractions.

Jusqu'ici, nous soupçonnons que la meilleure façon d'améliorer la conformité en général est de rendre la loi plus facile à comprendre et plus proche des réalités de l'industrie moderne de la construction. Si, toutefois, nos lecteurs pensent autrement, nous serons heureux d'entendre leurs commentaires à ce sujet.

#### **Règlement rapide**

L'une des principales préoccupations soulevées par les intervenants de toutes les régions du Canada et de partout dans le monde est le problème persistant et qui empire des règlements en retard. Ce problème n'est pas traité dans la loi existante sur le privilège, qui se limite au défaut de paiement.

La question du règlement rapide met en scène deux sous-problèmes distincts, qui nécessitent chacun un remède distinct :

- les retards du « règlement selon le cours normal des affaires »;



- les retards découlant des différends relatifs au règlement et l'absence de mécanisme rapide et efficace de résolution des différends, qui peuvent rapidement aboutir à une situation de « blocage ou impasse ».

Un certain nombre de gouvernements (p. ex. États-Unis, Irlande, Australie, Nouvelle-Zélande, Singapour, Hong Kong et Malaisie) ont adopté, ou songent à adopter, des dispositions législatives visant à encourager un règlement rapide. De telles dispositions législatives sont en place au Royaume-Uni depuis plus d'une vingtaine d'années et se sont, semble-t-il, avérées extrêmement efficaces. (Nous notons que le Royaume-Uni n'a pas recours à un régime de privilèges et de retenues.)

L'objectif commun de toutes les approches internationales est de maintenir la circulation des fonds vers le bas de la pyramide de la construction. Elles prévoient communément :

- le droit d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant de réclamer des paiements progressifs;
- l'obligation du propriétaire ou de l'entrepreneur général d'évaluer une demande de règlement dans un délai raisonnable (en général 30 jours);
- le droit de fournir un avis écrit de contestation d'une demande de règlement, et l'obligation de fournir des motifs pour la contestation;
- les pénalités, comme des intérêts pour les paiements en retard;
- le droit d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant de suspendre l'exécution des travaux en cas de défaut de paiement;
- l'interdiction de dispositions de règlement conditionnel;
- le droit de diriger les différends découlant du contrat vers un arbitrage.

Le Canada a réalisé en mai 2017 certains progrès en vue d'assurer un règlement rapide à l'échelon fédéral avec l'adoption du [projet de loi du Sénat S-224](#), *Loi sur les paiements effectués dans le cadre de contrats de construction*. Le projet de loi attend actuellement la première lecture à la Chambre des communes. Du côté provincial, Alberta Infrastructure a commencé à insérer des dispositions de règlement rapide dans ses contrats en avril 2016. En avril dernier, l'Examen d'experts de l'Ontario a recommandé (et le gouvernement a ultérieurement accepté) l'adoption du règlement rapide en Ontario. La mesure, qui s'inspire d'une mesure en place au Royaume-Uni, fonctionnera parallèlement au régime existant des privilèges et des fiducies de l'Ontario, s'appliquera à la fois aux secteurs public et privé, et sera implicitement intégrée à tous les contrats de construction ne renfermant pas de conditions équivalentes.

Un autre élément important de la mesure envisagée en Ontario est l'implantation d'un mécanisme de résolution obligatoire dans le cas de certains différends relatifs au règlement. Celui-ci s'inspire également du mécanisme en place au Royaume-Uni, décrit comme une approche « payer maintenant, discuter plus tard ». Lors de son adoption originale au Royaume-Uni, le processus de l'arbitrage représentait une mesure sans précédent, mais 20 ans plus tard, il est, semble-t-il, bien établi, bien compris et très efficace. L'arbitrage a substantiellement réduit le volume de travail des tribunaux et il a allégé le volume global des litiges dans le secteur de la construction.

La mesure implantée au Royaume-Uni a par ailleurs servi de modèle à l'échelle internationale. Le seul gouvernement à *ne pas* inclure la résolution de différends obligatoire dans le cadre de son régime de règlement rapide à l'échelle mondiale est les États-Unis. Les parties y sont laissées à elles-mêmes pour résoudre leurs différends dans le cadre d'actions en justice ordinaires, ce qui a amené les intéressés à

s'interroger sur l'efficacité de l'ensemble du régime du règlement rapide. En l'absence de mécanisme de résolution rapide des différends relatifs au règlement, le but des dispositions visant un règlement rapide est essentiellement compromis, car les projets peuvent rapidement devenir la cible de différends relatifs au règlement.

Comme il a déjà été mentionné, nous comptons examiner cette question de façon plus détaillée dans le prochain numéro du *Bulletin de la réforme du droit*. Entre-temps, nous espérons que les lecteurs auront la possibilité de se familiariser avec la documentation clé pertinente, et surtout le rapport de l'Examen d'experts de l'Ontario (chapitres 8 et 9). Celui-ci explique l'approche envisagée en Ontario et offre une analyse approfondie des principaux enjeux, notamment des points de vue des intervenants et une analyse juridictionnelle.

## Conclusion

Comme le révèle clairement ce qui précède, cet exposé constitue un examen détaillé de la *Loi*, qui, espérons-nous, finira par aboutir à une loi plus efficace, efficiente et accessible. Nous réitérons à cette fin que nous souhaitons vivement obtenir des commentaires sur les points traités et les solutions possibles évoquées ci-dessus. Nous reconnaissons par ailleurs que malgré la longueur du présent bulletin, il reste probablement des questions ayant de l'importance pour les lecteurs qui n'ont pas été soulevées aux présentes (p. ex. périodes de restriction, formulaires, raffinement des procédures en général, questions de « gestion interne », comme l'abrogation de l'article 11 relatif au douaire). Nous invitons les lecteurs à livrer également des commentaires sur ces points.

Finalement, compte tenu de la nature spécialement pratique de la *Loi sur le privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux*, nous encourageons les lecteurs à non seulement faire part de leurs commentaires et préoccupations, mais également à préciser la façon dont ils pourraient être abordés d'une manière qui paraît logique « sur le terrain ».

## Ressources

Pour obtenir plus de renseignements et consulter une analyse de nombre des questions décrites ci-dessus, nous conseillons aux lecteurs les ressources qui suivent.

Examen de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* de l'Ontario

- [Établir un juste équilibre – Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario \(rapport final, avril 2016\)](#)
- [Documentation de référence et mémoires des intervenants](#)

Nouveau-Brunswick

- [Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux : Prête pur l'abrogation? Document de travail, juillet 1992](#)

Nouvelle-Écosse

- [Builders' Liens in Nova Scotia: Reform of the Mechanics' Lien Act \(rapport final, juin 2003\)](#)
- [Builders' Lien Act \(rapport final, mars 2013\)](#)

Colombie-Britannique

- [Builders Lien Act Reform Project Backgrounder](#) (projet en cours)

- [Mechanics' Lien Act: Improvements on Land \(1972\)](#)
- [Report on Builders Liens and Arbitration \(2002\)](#)

Association du Barreau de l'Ontario, Section du droit de la construction et infrastructure

- [An Insider's Look into the Construction Lien Act Review Process and Recommendations](#)  
(connexion requise)

*Les réponses et les réactions à toute question abordée ci-dessus doivent être envoyées à l'adresse figurant en tête du présent bulletin ou par courriel à [lawreform-reformedudroit@gnb.ca](mailto:lawreform-reformedudroit@gnb.ca). Nous aimerions recevoir vos réponses au plus tard le 15 février 2018.*

*Nous vous invitons également à nous faire part de vos suggestions à propos de toute autre question que nous devrions examiner dans la perspective de la réforme du droit.*