

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.

*Les réponses aux questions ci-dessous doivent être envoyées à l'adresse ci-dessus ou à lawreform-reformedudroit@gnb.ca. Nous aimerions recevoir vos réponses au plus tard le **15 juillet 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.*

1. Mesures législatives portant sur les procurations

Dans le numéro précédent du *Bulletin de la réforme du droit*, nous avons exposé notre plan de proposer une nouvelle loi sur les procurations, et nous avons examiné quelques questions particulières : un formulaire normalisé facultatif pour les procurations, des mesures pour protéger les donateurs de l'exploitation financière, des préoccupations au sujet des institutions financières et le lien entre les procurations pour soins personnels et les directives en matière de soins de santé.

Les réponses que nous avons reçues sont favorables à l'adoption d'une nouvelle loi, d'un formulaire normalisé facultatif et de mesures visant à réduire l'exploitation financière, telles que des exigences en matière de notification et la capacité de nommer un « surveillant ».

Les intervenants sont également favorables à la création d'un système en vertu duquel les cas soupçonnés d'usage abusif d'une procuration pourraient être signalés à un organisme public et faire l'objet d'une enquête. Au cours des derniers mois, nous avons approfondi cette idée et avons tenté, sans succès, de trouver un organisme possédant actuellement l'expertise et les ressources requises pour administrer un tel système. Nous avons également réalisé que l'usage abusif d'une procuration n'est que l'une des formes que peut prendre l'exploitation financière. Nous en sommes donc venus à la conclusion qu'un système de soumission de rapports et d'enquête dépasse la portée du présent projet.

Cela soulève la question à savoir quelles sont les mesures que devrait prévoir la nouvelle loi, le cas échéant, dans les cas soupçonnés d'usage abusif d'une procuration. Pour le moment, nous sommes enclins à proposer que la loi permette à une personne de signaler les abus soupçonnés au surveillant désigné dans la procuration ou à tout autre fondé de pouvoir. Le surveillant ou l'autre fondé de pouvoir serait alors en mesure de régler le problème de manière informelle ou de prendre des mesures officielles, au besoin, notamment de faire un signalement à la police ou de présenter une demande à la cour pour que le fondé de pouvoir soit démis de ses fonctions.

En outre, nous cherchons à déterminer si la loi devrait autoriser les institutions financières à refuser de verser des fonds à un fondé de pouvoir ou limiter le montant qui peut lui être versé si un cas d'exploitation financière est soupçonné. Dans certaines provinces, elles sont autorisées à le faire, et à notre connaissance, certaines institutions financières le font déjà, dans certaines circonstances. Nous croyons qu'il pourrait être utile pour les institutions financières d'avoir des pouvoirs leur permettant clairement de retenir les fonds, puisque cela les encouragerait à intervenir et à prévenir l'exploitation financière.

Dans le numéro précédent, nous avons examiné quelques options pour gérer le chevauchement entre les procurations pour soins personnels et les directives en matière de soins de santé, en vertu de la *Loi sur les directives préalables en matière de soins de santé* (LDPSS). Les commentaires que nous avons recueillis indiquent que l'option privilégiée par les répondants consiste à intégrer les dispositions de la LDPSS dans la nouvelle loi sur les procurations – autrement dit, à abroger la LDPSS et à la remplacer par une loi exhaustive, qui régirait les procurations (celles pour soins personnels et celles relatives aux biens), les directives en matière de soins de santé et les mandataires. Nous travaillons actuellement en collaboration avec le ministère de la Santé, qui est responsable de la LDPSS, afin de déterminer s'il s'agit là d'une solution viable.

Nous remercions tous ceux qui nous ont fait part de leurs commentaires dans le cadre de ce projet et nous vous invitons à formuler d'autres observations concernant ce qui précède ou tout autre aspect touchant les procurations.

2. Loi sur le privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux

Dans le *Bulletin de la réforme du droit* n° 40, nous avons décrit nos plans de modernisation de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* (la « Loi ») dans lesquels nous proposons plusieurs réformes possibles. Dans ce numéro, nous avons principalement mis l'accent sur la modernisation de la loi existante et avons sollicité des commentaires concernant plusieurs modifications potentielles. Dans le présent numéro, nous examinerons plus particulièrement la question de la rapidité

du règlement, la résolution provisoire accélérée des différends, ainsi que trois autres questions liées à la modernisation : l'immunité de la Couronne, le processus de réclamation prévu dans la *Loi sur les contrats de construction de la Couronne* et le cautionnement dans le cadre des projets publics.

Nous serons heureux de recevoir tout commentaire concernant les questions soulevées dans le bulletin n° 40 ou les précédents et d'être informés de toute question qui n'a pas été abordée, mais que les lecteurs jugent importante. Nous tenons à vous rappeler que nous aimerions connaître votre opinion quant à la façon dont ces questions pourraient être résolues en pratique.

Commentaires concernant le bulletin n° 40

Nous commencerons par résumer les commentaires recueillis concernant le bulletin n° 40. Nous sommes heureux des nombreuses réponses détaillées que nous avons reçues, notamment de la part de la Section du droit de la construction de la Division du Nouveau-Brunswick de l'Association du Barreau canadien (« ABC-N.-B. ») et de divers intervenants de l'industrie, dont la plupart étaient favorables. Seulement certains commentaires parmi tous ceux recueillis sont examinés ci-dessous, mais tous seront pris en considération lors de l'élaboration de nos propositions. Nous remercions tous ceux qui nous ont fait part de leurs idées.

Définitions

Les intervenants sont favorables à l'idée de modifier les définitions des termes « amélioration » et « propriétaire ». Voici quelques-unes des autres suggestions formulées :

- ajouter le terme « accessoire fixé à demeure » à la définition de la notion d'amélioration;
- préciser que les « services » (dans la définition de « travaux ») incluent les services d'ingénieurs et d'architectes;
- clarifier certaines définitions (p. ex. celle relative à l'« achèvement ») et en ajouter d'autres (p. ex. contrat, matériaux, prix, sous-traitance).

Privilèges

Procédure

Dans le bulletin n° 40, nous avons cherché à connaître les difficultés procédurales associées à l'annulation de privilèges par la fourniture d'une sûreté. Il est clair, d'après les observations recueillies, qu'il ne s'agit pas là du seul élément de la procédure liée aux privilèges jugé problématique. Par exemple, l'ABC-N.-B. a laissé entendre que la *Loi* ne reflète probablement pas la pratique qui a cours actuellement pour le dépôt ou l'enregistrement d'une revendication de privilège et que cette lacune devrait être corrigée. L'ABC-N.-B. et d'autres intervenants ont suggéré que la procédure pour le dépôt de privilège sur des immeubles en copropriété, de lotissements et de locations à bail puisse également être simplifiée ou codifiée. Certains ont également fait valoir que la *Loi* devrait être suffisamment souple de façon à être adaptable aux changements de procédure et de technologie (p. ex. offrir la possibilité de déposer et d'annuler des privilèges par voie électronique).

L'ABC-N.-B. a également laissé entendre que le processus d'annulation de privilèges, qu'elle a décrit comme laborieux et coûteux en temps, devrait être simplifié. Elle a suggéré d'adopter une procédure qui permettrait d'annuler des privilèges sans préavis, à condition que la partie qui présente la requête dépose ou verse au tribunal une garantie d'un montant équivalant à la valeur nominale du privilège, en plus d'un montant comme cautionnement en garantie des dépens (voir, par exemple, l'article 44 de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* de l'Ontario).

En outre, l'ABC-N.-B. a suggéré que dans les cas où le montant d'un privilège est contesté ou que des privilèges sont « en attente », il devrait exister une procédure sommaire permettant aux parties de se présenter en cour pour que soit déterminé le montant approprié de la garantie à donner. Cette procédure conférerait le droit de déposer des affidavits et de contre-interroger les déposants dans le cadre d'une revendication de privilège.

Il a également été suggéré d'offrir la possibilité de déposer une garantie afin d'annuler un avis écrit de privilège donné conformément au paragraphe 16(1) de la *Loi*.

Utilisation abusive des droits de privilèges

Les commentaires recueillis en réponse à la suggestion selon laquelle un droit d'action en justice particulier devrait être conféré pour les dommages causés par des revendications de privilèges abusives étaient quelque peu mitigés. L'ABC-N.-B. ne s'est pas prononcée sur la question, mis à part pour dire que le problème pourrait être abordé dans les *Règles de procédure* et entraîner des conséquences sur les dépens. Les entrepreneurs qui ont formulé des commentaires étaient favorables à l'idée qu'il soit plus facile de contester les revendications abusives. En outre, il a été suggéré que les conséquences (c.-à-d. les dépens) auxquelles font face les parties qui déposent de telles revendications soient importantes.

Notification préliminaire des propriétaires (propriétaires mal renseignés)

Les commentaires recueillis en réponse à la suggestion de recourir à la notification préliminaire des propriétaires étaient également mitigés. Bien que certains intervenants se soient dits favorables à l'idée d'informer à l'avance les propriétaires qu'un entrepreneur ou un fournisseur contribue à une amélioration, peu d'entre eux se sont montrés enthousiastes à l'idée de devoir donner un préavis lorsqu'ils déposent effectivement un privilège. Les lecteurs ont dit craindre que cela incite simplement les propriétaires à interrompre le paiement plutôt que de favoriser la résolution des différends.

Nous avons également été invités à préciser si ces notifications s'appliqueraient uniquement aux constructions résidentielles ou à tous les projets de construction. Nous ne sommes pas parvenus à tirer une conclusion définitive sur ce point. Bien que la raison à l'origine de ces notifications soit liée, au départ, au contexte résidentiel, nous pouvons voir les avantages que ces notifications pourraient présenter également dans le cadre de projets non résidentiels. En outre, il peut s'avérer difficile d'établir clairement une distinction entre ce qui est considéré comme un projet « résidentiel » et ce qui ne l'est pas.

Retenues et exécution substantielle du contrat

Exécution substantielle du contrat – définition et notification

Les intervenants étaient très favorables à l'idée que le terme « exécution substantielle du contrat » soit défini et que cette définition établisse une formule de calcul (en plus d'exiger que les améliorations soient déjà utilisées ou soient prêtes à l'utilisation). Les formules de calcul établies dans d'autres provinces se ressemblent l'une l'autre par la forme, mais utilisent différentes valeurs de seuil. Par exemple, la définition de l'Ontario précise, en partie, qu'un contrat est exécuté pour l'essentiel lorsque les améliorations sont susceptibles d'être achevées (ou un vice connu corrigé) à un coût qui n'est pas supérieur :

- (i) à 3 % de la première tranche de 500 000 \$ du prix du contrat,
- (ii) à 2 % de la deuxième tranche de 500 000 \$ du prix du contrat,
- (iii) à 1 % du solde du prix du contrat.

En date du 1^{er} juillet 2018, le montant de 500 000 \$ sera augmenté à 1 000 000 \$. Ce montant a été fixé à 500 000 \$ dans le cas de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan et à 250 000 \$ dans le cas de Terre-Neuve-et-Labrador et du Manitoba. En Nouvelle-Écosse, le contrat est jugé avoir été exécuté pour l'essentiel lorsque les travaux à effectuer peuvent être achevés ou la rectification apportée à un coût qui n'est pas supérieur à 2,5 % du prix du contrat.

En outre, les intervenants soutenaient l'idée que les entrepreneurs soient mieux informés du fait que le contrat a été exécuté pour l'essentiel ou les travaux achevés. Pour ce faire, il faudrait probablement exiger que des certificats d'exécution substantielle du contrat/d'achèvement des travaux (pour les contrats et les sous-traitances, respectivement) soient utilisés, en la forme prescrite (semblable aux formulaires 6 et 7 en Ontario), et qu'une notification d'exécution substantielle du contrat/d'achèvement des travaux soit affichée sur le chantier, ainsi que dans un registre accessible en ligne, semblable à celui créé/géré par la Construction Association of Nova Scotia. Nous sommes ouverts à toute déclaration d'intérêt de la part des organisations qui sont prêtes à faire de même au Nouveau-Brunswick.

Débloccage des retenues – hâtif et obligatoire

Les avis étaient quelque peu partagés en ce qui concerne la facilitation d'un débloccage hâtif des retenues. Nous vous rappelons que trois modifications particulières ont été proposées :

- permettre au propriétaire et à l'entrepreneur général d'attester l'exécution substantielle d'une sous-traitance/l'achèvement des travaux (lorsqu'il n'y a aucun architecte, ingénieur ou autre certificateur autorisant le paiement);
- lorsque l'attestation est refusée, permettre au sous-traitant ou à l'entrepreneur de soumettre au tribunal une demande de déclaration d'exécution substantielle du contrat/d'achèvement des travaux;
- clarifier le fait que les propriétaires sont protégés des revendications de privilèges ultérieures et que le débloccage hâtif des retenues vise à la fois le contrat principal et les sous-traitances.

L'ABC-N.-B. a convenu que certains obstacles nuisent au débloccage partiel des retenues, en particulier dans le cas des premiers contributeurs, mais n'a pas formulé de commentaires au sujet des suggestions faites. Un groupe de l'industrie était favorable à l'idée d'attester l'achèvement des travaux dans le cadre des sous-traitances, à condition que la *Loi* soit permissive; un entrepreneur individuel s'est dit inquiet des répercussions possibles de ces modifications.

Deux observations formulées concernaient le débloccage obligatoire des retenues. Les auteurs de ces deux observations étaient favorables, à la condition, selon l'un d'entre eux, que la méthode du « paiement une fois le paiement reçu » soit utilisée.

Selon les commentaires recueillis, nous favorisons l'approche suivante en matière d'attestation et de débloccage des retenues :

- Exécution substantielle du contrat – Le certificateur autorisant le paiement (l'architecte, l'ingénieur ou tout autre intervenant tenu de préparer un certificat pour paiement) *doit*, à la demande de l'entrepreneur, déterminer si le contrat a été exécuté pour l'essentiel. Le cas échéant, le certificateur autorisant le paiement *doit* fournir un certificat d'exécution substantielle du contrat (en la forme prescrite). S'il *n'y a pas* de certificateur, le propriétaire et l'entrepreneur doivent prendre ensemble cette décision et fournir le certificat.

- Déblocage des retenues « de base » (art. 17) – Comme en Ontario, le déblocage des retenues principales ou « de base » sera obligatoire (à condition qu'un délai de 60 jours se soit écoulé et que tous les privilèges, s'il y a lieu, aient été traités).
- Déblocage hâtif (art. 15) – À la demande d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant, le certificateur autorisant le paiement *peut* déterminer si les travaux de sous-traitance ont été achevés. S'il n'y a pas de certificateur, le propriétaire et l'entrepreneur *peuvent* prendre ensemble cette décision. Si les travaux de sous-traitance ont bien été achevés, un certificat d'achèvement des travaux (en la forme prescrite) *doit* être fourni.
- Ordonnance du tribunal – Lorsqu'une demande d'attestation d'une sous-traitance est présentée, mais que l'intervenant concerné refuse ou omet de déterminer dans un délai *raisonnable* si les travaux ont été achevés, il est possible de demander au tribunal de délivrer une ordonnance attestant l'achèvement du contrat en sous-traitance, qui *peut* être délivrée si le tribunal est convaincu que le contrat en sous-traitance a bien été achevé.
- Intérêts – Bien que le déblocage hâtif ne soit pas obligatoire, une fois l'achèvement des travaux de sous-traitance attesté, il faut encourager le déblocage, en temps opportun, des retenues qui s'y rattachent (à condition qu'un délai de 60 jours se soit écoulé et que tous les privilèges, s'il y a lieu, aient été traités). À ce titre, toute personne qui retient cautionnement à l'égard d'une sous-traitance dont les travaux sont achevés et qui *n'effectue pas* de paiement dans les 65 jours suivant l'attestation de l'achèvement des travaux sera tenue de payer les intérêts courus sur le montant qui aurait dû être versé.

En nous fondant sur les modifications apportées en Ontario, nous envisageons également la possibilité de permettre à un propriétaire de refuser de payer une partie ou la totalité des retenues de base, à condition qu'il publie un avis de non-paiement (décrit plus en détail ci-dessous) et qu'il en avise l'entrepreneur concerné. Dans un tel cas, les entrepreneurs et les sous-traitants seraient autorisés à refuser de payer à leurs propres sous-traitants le montant des retenues qui s'y rattachent, à condition qu'ils transmettent également un avis à cet effet et, dans le cas des entrepreneurs, qu'ils prennent les mesures nécessaires pour régler tout différend avec le propriétaire.

Nous sommes conscients que cette approche peut soulever des préoccupations. L'auteur d'un commentaire a déjà souligné les complications et les dépenses associées aux demandes de nature judiciaire. Un autre a dit craindre (si nous avons bien compris) que le déblocage des retenues, quel qu'il soit, sans le concours d'un architecte ou d'un ingénieur rende vulnérables les fonds en fiducie (et donc les sous-traitants).

Nous comprenons ces préoccupations, mais tenons également compte des inquiétudes exprimées par l'intervenant Howard Krupat, qui a décrit la nature permissive du déblocage hâtif des retenues en Ontario comme un [traduction] « obstacle majeur » à son utilisation. Nous présumons qu'il existe un problème semblable au Nouveau-Brunswick et espérons que l'approche ci-dessus rendra plus accessible le déblocage hâtif des retenues. À notre avis, il s'agit là d'un compromis raisonnable entre l'approche actuelle et celle adoptée, par exemple, en Saskatchewan. Dans cette province, l'attestation des sous-traitances et le déblocage hâtif des retenues sont obligatoires, et toute personne qui reçoit une demande d'attestation, mais qui refuse ou omet d'y donner suite sans excuse valable est responsable envers quiconque, en conséquence, subit des pertes ou des dommages.

En ce qui concerne les architectes et les ingénieurs, nous comprenons le rôle important que jouent ces derniers dans l'attestation de l'exécution substantielle du contrat/l'achèvement des travaux dans le cadre des projets auxquels ils prennent part. Nous sommes d'accord sur le fait que lorsqu'un certificateur

autorisant le paiement, comme un architecte ou un ingénieur, participe au projet, c'est lui qui doit prendre ces décisions. Cependant, tel qu'il a été mentionné précédemment, nous sommes également d'avis que le déblocage hâtif des retenues devrait être plus accessible et que, pour cela, il devrait pouvoir se faire dans le cadre des projets auxquels aucun certificateur professionnel ne participe. Nous constatons que cela est autorisé dans plusieurs autres provinces.

Déblocage des retenues – annuel, échelonné et segmenté

Les intervenants étaient favorables au déblocage annuel, échelonné et segmenté des retenues. L'auteur d'une des observations recueillies a suggéré (et nous sommes d'accord) que de tels mécanismes soient de nature permissive et que le déblocage échelonné ou segmenté s'applique uniquement dans le cadre de projets désignés, par exemple, de ceux évalués à plus de 20 000 000 \$ et/ou d'une durée initiale de plus de 2 ans. Ces limites sont semblables à celles établies dans d'autres provinces. En Ontario, par exemple, le déblocage annuel et échelonné est autorisé si le contrat s'étale sur plus d'un an et permet ce type de déblocage, si le prix du contrat est supérieur au « montant prescrit » (actuellement fixé à 20 000 000 \$) et s'il n'existe aucun privilège (ou si ceux-ci ont été purgés). La Saskatchewan et Terre-Neuve-et-Labrador permettent le déblocage annuel dans le cas des contrats dont le calendrier d'achèvement s'étale sur plus de 1 an et le prix est supérieur à 25 000 000 \$ et à 20 000 000 \$, respectivement.

Fiducies de construction

Nous avons reçu peu de commentaires sur la question des fiducies de construction. L'ABC-N.-B. a convenu que des mesures devraient être prises pour consigner les fonds en fiducie ou en assurer autrement le suivi dans les cas d'insolvabilité, mais ne s'est pas prononcée par ailleurs sur les propositions faites. D'autres ont convenu qu'il est nécessaire de protéger les fonds en fiducie en cas d'insolvabilité, préférant les comptes en fiducie de retenue au modèle comptable semblable à celui de New York récemment adopté en Ontario. En outre, les intervenants étaient favorables à l'introduction de fiducies du propriétaire et du fournisseur.

Mécanisme simplifié de règlement des différends

Petites créances

Nous attirons d'abord l'attention sur deux améliorations apportées depuis le dernier numéro du *Bulletin de la réforme du droit*. Premièrement, la somme relevant de la compétence de la Cour des petites créances du Nouveau-Brunswick a été augmentée à 20 000 \$. Deuxièmement, suivant la recommandation formulée dans le cadre de l'Examen d'experts, la loi ontarienne a été modifiée de manière à ce que les revendications de moins de 25 000 \$ soient renvoyées devant la Cour des petites créances (en date du 1^{er} juillet 2018; voir l'art. 58 de la *Loi*). (Il est important de rappeler qu'une procédure de renvoi est requise, étant donné que les cours supérieures ont compétence finale sur les questions touchant les revendications de privilèges.) Il semble que les revendications se chiffrant entre 25 000 \$ et 100 000 \$ continueront de suivre la procédure normale (les responsables de l'Examen d'experts ont recommandé l'adoption d'une procédure simplifiée pour de telles revendications).

La suggestion voulant que le Nouveau-Brunswick adopte un processus étagé de résolution des différends a suscité des réponses positives. À l'heure actuelle, nous envisageons de recommander une approche semblable à celle adoptée en Ontario et à celle proposée en Nouvelle-Écosse.

L'approche de l'Ontario peut se résumer comme suit. L'une ou l'autre des parties peut demander le renvoi, sur motion, après la présentation de tous les exposés de la défense ou après l'expiration du délai imparti pour ce faire. Si l'affaire est bel et bien renvoyée devant la Cour des petites créances, le juge qui

en est chargé jouit des pouvoirs et de l'autorité conférés à la Cour supérieure de justice et peut tenter de régler complètement l'affaire et toutes les questions connexes. Les conclusions du juge de la Cour des petites créances sont consignées dans un rapport, qui est ensuite examiné par un juge de la Cour supérieure de justice, qui peut confirmer ce rapport, le rejeter ou y apporter des modifications. Si le rapport est confirmé, une motion peut être déposée pour contester ce dernier; les rapports non contestés sont réputés confirmés à l'expiration d'un délai de 15 jours suivant la date à laquelle le rapport a été signifié. (Voir les règles 54 et 55 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, qui sont semblables à la règle 56 en vigueur au Nouveau-Brunswick).

L'approche adoptée par la Commission de la réforme du droit de la Nouvelle-Écosse (Law Reform Commission of Nova Scotia) pour amorcer la procédure de renvoi est légèrement différente (nous préférons cette approche). Selon la Commission, les renvois ne devraient pas [traduction] « demander tout le cérémonial entourant les motions officielles », qui nécessiterait l'aide d'un avocat. Elle a plutôt recommandé que les parties soient autorisées à choisir simplement de renvoyer l'affaire devant la Cour des petites créances, au moment où elles présentent leur demande ou leur défense. Toutefois, l'autre partie pourrait s'opposer à cette décision en adressant une motion à la Cour suprême ou la Cour suprême pourrait s'y opposer de sa propre initiative. Pour s'assurer que les parties plus fortunées ne tirent pas avantage de ce mécanisme en forçant le renvoi d'une affaire devant la Cour suprême, la Commission a recommandé que la Cour adopte une approche restrictive à l'égard des objections : lorsqu'un renvoi est demandé, il s'agit là de l'option présumée et la demande ne devrait pas être rejetée à moins qu'il puisse être démontré que l'affaire ne peut *clairement* pas être instruite par la Cour des petites créances. La Commission a également suggéré que la Cour suprême ait la possibilité de rédiger une ordonnance adaptée à la situation; par exemple, elle pourrait renvoyer certaines questions devant la Cour des petites créances et s'en réserver d'autres sur lesquelles elle devra statuer.

Nous encourageons les lecteurs à nous faire part de leurs suggestions quant à la façon de rendre les renvois devant la Cour des petites créances simples et efficaces (en gardant à l'esprit le fait que le renvoi proprement dit ne peut pas être évité).

Pour terminer, en ce qui concerne la question de la procédure, à partir du 1^{er} juillet 2018, la plupart des dispositions législatives de l'Ontario qui régissent la procédure relative aux revendications de privilèges seront transférées dans les [règlements](#). Nous favorisons une approche semblable.

Droit d'accès aux renseignements

Nous avons suggéré précédemment d'étendre les obligations de divulgation énoncées à l'article 32. L'ABC-N.-B. était favorable à l'idée, soulignant la nécessité d'établir une façon de demander une copie de tout cautionnement de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux. L'ABC-N.-B. a également suggéré de clarifier les exigences relatives à l'état des comptes. Un groupe de l'industrie a appuyé avec réserve cette suggestion, soulignant la nécessité d'établir un équilibre entre le droit d'accès aux renseignements et le droit à la vie privée. Ce groupe était favorable à l'idée d'exiger que les parties à un contrat communiquent le prix du contrat, des copies des cautionnements de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux, ainsi que l'état des comptes (précisant qu'une liste explicite de ce qui constitue un « état des comptes » serait également utile).

En outre, il a été suggéré de supprimer l'exigence selon laquelle les « clauses de l'accord » doivent être communiquées, puisque celle-ci est vague, et d'éliminer la nécessité de fournir des copies des contrats, compte tenu des autres renseignements qui sont ou seront disponibles. Un entrepreneur a laissé entendre qu'il serait difficile et coûteux en temps, pour la plupart des entrepreneurs, de se soumettre à des obligations de divulgation plus poussées.

Certains intervenants étaient favorables à l'idée d'établir une limite de temps pour répondre aux demandes de renseignements et d'autoriser les ordonnances de divulgation, à condition qu'il soit clair que le tribunal peut, à sa discrétion, *ne pas* rendre une telle ordonnance.

Cautionnements

Les réponses obtenues sur la question du cautionnement étaient mitigées. Certains intervenants étaient d'avis que le Nouveau-Brunswick ne devrait pas adopter un régime « d'abstention », alors que d'autres pensaient qu'il valait la peine d'envisager cette option, à condition que la garantie offerte en échange protège adéquatement les intervenants. En outre, il a été suggéré qu'il serait bénéfique pour l'industrie de reconnaître explicitement dans la *Loi* le fait que les cautionnements de retenue de garantie pourraient être utilisés pour permettre aux propriétaires de débloquer les fonds des retenues. Nous continuons d'examiner la question et sommes ouverts à d'autres suggestions.

Autres questions liées à la modernisation

Immunité de la Couronne

Le Nouveau-Brunswick est l'une des trois seules provinces (avec Terre-Neuve-et-Labrador et l'Alberta) où la Couronne provinciale bénéficie de l'immunité générale à l'égard de la loi régissant le privilège des constructeurs. Dans les autres provinces, la Couronne détient généralement les mêmes droits et responsabilités que tout autre « propriétaire ».

Nous prévoyons recommander que le Nouveau-Brunswick limite la portée de l'immunité de la Couronne. La Nouvelle-Écosse offre un modèle de réforme utile. Le 1^{er} janvier 2005, la loi de la Nouvelle-Écosse (*Builders' Lien Act*) lie la Couronne provinciale. Toutefois, au lieu d'un privilège se rattachant aux biens ou aux intérêts fonciers de la Couronne, la loi confère une charge grevant les retenues. L'avis de privilège est signifié au ministère de la Justice et un préavis écrit de 30 jours est requis avant qu'une action pour parfaire un privilège puisse être entamée. Les améliorations aux routes ou aux voies publiques continuent toutefois d'être exemptées de cette obligation.

L'ABC-N.-B. s'est dite favorable à ce changement.

Simplification du régime de garantie de paiement

Élimination du processus de réclamation prévu dans la Loi sur les contrats de construction de la Couronne

La garantie de paiement au sein de l'industrie de la construction au Nouveau-Brunswick est administrée selon deux régimes différents : les projets « publics » (ceux où la Couronne est propriétaire) régis par la *Loi sur les contrats de construction de la Couronne* (« LCCC ») et les projets « privés » assujettis à la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*. À l'heure actuelle, seule l'Alberta privilégie une approche semblable.

La LCCC a été édictée en 1972 en réponse à des plaintes alléguant qu'en raison de l'immunité de la Couronne par rapport à la *Loi*, les fournisseurs de services ou de matériaux impayés dans le cadre de projets publics n'avaient aucun recours si un entrepreneur général se trouvait en défaut de paiement. La LCCC visait à corriger cette lacune. Élaborée sur le modèle de la *Public Works Creditors Payment Act* de l'Ontario, cette loi prévoyait un système de garantie de paiement parallèle dans le cadre des projets relevant du secteur public. Ce système intégrait un processus permettant au gouvernement (sans qu'il y soit contraint) de payer directement les sous-traitants et les fournisseurs impayés (voir l'art. 7).

Peu de temps après que la LCCC eut été proclamée au Nouveau-Brunswick, l'Ontario a abandonné cette double approche à l'égard des garanties de paiement dans l'industrie de la construction, en abrogeant la *Public Works Creditors Payment Act* et en rendant simplement sa loi sur le privilège exécutoire contre la Couronne.

À notre avis, si la nouvelle *Loi sur la construction* (remplaçant la *Loi*) venait à lier la Couronne, le processus de réclamation distinct prévu dans la LCCC ne serait plus nécessaire. À la place, les fournisseurs de services ou de matériaux impayés dans le cadre de projets publics pourraient, tout comme les fournisseurs participant à des projets privés, compter sur les recours prévus dans la nouvelle *Loi* (ou sur tout cautionnement de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux, le cas échéant).

Cette façon de procéder permettrait d'améliorer l'uniformité au sein de l'industrie de la construction au Nouveau-Brunswick, d'harmoniser les pratiques du Nouveau-Brunswick avec celles des autres provinces et de simplifier un domaine du droit complexe. Elle permettrait également d'éliminer une source de confusion dans le cadre des partenariats public-privé (P3), qui ne cadrent pas très bien dans la LCCC ni dans la *Loi*.

Cautionnement dans le cadre des projets publics

Nous pensons également à recommander des modifications au cautionnement prévu dans le cadre des projets publics. À l'heure actuelle, les soumissionnaires qui se voient attribuer un contrat prévoyant des travaux d'une valeur estimée à 500 000 \$ ou plus doivent verser un cautionnement d'exécution et un cautionnement de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux équivalant tous deux à 50 % de la valeur de la soumission (Règlement général – Loi sur les contrats de construction de la Couronne, art. 15). À notre avis, le cautionnement devrait être utilisé davantage dans le cadre des projets publics. Nous nous appuyons ici sur les modifications récentes apportées à la loi ontarienne (voir la partie XI.1), de même que sur la pratique qui a cours aux États-Unis.

À compter du 1^{er} juillet 2018, l'Ontario exigera que les entrepreneurs qui concluent un marché public évalué à plus de 250 000 \$ versent au propriétaire un cautionnement d'exécution et un cautionnement de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux. Dans le cas des marchés de moins de 100 000 000 \$, la limite de garantie est fixée au moins à 50 % du prix du contrat, et pour les marchés de plus de 100 000 000 \$, cette limite est de 50 000 000 \$. La protection qu'offrent les cautionnements de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux doit également s'étendre aux sous-traitants et aux personnes qui fournissent de la main-d'œuvre et des matériaux pour l'amélioration. Les mêmes règles s'appliquent, sauf quelques modifications, dans le cadre des projets faisant l'objet d'une « diversification des modes de financement et d'approvisionnement ».

Aux États-Unis, des cautionnements de paiement sont exigés dans presque tous les projets de construction publics évalués à plus de 100 000 \$. Au sein des différents États, les seuils établis varient – certains États exigent des cautionnements dans le cadre de tous les marchés, alors que d'autres ont fixé des seuils allant de 20 000 \$ à 200 000 \$ – mais tous ces seuils sont considérablement moins élevés que ceux prévus au Nouveau-Brunswick.

Enfin, nous cherchons également à déterminer si les fournisseurs de services ou de matériaux impayés devraient être *tenus* de présenter une réclamation sur le cautionnement plutôt que d'exercer leurs droits de privilèges, dans les cas où un cautionnement de paiement a *effectivement* été versé dans le cadre d'un projet où la Couronne est « propriétaire ».

Règlement rapide et arbitrage

Commençons par un bref compte rendu.

En janvier 2018, le gouvernement fédéral a annoncé que les services de Bruce Reynolds et de Sharon Vogel, les auteurs de l'Examen d'experts de l'Ontario, avaient été retenus dans le but d'entreprendre un processus de consultation semblable. Leurs recommandations auront pour but « d'orienter la mise en place d'une solution législative efficace », qui facilitera le règlement rapide et l'arbitrage dans le cadre des contrats de construction fédéraux. Il semble que le projet de loi S-224, *Loi sur les paiements effectués dans le cadre de contrats de construction*, qui n'a pas encore été examiné en première lecture par la Chambre des communes, ne sera pas adopté.

En Ontario, les modifications autres que de fond et celles d'ordre administratif apportées à la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* sont entrées en vigueur, et quatre [projets de règlement](#) ont été publiés. Les modifications de fond *autres que* celles relatives au règlement rapide et à l'arbitrage entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2018, alors que celles portant sur ces deux derniers enjeux prendront effet le 1^{er} octobre 2019.

Règlement rapide

Le régime de l'Ontario

Nous sommes d'avis qu'un régime de règlement rapide semblable à celui de l'Ontario devrait être adopté au Nouveau-Brunswick. Comme en Ontario, ce régime devrait s'appliquer à tous les projets de construction (des rénovations résidentielles mineures aux P3), aussi bien au sein du secteur public que privé, et ce, à tous les échelons de la pyramide de la construction (à l'exception des salaires). Les principaux éléments du régime de l'Ontario (décrits à la [partie I.1](#) de la *Loi* ontarienne) peuvent être résumés comme suit.

L'élément qui justifie le paiement est la remise au propriétaire, par l'entrepreneur, d'une « facture en bonne et due forme ». Sauf stipulation contraire du contrat, des factures en bonne et due forme doivent être remises au propriétaire mensuellement (par. 6.3(1)). La *Loi* ontarienne définit en détail les renseignements que doit contenir la facture, mais permet également d'ajouter d'autres exigences en les précisant dans le contrat (art. 6.1). En règle générale, les parties sont libres de s'entendre sur les conditions de paiement (p. ex. autoriser les paiements d'étape). Toutefois, la remise d'une « facture en bonne et due forme » ne peut pas dépendre de la certification préalable par la personne qui autorise le paiement ou de l'approbation préalable du propriétaire (certaines exceptions s'appliquent) (par. 6.3(2) et (4)). La certification ou l'approbation du propriétaire peut, toutefois, être exigée *après* qu'une facture en bonne et due forme a été remise (par. 6.3(3)).

Après avoir reçu la « facture en bonne et due forme », le propriétaire dispose d'un délai de 28 jours pour payer l'entrepreneur, à moins que dans les 14 jours suivant la réception de la facture, il ne transmette à ce dernier un avis de non-paiement (par. 6.4(1)). Cet avis (formulaire 1.1) doit préciser le montant qui ne sera pas payé et les raisons du non-paiement (par. 6.4(2)). Tout montant dû *non* contesté doit tout de même être payé dans un délai de 28 jours (par. 6.4(3)).

Après avoir reçu le paiement du propriétaire, l'entrepreneur dispose d'un délai de 7 jours pour payer le montant qu'il doit à chacun de ses sous-traitants ayant fourni des services ou des matériaux qui ont été inclus dans cette facture en bonne et due forme (par. 6.5(1) et (2)). Si le propriétaire *ne paie pas*, l'entrepreneur doit tout de même payer ses sous-traitants au plus tard 35 jours après avoir remis la facture en bonne et due forme au propriétaire (par. 6.5(4)). Toutefois, ces 2 délais de paiement sont

subordonnés à la remise, par l'entrepreneur, d'un des 2 avis de non-paiement suivants à ses sous-traitants (par. 6.5(5) et (6)) :

- Si le propriétaire ne paie pas (formulaire 1.2) – L'avis doit indiquer le montant qui ne sera pas payé dans le délai précisé pour cause de non-paiement de la part du propriétaire. Une copie de l'avis de non-paiement donné par le propriétaire doit être jointe au formulaire, qui doit préciser la date de remise de la facture en bonne et due forme (par. 6.5(5)). L'entrepreneur doit également s'engager à soumettre la question à l'arbitrage intérimaire au plus tard 21 jours après la remise de l'avis.
- Si l'entrepreneur conteste le droit au paiement (formulaire 1.3) – L'avis doit indiquer que l'entrepreneur conteste le droit d'un sous-traitant au paiement d'un montant inclus sur la facture en bonne et due forme et préciser le montant qui ne sera pas payé ainsi que toutes les raisons du non-paiement (par. 6.5(6)).

L'entrepreneur ayant reçu un avis de non-paiement du propriétaire dispose d'un délai de 7 jours, suivant la réception de cet avis, pour donner son propre avis. Si le propriétaire *ne* lui a pas donné cet avis, l'entrepreneur dispose alors d'un délai de 35 jours, à compter de la date de remise de sa « facture en bonne et due forme », pour signifier cet avis à ses sous-traitants (par. 6.5(7)). La Loi ontarienne établit également les règles à suivre dans les cas où le propriétaire n'a effectué qu'un paiement partiel et qu'il existe plusieurs sous-traitants, qui peuvent ne pas tous être en cause dans le différend (par. 6.5(2) et (3)).

Les obligations de paiement des sous-traitants sont très semblables à celles des entrepreneurs. Une fois qu'un sous-traitant a été payé, il dispose d'un délai de 7 jours pour payer ses sous-sous-traitants (par. 6.6(1) et (2)). Si le sous-traitant n'a pas été payé ou n'a reçu qu'un paiement partiel, il doit tout de même payer ses sous-sous-traitants dans un délai de 42 jours (par. 6.6(4) et (5)). Toutefois, comme précédemment, ces 2 délais de paiement sont subordonnés à la remise d'un avis de non-paiement (par. 6.6(6) et (7), formulaires 1.4 et 1.5). La seule différence importante entre les règles qui régissent les avis donnés par les entrepreneurs et ceux remis par les sous-traitants réside dans le fait que les sous-traitants n'ont pas à soumettre la question à l'arbitrage intérimaire. Les délais applicables aux avis de non-paiement des sous-traitants sont également semblables, mis à part le fait que dans les cas où le propriétaire n'a pas remis un tel avis, le sous-traitant dispose d'un délai de 42 jours, à compter de la date de remise de la facture en bonne et due forme, pour donner son avis de non-paiement à ses sous-sous-traitants (par. 6.6(5)).

Des intérêts devront être payés sur tout montant dû, en vertu des règles qui régissent le règlement rapide (partie I.1), qui n'a pas été payé lorsqu'il était exigible et pour lequel aucun avis de non-paiement n'a été remis (art. 6.9).

Clauses sur les paiements conditionnels

Une question qui n'est pas abordée dans le nouveau régime de l'Ontario, mais dont nous pouvons traiter ici est celle relative aux clauses de « paiement sur paiement seulement ».

Les responsables de l'Examen d'experts ont constaté que les clauses sur les paiements conditionnels (clause du « paiement une fois le paiement reçu » et celle du « paiement sur paiement seulement ») font l'objet de débats au sein de l'industrie et ont été interdites ou restreintes dans plusieurs pays, notamment au Royaume-Uni, en Irlande, en Australie, en Nouvelle-Zélande, ainsi que dans certains États américains. En Ontario, Prompt Payment Ontario (« PPO », une coalition d'associations d'entrepreneurs, de syndicats, de fournisseurs, d'entrepreneurs généraux, de caisses de retraite en fiducie et autres) a

soutenu dans ses observations à l'intention de l'Examen d'experts que les clauses de « paiement sur paiement seulement » devraient légalement être frappées de nullité. Selon PPO, transférer intégralement le risque de non-paiement à l'une des parties sans lien de droit avec le propriétaire ne pourrait se justifier sur le plan éthique ou commercial. (Aux États-Unis, l'American Subcontractors Association a adopté une position semblable.) PPO était prête à accepter les clauses de « paiement *une fois* le paiement reçu », à condition que les responsables du paiement prennent des mesures raisonnables pour assurer le recouvrement.

Les responsables de l'Examen d'experts ont conclu que les clauses de « paiement *une fois* le paiement reçu » devraient être autorisées, à condition que le recours à ces dernières soit limité, en exigeant que des avis de non-paiement détaillés soient donnés, en temps opportun, et que les entrepreneurs se chargent d'entamer les procédures pour contraindre à payer. Toutefois, ils n'ont formulé aucune recommandation en ce qui concerne les clauses de « paiement *sur* paiement *seulement* », et ces dernières ne font pas partie des points abordés dans la version révisée de la *Loi*.

Les approches adoptées sur ce point dans d'autres pays varient. Au Royaume-Uni, toutes les dispositions relatives aux paiements conditionnels sont, par la loi, frappées de nullité, *sauf* dans les cas où le non-paiement est attribuable à l'insolvabilité d'un tiers. Aux États-Unis, la plupart des États autorisent les clauses sur les paiements conditionnels, mais appliquent celles relatives au « paiement sur paiement seulement » uniquement si elles sont explicites. Toutefois, certains États ont légalement entaché de nullité de telles clauses (p. ex. le Delaware et le Wisconsin). Dans d'autres États, leur utilisation a été limitée par la loi ou par les tribunaux pour des motifs d'intérêt public. En Illinois, en Indiana et au Kansas, par exemple, les clauses de « paiement sur paiement seulement » sont autorisées, mais ne peuvent pas être utilisées pour faire échec aux privilèges de construction ou aux réclamations sur le cautionnement. Le Texas autorise également les clauses de « paiement sur paiement seulement », mais interdit l'application de ces dernières dans les cas suivants : le réclamant n'est pas responsable du non-paiement; le réclamant s'y oppose; la relation entre le propriétaire et l'entrepreneur est un leurre; la mise en application constituerait un usage abusif.

Nous sommes enclins à partager l'avis de PPO et à nous interroger à savoir si les clauses de « paiement sur paiement seulement » cadrent avec l'un des principaux objectifs de la *Loi*, c.-à-d. s'assurer que les fournisseurs de services et de matériaux sont payés. Nous envisageons donc d'autoriser les clauses de « paiement *une fois* le paiement reçu », mais d'interdire ou de limiter les clauses de « paiement sur paiement seulement ».

Objections soulevées contre le règlement rapide

En Ontario, les intervenants étaient nombreux à appuyer le règlement rapide, mais tous n'étaient pas de cet avis. Différents intervenants ont dit craindre que le règlement rapide :

- entrave indûment la liberté contractuelle;
- représente un fardeau administratif, en particulier dans le cadre de projets complexes ou de grande envergure;
- ne laisse pas suffisamment de temps pour revoir les factures ou inspecter et certifier les travaux, en particulier dans le cadre de projets complexes ou de grande envergure;
- ne permette pas les compensations lors de travaux non conformes ou force les responsables du paiement à payer pour des travaux jugés non satisfaisants;
- se révèle être une approche « uniformisée » impossible à mettre en œuvre;

- soit incompatible, pour les propriétaires publics, avec les procédures et processus d'approbation existants.

Les responsables de l'Examen d'experts ont soulevé ces préoccupations, mais ont conclu qu'un régime de règlement rapide adapté aux besoins de l'Ontario, combiné à un système de résolution des différends efficace, représenterait malgré tout une amélioration par rapport à la situation actuelle. Ils ont également indiqué avoir tenté de concevoir une approche qui limiterait la liberté contractuelle des parties dans la mesure nécessaire seulement, tout en étant suffisamment souple pour répondre aux besoins divers d'un large éventail d'intervenants.

Nous sommes conscients des préoccupations soulevées ci-dessus, mais sommes d'accord avec l'Examen d'experts. L'expérience acquise dans d'autres pays démontre que les régimes de règlement rapide fonctionnent bien, mêmes s'ils représentent au départ un changement important. Nous nous attendons à ce que l'industrie locale de la construction s'adapte bien au règlement rapide, si cette mesure est adoptée ici, à condition qu'un délai suffisant lui soit accordé. C'est pourquoi nous prévoyons un délai important (en Ontario, près de deux années se sont écoulées) entre la proclamation et l'entrée en vigueur d'un tel régime. En outre, des dispositions transitoires (comme en Ontario) seraient également adoptées afin de « maintenir » les améliorations et les contrats existants (voir l'art. 87.3).

Arbitrage

Presque tous les pays qui ont adopté un règlement rapide ont également établi un régime de résolution provisoire accélérée des différends. Dans le cadre de tels régimes, les parties doivent généralement soumettre leurs différends à un arbitre spécialisé (non-juge), qui rend rapidement une décision exécutoire jusqu'à l'achèvement du projet. L'étendue des différends qui peuvent être soumis à l'arbitrage varie grandement, allant de questions liées aux paiements seulement à tout différend découlant du contrat. Le but est d'empêcher que des différends entraînent des retards ou des arrêts de travail qui se répercuteront jusqu'au bas de la pyramide de la construction, donnant ainsi lieu à un engorgement et (dans bien des cas) à des litiges.

Parmi tous les pays qui ont adopté des dispositions législatives pour régir le règlement rapide, seuls les États-Unis ont choisi de *ne pas* établir également le régime de résolution provisoire des différends correspondant. Là-bas, les parties sont laissées à elles-mêmes pour résoudre leurs différends dans le cadre d'actions en justice ordinaires et composer avec les délais et les dépenses qui viennent avec ces dernières. Cette situation a amené certains commentateurs à s'interroger sur l'efficacité de l'ensemble du régime de règlement rapide américain.

Suivant la recommandation de l'Examen d'experts, l'Ontario a adopté un régime de résolution accélérée des différends fondé sur celui établi au Royaume-Uni, qui connaît depuis longtemps un franc succès. Les principaux détails du régime de l'Ontario sont présentés ci-dessous.

Le régime de l'Ontario

Le régime de l'Ontario, qui est décrit à la [partie II.1](#) de la *Loi* ontarienne, confère aux parties à un contrat ou à une sous-traitance le droit de soumettre à l'arbitrage un sous-ensemble limité de différends en matière de construction :

- l'évaluation des services ou des matériaux;
- le paiement, y compris à l'égard d'un ordre de modification;

- les différends qui font l'objet d'un avis de non-paiement, en vertu des règles qui régissent le règlement rapide;
- certains montants retenus à titre de compensation;
- le versement et le non-versement d'une retenue;
- toute autre question sur laquelle s'entendent les parties ou qui est prescrite.

La *Loi* ontarienne autorise les parties à convenir de leurs propres modalités d'arbitrage intérimaire, à condition que celles-ci respectent les exigences minimales de la *Loi*. S'il y a incompatibilité entre les modalités, ou si le contrat ne traite pas de la question de l'arbitrage, le régime par défaut prévu dans la *Loi* s'applique. Ce régime peut, en bref, être décrit comme suit :

- L'arbitrage intérimaire commence lorsqu'une des parties transmet un avis écrit à l'autre pour l'informer de son intention de soumettre un différend à l'arbitrage. L'avis doit indiquer les noms et adresses des parties, la nature du différend, la réparation demandée et le nom de l'arbitre proposé (la question des arbitres est abordée plus en détail plus loin).
- Les parties peuvent s'entendre sur le choix d'un arbitre ou demander à l'Autorité de nomination autorisée (l'« Autorité », qui sera également examinée plus en détail ci-dessous) d'en nommer un. L'arbitre doit être sélectionné dans une liste tenue à jour par l'Autorité et peut uniquement être choisi une fois le différend survenu (c.-à-d. l'arbitre ne peut pas être désigné à l'avance dans le contrat).
- Sauf accord contraire des parties et de l'arbitre, l'arbitrage intérimaire ne peut porter que sur une seule question, bien que des arbitrages intérimaires distincts traitant de la même question ou de questions connexes puissent faire l'objet d'un arbitrage conjoint. Une question peut être soumise à l'arbitrage intérimaire même si elle fait l'objet d'une action en justice ou d'une procédure d'arbitrage.
- Les arbitres disposent de vastes pouvoirs et d'une grande latitude sur le plan procédural et peuvent mener un arbitrage intérimaire de la manière qu'ils jugent « appropriée dans les circonstances ».

Comme pour le règlement rapide, la *Loi* ontarienne impose de courts délais à chacune des étapes du processus :

- Un arbitre doit consentir à mener l'arbitrage intérimaire dans les quatre jours qui suivent la remise de l'avis d'arbitrage intérimaire. Sinon, la partie qui a remis l'avis doit demander à ce qu'un arbitre soit nommé (cette nomination doit se faire dans un délai de sept jours).
- Au plus tard cinq jours après que l'arbitre a été choisi, la partie qui a remis l'avis d'arbitrage intérimaire doit fournir à l'arbitre une copie du contrat ou du contrat de sous-traitance et les documents sur lesquels elle a l'intention de s'appuyer.
- L'arbitre doit rendre une décision mettant fin au différend (par écrit, avec motifs à l'appui) au plus tard 30 jours après avoir reçu les documents exigés. Le délai imparti peut être prorogé à la demande de l'arbitre intérimaire ou avec le consentement des parties. La décision que l'arbitre intérimaire rend après la date fixée est nulle ou sans effet.
- La partie qui est tenue de payer un montant à une autre partie, aux termes de la décision d'un arbitre intérimaire, doit effectuer le paiement au plus tard dix jours après la communication de la décision aux parties. Des intérêts devront être payés sur les paiements tardifs, et si le montant dû

n'est pas versé, l'entrepreneur ou le sous-traitant concerné a le droit de suspendre les travaux jusqu'à ce qu'il ait été payé.

- La décision de l'arbitre intérimaire sur une question lie les parties jusqu'à ce que la question soit définitivement tranchée par un tribunal ou par voie d'arbitrage, à moins que les parties aient convenu mutuellement que cette décision est obligatoire et définitive. La décision est admissible devant un tribunal et peut être exécutée comme s'il s'agissait d'une ordonnance de la cour.

Les options dont peut se prévaloir toute partie en désaccord avec la décision rendue sont limitées. Cette dernière peut présenter une requête en révision judiciaire, avec l'autorisation requise, mais la décision ne peut être annulée que pour certains motifs déterminés énoncés dans la *Loi*, et il ne peut être interjeté appel d'une ordonnance dans laquelle une motion en autorisation est rejetée. Nous ne savons pas encore quelle attitude les tribunaux canadiens adopteront à l'égard des décisions rendues, mais au Royaume-Uni, les décisions d'arbitrage sont exécutées « rigoureusement », et les tribunaux n'interviennent que dans de rares cas. À condition que l'arbitre réponde à la bonne *question*, la décision est obligatoire et exécutoire jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue en ce qui concerne les droits des parties, *même si la réponse est incorrecte*.

En ce qui concerne les coûts, les parties doivent, par défaut, payer leurs propres frais, à moins que l'une d'entre elles ait adopté une conduite frivole ou vexatoire ou qui n'est pas de bonne foi. Les honoraires de l'arbitre font l'objet d'un accord entre les parties ou sont établis par l'Autorité, conformément au *Règlement*. En règle générale, ces honoraires sont répartis en parts égales. Il n'est pas clair combien coûtera une procédure d'arbitrage au Canada. Il a été signalé dans le cadre de l'Examen d'experts qu'au Royaume-Uni, les 2 plages de coûts les plus courantes sont de 2 500 £ à 5 000 £ et de 15 001 £ à 20 000 £.

Autorité de nomination autorisée

Un élément clé du régime de l'Ontario est l'« Autorité de nomination autorisée ». Cette entité, qui est désignée par le ministre du Procureur général (cela n'a pas encore été fait), a la responsabilité d'exercer un certain nombre de fonctions en rapport avec les arbitres intérimaires. Elle doit notamment : élaborer et superviser des programmes de formation d'arbitres intérimaires; créer et tenir un registre d'arbitres intérimaires qui est accessible au public; établir un barème; tenir à jour le code de déontologie des arbitres intérimaires; nommer des arbitres intérimaires (au besoin); délivrer un « certificat de qualification d'arbitre intérimaire » aux personnes compétentes. Les qualifications requises, qui sont énoncées dans le *Règlement*, comprennent :

- posséder au moins sept ans d'expérience professionnelle pertinente selon l'Autorité dans l'industrie de la construction, ce qui *peut* inclure toute expérience en tant que comptable, architecte, ingénieur, économiste en construction, directeur de projet, arbitre ou avocat;
- réussir les programmes de formation offerts par l'Autorité;
- ne pas être un failli non libéré et ne pas avoir été reconnu coupable d'un acte criminel au Canada ou d'un acte comparable à l'étranger.

Nous constatons que les responsables de l'Examen d'experts de l'Ontario ont recommandé d'*exiger* des arbitres intérimaires qu'ils soient membres en règle d'un ordre professionnel autonome (p. ex. ordre d'ingénieurs, d'architectes, de comptables, d'avocats ou d'économistes en construction).

L'arbitrage est-il la bonne solution pour le Nouveau-Brunswick?

Nous sommes d'avis que si le règlement rapide est adopté au Nouveau-Brunswick, il devrait s'accompagner d'un certain mécanisme de résolution accélérée des différends. Toutefois, nous ne sommes pas certains que le régime de l'Ontario soit la meilleure option.

Notre principale préoccupation réside dans le fait qu'un régime comme celui de l'Ontario, en particulier l'Autorité de nomination autorisée, n'est tout simplement pas réalisable au sein d'une province de petite taille. La Commission de réforme du droit du Manitoba a soulevé cette préoccupation dans son document de consultation publié en février 2018, intitulé [The Builders' Liens Act: A Modernized Approach](#). La Commission y examine différentes questions, notamment si le Manitoba devrait adopter le règlement rapide et, le cas échéant, comment les différends en matière de paiement devraient être résolus. La Commission attire l'attention sur la conclusion de l'Examen d'experts de l'Ontario selon laquelle un régime de règlement rapide, pour être efficace, doit prévoir un processus d'arbitrage « souple ». Toutefois, elle souligne également que le volume et le coût des litiges dans le secteur de la construction en Ontario et au Manitoba ne sont pas comparables. À titre de référence, en 2016, le produit intérieur brut de l'industrie de la construction en Ontario était d'environ 38 milliards de dollars – au Manitoba et au Nouveau-Brunswick, il se chiffrait à 4,3 milliards de dollars et à 1,4 milliard de dollars, respectivement.

Compte tenu du volume beaucoup moins élevé de différends au Manitoba, la Commission s'interrogeait sur le fait de savoir s'il serait plus approprié de voir avant tout à maximiser l'accès aux ressources judiciaires existantes, plutôt que d'introduire un processus d'arbitrage semblable à celui de l'Ontario. En outre, elle a exprimé des préoccupations à l'idée d'apporter des changements au système judiciaire (et d'obtenir des fonds pour ce faire) sans savoir réellement quelle augmentation subira concrètement le volume de différends en matière de paiement. La Commission a suggéré 3 solutions de rechange possibles. Premièrement, les réclamations d'un montant maximal de 10 000 \$ devraient être soumises à la Cour des petites créances. Deuxièmement, des [traduction] « conseillers-maîtres spécialisés hautement qualifiés » devraient être nommés pour s'occuper de tout nouveau litige nécessitant un règlement rapide. Troisièmement, la Commission a suggéré de maintenir le statu quo, au motif que les améliorations prévues aux dispositions sur les fiducies de construction, notamment imposer aux fiduciaires l'obligation de payer rapidement, [traduction] « pourraient être suffisantes ». La Commission a souligné que bien que les auteurs du rapport de l'Ontario aient été [traduction] « particulièrement impressionnés » par les processus d'arbitrage instaurés au Royaume-Uni, les privilèges de construction et les régimes de fiducie n'avaient [traduction] « jamais été abordés dans ce contexte juridique ».

Nous comprenons bien les préoccupations soulevées au Manitoba, mais nous ne sommes pas certains que les solutions de rechange proposées soient forcément meilleures : nous doutons que le processus de règlement par les cours des petites créances soit suffisamment rapide; le Nouveau-Brunswick ne fait qu'un usage limité des conseillers-maîtres; les différences qui feront réellement les changements apportés aux dispositions applicables aux fiducies ne sont pas clairement définies.

Nous attirons l'attention sur le fait que le régime de l'Ontario a également été critiqué par au moins un arbitre ontarien expérimenté, à savoir [Stephen Morrison](#), qui a soulevé des préoccupations concernant les éléments suivants :

- le caractère « uniformisé » du régime, c.-à-d. le fait que les mêmes délais et processus s'appliquent aussi bien à un différend relativement mineur touchant des travaux de rénovation résidentielle qu'à un projet pluriannuel de plusieurs millions de dollars;
- la difficulté à trouver des arbitres qualifiés disponibles suffisamment longtemps;

- le caractère suffisant des honoraires fixés par règlement pour ce qui est d'attirer les arbitres les plus compétents;
- l'absence de garanties de procédure;
- le nombre limité de motifs qui peuvent justifier l'annulation d'une décision;
- les conséquences potentiellement graves auxquelles feront face les propriétaires incapables de payer dans le délai de dix jours imparti, compte tenu du droit des entrepreneurs d'interrompre les travaux;
- le risque que les parties intimées se retrouvent [traduction] « prises au piège ».

Au Royaume-Uni, la possibilité d'un [traduction] « guet-apens » fait partie des quelques problèmes majeurs associés au processus d'arbitrage. Là-bas, les parties intimées se sont plaintes qu'elles n'ont pas été avisées comme il se doit de la totalité ou d'une partie de la réclamation, qu'elles n'ont pas eu droit à un délai suffisant pour l'étudier et y répondre et que les réclamants ont délibérément omis de divulguer de nouvelles preuves et observations, les présentant pour la première fois lors de l'arbitrage dans l'espoir d'en tirer un avantage tactique.

Dans une certaine mesure, la question du guet-apens pourrait être réglée en adoptant des mesures législatives. Nous attirons l'attention, par exemple, sur la loi de la Nouvelle-Zélande, qui confère aux intimés le droit de signifier une réponse écrite dans un délai de cinq jours après avoir reçu la réclamation (les réclamants ont ensuite cinq jours pour répliquer). Le bureau du développement de Hong Kong a formulé deux autres propositions visant à dissuader les réclamants de cacher délibérément de nouvelles preuves ou observations. La première consiste à autoriser les arbitres à ne pas tenir compte de ces nouveaux éléments, dans la mesure où l'intimé ignorait ces derniers (mais aurait dû raisonnablement en être avisé) lorsque l'avis d'arbitrage a été donné. La deuxième consiste à offrir aux arbitres la possibilité de démissionner, s'ils jugent qu'il est impossible de trancher le différend équitablement dans le délai imparti.

Nous serons heureux de recueillir vos commentaires concernant la possibilité d'instaurer ici un régime semblable à celui de l'Ontario ou une version simplifiée de ce dernier. Si un tel régime paraît irréalisable, existe-t-il d'autres mécanismes (qui pourraient s'appuyer sur le modèle de l'arbitrage) susceptibles d'être efficaces? Les solutions de rechange proposées au Manitoba sont-elles viables?