

**Loi sur le privilège des
constructeurs et des fournisseurs de
matériaux: Prête pour l'abrogation?**

Document de travail

**Direction de la réforme du droit
Cabinet du procureur général
juillet 1992**

AVANT-PROPOS

Le but de ce document est de susciter une discussion sur la question suivante: La Loi sur les privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux doit-elle être abrogée? La Direction de la Réforme du droit estime que oui. Toutefois, avant de faire une recommandation définitive au gouvernement, nous aimerions connaître votre opinion à ce sujet.

Les propositions qui sont énoncées dans ce document sont préliminaires. Elles ne constituent la politique ni du ministère de la Justice ni du gouvernement. Elles sont soumises pour étude et commentaires. Les réponses reçues seront prises en considération avant que ne soit préparé un rapport final destiné au ministre.

Les représentations devraient être faites au plus tard le 1^{er} novembre 1992 et transmises à l'adresse suivante:

Le directeur
Direction de la réforme du droit
Cabinet du procureur général
C.P. 6000
Fredericton (Nouveau-Brunswick)
E3B 5H1

Le directeur,



Basil D. Stapleton, c.r.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Le problème de la retenue	8
Solutions à considérer	11
Option 1: Abroger la Loi	11
Option 2: Meilleure observation de la Loi	37
Option 3: Créer des exceptions	39
Option 4: Restructurer le tandem privilège et retenue	43
Option 5: Transformer la Loi en un mécanisme de participation sélective	49
Conclusion	51

**LA LOI SUR LE PRIVILÈGE DES CONSTRUCTEURS ET DES
FOURNISSEURS DE MATÉRIAUX: PRÊTE POUR L'ABROGATION?**

INTRODUCTION

Le présent document soulève deux questions. D'abord, devrait-on abroger la Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux (ci-après la Loi)? Ensuite, dans la négative, que devrait-on faire des dispositions relatives à la retenue, notamment lorsqu'elles portent sur les consommateurs peu conscients ou inconscients de leurs obligations légales? Évidemment, il existe d'autres questions qu'on pourrait soulever à propos de la Loi, et en réponse au présent document, nous serions heureux de les recevoir. Le centre d'intérêt plus restreint mentionné en haut résulte toutefois de la façon dont notre recherche a évolué jusqu'à maintenant.

Notre étude a été mise en branle pour répondre aux observations de l'ombudsman, qui, en 1985, avait enquêté sur les plaintes des propriétaires domiciliaires et reconnu avec eux que la Loi était source d'injustices. La difficulté, selon lui, consistait dans le fait que les propriétaires domiciliaires manquaient d'indications sur l'existence des privilèges de construction. À première vue, cela semblait être un problème mineur qui n'appelait qu'une solution mineure.

Cependant, au fur et à mesure que notre étude progressait, la question de savoir si la Loi devrait continuer à exister paraissait de plus en plus envahissante. Il s'est avéré qu'il était difficile de protéger les propriétaires domiciliaires non informés dans le cadre de la Loi. Pour ce faire, il fallait déroger à d'autres intérêts qu'elle favorise. Mais en examinant les solutions de rechange, nous nous sommes rendu compte, d'abord, que nous n'étions pas certains pourquoi ces autres intérêts nécessitaient une protection législative spéciale, compte tenu surtout de ce que nous avons pu découvrir sur l'application de la Loi dans la pratique. Ensuite, même à l'égard de ceux que la Loi était censée protéger, nous doutions fort vigoureusement qu'elle fût une médaille sans revers. Notre recherche a par conséquent atteint l'étape où deviennent nécessaires la participation et les observations d'autres personnes. Pour le moment, nous pensons, tout bien considéré, que la Loi présente à tout le moins autant de désavantages que d'avantages et qu'elle devrait être abrogée. Si les autres étaient de notre avis, notre travail pourrait alors se terminer ici.

Mais s'ils sont d'avis contraire, la question de l'occupant non informé refait surface et attire notre attention. Dans les pages qui suivent, nous examinerons certaines solutions possibles. Elles sont soumises aux discussions pour ce qu'elles valent, mais aussi dans le contexte de notre question sur l'abrogation possible de la

Loi. Si la Loi mérite d'être retenue dans sa forme actuelle, mériterait-elle toujours de l'être une fois qu'on y avait apporté les modifications pour la protection de l'occupant non informé? La même question pourrait se poser au sujet d'autres problèmes que le public pourrait porter à notre attention concernant la Loi. Il serait utile, pour quiconque le ferait, d'indiquer si ces questions s'ajoutent aux arguments favorisant l'abrogation de la Loi ou si ce sont des points qui pourraient et devraient être corrigés dans le cadre général de la Loi. Dans le dernier cas, nous aimerions recevoir les solutions projetées.

Nous devons signaler qu'au cours de notre étude, nous en sommes venus à considérer la protection du consommateur comme une question de plus en plus fondamentale. La Loi s'applique déjà à une partie seulement des activités de l'industrie de la construction : elle ne lie pas la Couronne, et la construction de routes pour les municipalités en est expressément exclue. On nous dit que ces exceptions représentent une importante partie de l'ensemble des activités de la construction au Nouveau-Brunswick. Nous présumons que les contrats mettant en cause les propriétaires domiciliaires peuvent représenter une fraction considérable du reste, bien que chaque contrat individuel puisse ne pas être très important. Si tel est le cas, les modifications relatives aux propriétaires domiciliaires pourraient modifier considérablement la portée de la Loi.

Ces modifications semblent toutefois être absolument justifiées. L'information à notre disposition suggère que la grande majorité des propriétaires domiciliaires ne connaissent pas la Loi et, bien souvent, ceux qui la connaissent n'en tiennent pas compte, parfois sciemment, parfois dans l'optique de ce qu'ils pourraient considérer comme des contraintes. La Loi est également susceptible de causer des injustices dans son application. Toutefois, la justification du changement réside moins dans la survenance même des injustices qui, serions-nous portés à croire, est relativement peu fréquente, que dans le très large fossé qui, d'après nous, sépare le comportement des gens et la loi.

D'après notre étude de la jurisprudence néo-brunswickoise, nous soupçonnons qu'un fossé tout aussi large puisse souvent exister dans le cas des travaux de construction qui ne concernent pas les propriétaires domiciliaires. Plusieurs des causes n'auraient pas pu se produire comme elles l'ont fait, à moins que, même dans le secteur commercial, une bonne partie des activités s'effectuent comme si la Loi n'existait pas, celle-ci n'étant rien d'autre qu'une éventuelle pensée après coup si les choses tournent mal. Que la Loi ne soit qu'une pensée après coup n'a évidemment rien d'inhabituel. Il est probablement normal que les gens ne prêtent attention à leurs recours juridiques qu'en cas de besoin. Ce qui est différent à propos de la Loi en tant que pensée après coup c'est que, lorsqu'elle est invoquée dans les

cas où les parties ne l'ont pas expressément prévu, elle impose une série de droits et d'obligations qui est probablement bien différente de ce qu'envisageaient les parties au moment de la conclusion du contrat. Qui plus est, elle le fait de façon rétroactive, car les parties découvriront que des mesures telles les retenues auraient dû être prises depuis longtemps. Dans ces circonstances, la Loi constitue davantage un piège pour les gens imprévoyants qu'une protection pour les gens qui en ont besoin. Il se peut bien qu'il y ait relativement peu de cas où la mise en oeuvre des mesures prévues dans la Loi est invoquée. Cela ne constitue pourtant pas un solide argument en faveur de la Loi. Nous avons plutôt tendance de considérer cela comme une indication que dans l'ensemble, la vie continuerait comme avant, avec l'abrogation. Après tout, les règles qui seraient abrogées sont celles que les gens ne suivent pas ordinairement.

Certains, évidemment, prennent la Loi au sérieux. Notre impression toutefois est qu'il s'agit de gens qui ont le moins besoin d'elle: ce sont des gens qui disposent de ressources juridiques et financières qui leur permettent de défendre leurs propres intérêts, et ils le feraient même en l'absence de la Loi. En effet, en recourant à des mécanismes tels que le cautionnement, ces gens obtiennent apparemment une protection plus étendue que celle prévue par la Loi. À l'inverse, les personnes qui, à n'en pas douter, ont le plus besoin de protection légale - les employés, dont le gagne-pain dépend

des contrats et de la solvabilité d'autrui -- ne semblent faire presque aucun usage de la Loi. Dans notre recherche relative au présent document, après avoir examiné la jurisprudence rapportée au Nouveau-Brunswick sur une période de vingt-cinq années, nous avons identifié un seul cas portant sur la revendication d'un privilège garantissant le paiement de salaires. Nous avons aussi examiné brièvement tous les privilèges de construction déposés en 1990 et 1991 dans les trois bureaux de l'enregistrement situés à proximité de Fredericton : les bureaux des comtés de York, de Sunbury et de Queens. Aucun privilège garantissant le paiement de salaires n'y a été déposé. La seule chose qui s'y apparentait était une revendication déposée par un syndicat concernant des paiements qui devaient lui être faits directement d'après une convention collective. Ces paiements avaient trait aux avantages sociaux des membres. Le juge a décidé qu'il s'agissait effectivement d'un privilège garantissant le paiement de salaires (malgré ce que soutenait le titulaire du privilège), mais même là, il ne s'agit manifestement pas d'un cas dans lequel des employés faisaient valoir leurs droits en vertu de la Loi. Tout avantage qu'ils en ont tiré découlait de leur affiliation à une organisation -- le syndicat -- qui rejoint la description en haut d'une personne ayant les ressources financières et juridiques suffisantes pour défendre ses intérêts. Les employés qui agissent seuls, sommes-nous portés à croire, n'obtiennent pratiquement aucun bénéfice de la Loi.

Somme toute, nous soupçonnons que la Loi soit un échec: elle ne réalise tout simplement pas ce qu'elle est censée réaliser. De plus, cet échec est coûteux. Un aspect de ce coût est la possibilité de créer des injustices dans des circonstances semblables à celles des contrats de construction domiciliaire, où la pratique est si peu reliée à la Loi. Ensuite, il y a le coût économique que représente l'observation de la Loi. On avance souvent l'argument que la législation sur les privilèges de construction fait augmenter le coût des projets de construction en ralentissant la circulation des fonds; cela suggère que la Loi peut constituer une gêne plutôt qu'une aide à l'activité économique. Sans doute une certaine gêne pourrait être acceptable en échange d'une plus grande sécurité. Nous soupçonnons cependant que l'augmentation de la sécurité est minimale alors que les coûts et les inconvénients imposés par la Loi sont excessifs en comparaison.

Pour l'instant, notre avis provisoire est que la Loi devrait être abrogée. Nous le disons tout en reconnaissant qu'elle comporte certains éléments qui, théoriquement, paraissent attrayants. Mentionnons par exemple l'idée que les personnes dont le travail et les matériaux créent un objet pour autrui possèdent un certain intérêt acquis dans cet objet tant qu'elles n'ont pas été payées. À cet égard, il y a lieu de comparer la Loi avec des mécanismes tels la notion de fiducie par interprétation judiciaire qui se développe en common law (laquelle, pensons-nous, si la Loi était abrogée, pourrait fort

bien la remplacer dans certaines circonstances). De la même façon, si la Loi était perçue, comme elle pourrait l'être sous certains aspects, comme étant une tentative d'assurer que les fonds disponibles pour un projet parviennent aux mains de ceux qui en ont le plus besoin, elle pourrait, au lieu d'être abandonnée, être considérée comme une loi à développer, une loi dont le champ d'application devrait même être étendu. Notre proposition selon laquelle la Loi devrait être abrogée sans être remplacée reflète donc l'idée que, quelles que soient ses promesses dans ces domaines, la Loi n'arrive pas à les tenir. Tout compte fait, nous soupçonnons que le Nouveau-Brunswick s'en trouverait bien mieux sans elle.

LE PROBLÈME DE LA RETENUE

Comme il a été indiqué précédemment, le problème précis qui nous a été renvoyé pour étude portait sur l'effet des dispositions relatives à la retenue de la Loi sur les consommateurs peu conscients ou inconscients de leurs droits et obligations qui y sont prévus. À première vue, il peut sembler surprenant que cette question apparemment bien définie devrait mener à une enquête sur l'abrogation éventuelle de la Loi. Toutefois, les dispositions relatives à la retenue sont fondamentales, car dans la forme actuelle de la Loi, ces dispositions constituent la contrepartie essentielle de l'existence du privilège que crée la Loi. Le privilège accorde à tous les participants à un projet de construction un droit

direct contre le propriétaire du terrain sur lequel la construction a lieu. La retenue prévoit la protection contre l'exercice de ce droit. La législation sur les privilèges de construction, a-t-on dit, s'inspirent de l'idée selon laquelle les projets de construction impliquent typiquement une chaîne de contrats où plusieurs parties ne peuvent faire valoir aucun droit contractuel contre d'autres. Dans ce contexte, le privilège fournit le moyen par lequel ceux qui se situent à un niveau inférieur de la chaîne obtiennent une certaine protection contre la mauvaise conduite de ceux qui se trouvent placés plus haut. La retenue remplit une fonction inverse, soit celle de protéger le propriétaire contre les parties qui se trouvent à un niveau inférieur de la chaîne. Elle fournit un fonds sur lequel les privilèges peuvent être payés, du moins en partie, tout en protégeant le propriétaire contre le double péril d'avoir à payer à la fois l'entrepreneur et le titulaire de privilège pour le même travail.

Cependant, dans la pratique, comme le montre le problème dont l'ombudsman a saisi le ministère de la Justice, il y a tout lieu de croire que ce beau tandem de privilège et de retenue ne fonctionne pas. Les propriétaires domiciliaires ordinaires, dit-on, ne connaissent pas souvent l'existence possible d'un privilège sur leurs biens ni l'obligation de retenir un pourcentage du prix. En conséquence, ils versent intégralement le prix au constructeur et s'exposent entièrement au risque de devoir encore payer le titulaire de privilège

lorsque ce dernier vient à exercer son privilège. En outre, on suggère que même le propriétaire domiciliaire qui connaît la portée et l'effet de la Loi peut trouver difficile ou désavantageux de s'y conformer. Les constructeurs peuvent ne pas être disposés ni capables d'attendre l'expiration de la période de retenue pour être payés; ils peuvent exiger le paiement intégral pour continuer les travaux. La bonne exécution du contrat dépendra souvent de la possibilité pour chaque partie de faire des compromis en fonction des besoins de l'autre. Encore une fois, le double péril du propriétaire domiciliaire surgit en conséquence: il y aura le privilège, mais il n'y aura pas de retenue.

Selon les indications à notre disposition, au moins, au niveau résidentiel et peut être à un niveau plus général, les exigences de la Loi sont fréquemment inobservées, que ce soit sciemment ou non, volontairement ou à contrecœur. Si tel est le cas, cela reflète sûrement l'insuffisance de la Loi. Si, dans les cas qui, selon nous, constituent probablement la majorité des cas auxquels elle s'applique, les travaux de construction sont effectués sans qu'il soit tenu compte de la Loi -- ou peut-être seulement parce qu'il n'en est pas tenu compte -- et si on considère qu'une injustice est créée parce qu'une tierce partie impayée a fait exactement ce que prévoit la Loi en exerçant son privilège, il y a évidemment quelque chose qui cloche avec la Loi. Il importe donc de décider ce qu'il faut faire à ce sujet.

SOLUTIONS À CONSIDÉRER

OPTION 1 : Abroger la Loi

La solution que nous désirons particulièrement examiner ici est l'abrogation de la Loi. Évidemment, il s'agit d'une mesure plus radicale que celle qu'il serait nécessaire de prendre si on désirait seulement protéger les consommateurs. Toutefois cette protection est beaucoup plus difficile à assurer dans le cadre légal actuel qu'on ne serait porté à le croire. Abroger la Loi aurait certainement pour effet d'éliminer le risque auquel les consommateurs sont actuellement exposés. Cela signifie également qu'il n'y aurait plus lieu de régler tout autre problème qui pourrait nous être signalé en réponse au présent document. Si, par contre, la Loi n'est pas abrogée, elle devrait être maintenue dans une forme qui protège les consommateurs contre le risque qu'elle présente maintenant. Nous décrivons un peu plus loin les genres de modifications que nous avons examinées, et nous accueillerons bien volontiers d'autres suggestions à cet égard. Nous espérons que les opposants à l'abrogation de la Loi, s'il y en a, ne se contenteront pas de motiver leur opposition, mais nous diront également la solution qu'ils préconisent pour régler le problème du consommateur. L'une des questions auxquelles ils devront répondre est celle-ci: est-ce-que la Loi pourrait être modifiée conformément à la solution qu'ils préconisent pour les consommateurs tout en conservant son utilité?

Notre opinion provisoire sur l'abrogation de la Loi est fondée sur deux sources principales. La première a trait à la justification en principe de la Loi et la seconde à la question de savoir si la Loi a réussi à atteindre ses prétendus objectifs. Nos doutes sur ces deux questions sont reliés.

Pour ce qui est du principe qui sous-tend la Loi, la première difficulté provient du fait que nous n'avons pas encore découvert d'énoncé persuasif ou qui fait autorité sur la nature de ce principe. Il existe évidemment beaucoup d'explications dans les jugements, la doctrine, les rapports de Commissions de réforme du droit et ailleurs. Les explications diffèrent, cependant. Certains considèrent parfois la Loi comme une tentative de stimuler l'industrie de la construction et de promouvoir cette activité, d'autres la présentent comme une mesure de protection pour ceux qui sont le plus économiquement vulnérables dans un secteur caractérisé par une insécurité notoire. Certaines explications s'expriment en termes de recouvrement des créances, la Loi étant pratiquement considérée comme un élément du droit de l'insolvabilité. D'autres encore justifient la Loi par l'argument voulant que les rapports juridiques qui se nouent dans l'industrie de la construction soient propres à cette industrie et nécessitent un traitement particulier. Chacun de ces exposés a sans doute quelque mérite : on peut au moins lire la Loi et y voir un lien logique. Néanmoins, leur diversité nous amène à nous demander

quel poids accorder à chacun d'eux. En effet, plus ils deviennent élaborés, plus ils évoquent la rationalisation plutôt que l'explication.

L'incertitude que nous ressentons quant au but réel de la Loi n'est pas non plus diminuée par l'examen des délibérations de l'Assemblée législative lors de l'adoption de la Loi. Le gouvernement d'alors n'était évidemment pas très enthousiaste. Il a présenté le projet de Loi à l'Assemblée législative pour la première fois en 1894, après s'y être opposé à plus d'une reprise dans le passé lorsque le projet de Loi a été présenté par un député. Au cours des débats en 1893, le premier ministre et procureur général A. G. Blair, s'était opposé au projet de loi :

L'hon. M. Blair a signalé qu'il appuierait le projet de loi si on pouvait démontrer que son adoption ne porterait pas préjudice à d'autres catégories. Il a longuement fait valoir que le projet de loi accorderait un monopole aux riches entrepreneurs et n'offrait en réalité aucune protection aux ouvriers ou aux constructeurs et fournisseurs de matériaux.
(Compte rendu, 1893, p. 120.) (traduction)

Un siècle plus tard, cet argument sonne toujours juste.

Lorsque le projet de loi a été présenté l'année suivante, c'est M. Blair qui l'a présenté, bien qu'avec des réserves évidentes.

M. Blair a indiqué que c'était la première fois qu'une telle mesure était présentée comme projet de loi gouvernemental. La présentation du projet de loi faisait suite au très vif désir exprimé partout au pays et à une étude attentive du fonctionnement de lois semblables ailleurs. Tout en étant personnellement en faveur du principe des privilèges, il pouvait avouer librement qu'il avait toujours douté que le principe pût être formulé de manière à éviter de causer de graves préjudices aux parties innocentes. (Compte rendu, 1894, p. 126.) (traduction)

En somme, le gouvernement semble avoir agi contre son propre jugement en présentant le projet de loi, et le fait que le projet de loi a été présenté par suite du "très vif désir exprimé partout au pays" nous amène à nous tourner avec quelque intérêt vers les propos exprimés par le président de la Commission de réforme du droit de l'Australie du Sud à la Commission de réforme du droit de Terre-Neuve en réponse au document de travail sur les privilèges publié par cette dernière en 1988. Il a écrit que la législation sur les privilèges de construction avait été "la vogue juridique pour ainsi dire" en Australie au cours des années 1890, mais que tous les États, sauf l'Australie du Sud, l'avaient abrogé par la suite. Dans la mesure où les débats de 1893 et 1894 à l'Assemblée législative permettent de justifier l'adoption de la loi néo-brunswickoise, il en ressort que la Loi devait promouvoir la cause des privilèges en général -- une fiducie générale par interprétation judiciaire ou une sorte de notion de "part venant de la sueur" -- plutôt que des privilèges de construction en particulier. Le fait que la Loi se limitait au

contexte de la construction était apparemment considéré comme un aspect négatif plutôt que positif, un aspect qui a diminué les plus grands mérites de la Loi au lieu de les promouvoir. Il est certain que les débats ne peuvent appuyer l'argument selon lequel la Loi était une réponse délibérée aux besoins spécifiques des travaux de construction -- fait qui tend à renforcer l'échec des arguments ultérieurs en faveur de la Loi.

Quant au besoin social au Nouveau-Brunswick d'une telle loi à l'époque, nous notons qu'il a fallu attendre quatorze années avant que le premier privilège de construction ne fût enregistré dans le comté de Sunbury et vingt-huit années dans le comté de Queens. Il s'agit pourtant de deux comtés ruraux. Dans le comté de York qui englobe Fredericton, une seule revendication de privilège était déposée en 1894, trois en 1895, aucune en 1896 et une en 1897. Évidemment, on ne se pressait pas à tirer profit de la Loi.

Si on demeure perplexe devant la question de savoir ce qu'était l'intention réelle de la Loi, il n'en reste pas moins qu'on puisse répondre à l'argument voulant que les structures juridiques particulières de la Loi soient une réponse aux circonstances juridiques particulières qui prévalaient dans l'industrie de la construction. Les ouvrages sur les privilèges de construction parlent des contrats de construction en termes de structure pyramidale réunissant les entrepreneurs

généraux, les sous-traitants, les fournisseurs, et ainsi de suite, dans une entreprise commune menant à la production d'une amélioration sur le bien-fonds du propriétaire foncier. Ils mentionnent que l'amélioration est faite à crédit et qu'il y a lieu d'assurer le paiement à ceux qui y contribuent. Ils notent que nombre des parties dans la pyramide ne sont pas liées par un lien contractuel et que, par conséquent, elles n'ont pas qualité pour faire valoir leurs droits à l'égard des autres participants.

Franchement, rien de cela n'est très convaincant. La structure pyramidale par exemple, n'est pas une notion exclusive aux contrats de construction. De nombreux autres procédés de fabrication dépendent de contrats de sous-traitance et de la fourniture de pièces. Certains sont même sur une échelle comparable aux grands projets de construction; comme exemple pertinent pour le Nouveau-Brunswick, mentionnons les gros contrats de construction navale, et la machine à fabriquer du papier décrite dans Beloit Canada Ltd c. Fundy Forest Industries Ltd (1981), 37 R.N.-B. (2^e) 17 n'était certainement pas une petite pièce de matériel: 200 pieds de long, 18 à 20 pieds de haut, 15 à 16 pieds de large, et installée comme partie intégrante d'un moulin à papier en construction. Pourtant elle n'a pas été considérée comme une "amélioration" entrant dans les limites du traitement préférentiel prévu par la Loi.

Nous sommes, en outre, portés à croire que la complexité des contrats importants que laissent entrevoir les descriptions susmentionnées, ne se compare probablement pas aux faits de la plupart des contrats auxquels s'applique la Loi néo-brunswickoise. Cela est d'autant plus vrai, si, comme on nous l'a mentionné, la plupart des gros contrats de construction conclus dans la province sont des projets de la Couronne, ou des projets de construction de routes, auxquels la Loi ne s'applique pas entièrement. Un relevé des revendications de privilège déposées en 1991 dans les comtés de York, Sunbury et Queens suggère certainement qu'il n'y a rien de compliqué dans la plupart des situations où les privilèges de construction sont déposés. Dans presque 40% des cas, les titulaires de privilège faisaient manifestement affaire directement et exclusivement avec les propriétaires; aucune autre partie n'est nommée dans la revendication de privilège comme participant au contrat. Dans environ 10% des autres cas, les titulaires de privilège faisaient directement affaire avec les locataires concernant les améliorations effectuées par ces derniers dans des centres commerciaux. Dans d'autres cas, il semblait que, si on avait fait valoir l'argument, l'entrepreneur aurait pu bien être reconnu comme mandataire du propriétaire dans l'achat des fournitures ou dans la prise des arrangements pour que le travail fût effectué. Les cas où le titulaire de privilège invoquait à plus d'un degré contractuel contre le propriétaire étaient extrêmement rares. Il est vrai que, même dans des situations contractuelles aussi simples que

celles-ci, il peut y avoir un manque de liens entre le propriétaire et, disons, l'employé ou le fournisseur de l'entrepreneur avec qui il fait affaire. Pourtant, ces contrats n'ont rien de complexe ni d'extraordinaire. Ils ont leurs équivalents dans de nombreux domaines autres que celui de la construction. Nous ne sommes pas certains de la raison pour laquelle les travaux de construction auraient besoin d'un régime légal spécial. Si la Loi est destinée à s'appliquer aux "pyramides" complexes comme celles décrites dans les textes, nous suggérons qu'au Nouveau-Brunswick, elle est fondée sur une fausse prémisse. À notre avis, la plupart des contrats auxquels s'applique la Loi néo-brunswickoise n'y ressemblent pas tout simplement.

La suggestion selon laquelle l'amélioration sur le bien-fonds du propriétaire est effectuée à crédit constitue également un élément insolite dans la justification de la Loi. Accorder une marge de crédit, dans le sens d'accorder un délai de paiement, constitue une caractéristique commune à de nombreuses activités commerciales, mais dans le cas de la Loi, le fait d'accorder une marge de crédit de cette manière est requis par la Loi elle-même, qui oblige le propriétaire à retenir 15% ou 20% de tous les paiements jusqu'à soixante jours après l'exécution substantielle des travaux. En outre, dans les circonstances actuelles, on pourrait présumer que le crédit à l'aide duquel la plupart des améliorations sont en grande partie exécutées constitue du crédit dans un sens plus

classique, soit le crédit fourni par des établissements financiers. Ce crédit pourrait être consenti au propriétaire foncier ou à l'un quelconque des participants au projet, et pourrait être garanti ou non. Si la Loi vise vraiment à protéger ceux qui accordent le crédit qui permet au propriétaire foncier de bénéficier d'une amélioration sur son bien-fonds, il semble qu'il y ait peu de raison de limiter la Loi à ceux qui font le travail ou qui fournissent les matériaux. L'un des avantages parfois avancés pour l'adoption des lois sur les privilèges de construction est que celles-ci encouragent la construction en facilitant l'accès au crédit à l'industrie de la construction. Si tel est le cas, c'est certainement une anomalie, car l'une des conséquences de la législation sur les privilèges de construction dont on est certain, c'est d'affaiblir la position du financier.

Qu'en est-il alors du lien de droit et de la garantie que les gens sont payés? Dans de nombreux cas, il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit au droit sur les liens contractuels. S'il y a suffisamment d'argent pour régler toutes les revendications, il importera peu que cela se fasse dans le cadre d'une action fondée sur les privilèges de construction ou par l'entremise d'une série d'actions selon les rangs des liens contractuels. Il est intéressant de noter que, dans presque la moitié des compte-rendus des cas jugés au Nouveau-Brunswick sous le régime de la Loi au cours des vingt-cinq dernières années, les parties étaient

contractuellement liées l'une à l'autre. N'importe quelle autre contribution que la Loi a pu faire dans ces cas, il ne s'agissait certainement pas de surmonter l'absence de liens contractuels. Fait encore plus surprenant, dans 25% des cas seulement, il y avait manifestement un obstacle financier à franchir par application de la Loi, de sorte que le demandeur puisse s'étendre au delà du défendeur insolvable pour intenter une action contre un défendeur qui pouvait le payer. Dans 50% des cas, il n'y avait pas de problème financier - les parties pertinentes étaient apparemment solvables et présentes. Dans un autre 25% des cas, aucune indication n'était donnée d'une façon ou d'une autre. On ne nie pas qu'il y ait des cas où la Loi établit une chaîne de responsabilités qui n'auraient pu être réunies au moyen d'une série de revendications contractuelles. Néanmoins, compte tenu de la jurisprudence publiée au cours des vingt-cinq dernières années, les situations dans lesquelles la Loi est nécessaire au succès du demandeur sont plus rares qu'on pourrait le penser.

La Loi peut-elle donc être présentée, ainsi qu'on le fait parfois, comme une loi favorisant les "petits gars" dans l'univers de la construction? Il se peut que cela soit possible en théorie, plus particulièrement à cause de la priorité spéciale que la Loi accorde aux privilèges garantissant le paiement de salaires. En pratique, cependant, nous doutons qu'on puisse démontrer qu'elle va vraiment dans ce sens.

À notre avis, les "petits gars" se présentent probablement sous deux formes : les employés, vulnérables au sort de leur employeur et sans aucun lien contractuel avec quelqu'un d'autre, et les petites entreprises pour lesquelles un contrat en particulier représente la principale source de revenu pour la période visée au contrat.

Il ne ressort pas de la documentation que nous avons examinée que la Loi soit d'un grand secours aux employés. Nous n'avons relevé, faut-il le répéter, qu'un seul cas dans la jurisprudence des vingt-cinq dernières années que nous avons examinée dans lequel le privilège revendiqué a été manifestement un privilège garantissant le paiement de salaires. Pour les deux années de dépôt aux bureaux de l'enregistrement des comtés de York, Sunbury et Queens, nous n'avons relevé aucun privilège garantissant le paiement de salaires. La seule revendication qui s'en rapproche est le privilège déposé par un syndicat dont les membres travaillaient à un projet de centre commercial, le privilège portant dans ce cas sur des sommes qui, d'après la convention collective, étaient directement payables au syndicat.

Les petites entreprises sont mieux représentées tant dans la jurisprudence qu'en ce qui concerne les privilèges déposés. Malgré cela, elles ne sont que des participants secondaires. Ce n'est pas toujours facile de déterminer d'après les noms figurant au registre des privilèges de

construction si une entreprise est "petite" ou non, mais la connaissance que nous avons des compagnies dans la région de Fredericton nous permet toutefois de dire d'un certain nombre d'entreprises qu'elles ne sont pas petites. Or, celles-ci ont déposé quelque deux-tiers des revendications, ce qui laisse donc, au maximum, le tiers aux petites entreprises.

Manifestement, la petite entreprise n'est pas la principale utilisatrice de la Loi. Il est possible que la Loi ait un certain attrait comme mécanisme de recouvrement des créances (même si on ne peut jamais être sûr que les créances n'auraient pu être recouvrées aussi rapidement au moyen d'autres méthodes de recouvrement), mais selon la jurisprudence ou les privilèges déposés que nous avons examinés, rien n'indique que les "petits gars" de l'industrie de la construction -- employés ou petites entreprises -- seraient considérablement plus vulnérables au non-paiement si la Loi était abrogée.

Cela nous amène à nous demander d'une façon plus générale si la Loi réussit à assurer que ceux qui contribuent aux travaux de construction sont payés, qu'ils soient "petits" ou "gros". C'est à ce point que nos réserves sur les mérites de la Loi passent de la remise en question de ses principes de base à la remise en question de son efficacité. À cette étape-ci, nous présumons, pour les fins du débat, que la Loi représente une tentative justifiée d'accorder un traitement préférentiel à l'industrie de la construction. Mais alors, la

Loi réussit-elle effectivement à assurer la sécurité qu'elle vise manifestement à procurer?

La réponse doit être négative. Loin de nous l'idée de nier que la Loi accorde à certaines parties aux litiges des avantages qui, en son absence, auraient pu profiter à d'autres: il est clair qu'elle crée des gagnants. Cependant, elle crée aussi des perdants, et très souvent il est difficile de prévoir qui seront gagnants et qui seront perdants. Souvent, les actions fondées sur les privilèges de construction se résument en un combat entre différents créanciers constructeurs, le résultat étant de privilégier certains par rapport à d'autres, et il n'existe souvent aucun créancier concurrent non constructeur à écarter en vertu de la Loi. Ainsi, lorsque nous disons que la Loi n'assure pas la sécurité qu'on lui prête parfois, nous utilisons ce terme au sens de fiabilité ou de prévisibilité. En lisant la jurisprudence avec le bénéfice de la sagesse après coup, on peut facilement comprendre les processus qui permettent d'obtenir les résultats que produit la jurisprudence. Cependant, ces résultats sont souvent très difficiles à prévoir avant que le juge ne se prononce et échappent si bien au contrôle des personnes impliquées qu'il est difficile de voir comment on peut faire affaire en se fiant à la Loi pour accorder une protection si les choses tournaient mal.

La Loi prévoit quatre genres de sûreté dont peuvent bénéficier les personnes qui participent à la création d'une amélioration sur le bien-fonds du propriétaire: la fiducie relative aux fonds du projet selon l'article 3, le privilège selon l'article 4, la charge sur la retenue selon l'article 15, et le droit d'exiger une retenue supplémentaire selon l'article 16. En ce qui concerne les deux dernier genres de sûreté, la jurisprudence, qui en traite rarement, n'indique pas leur utilité. Quant à la retenue supplémentaire prévue à l'article 16, certains prétendent que les gens ont peur de l'utiliser, de crainte qu'elle ne fasse plus de mal que de bien si le projet de construction est financièrement précaire. Pour ce qui est de la charge sur la retenue, elle n'aurait probablement que peu de valeur pour deux raisons. D'abord, la Loi ne précise pas la somme qui doit être mise de côté en guise de retenue et, pour cette raison, la charge se confond souvent, en tant que garantie, au privilège et à la solvabilité du propriétaire. Ensuite, même lorsqu'une somme précise est disponible à titre de retenue, les sous-traitants n'y ont accès que dans la mesure où cet argent est imputable à leur contrat de sous-traitance. Ainsi, dans l'affaire R. A. Corbett & Co. Ltd v. Phillips (1973), 5 R.N.-B. (2e) 499, où un sous-traitant avait abandonné un projet à un moment où le propriétaire avait encore en main une retenue de plus de 47,000\$, les créanciers du sous-traitant n'avaient accès qu'à une somme de 2,640\$, en l'occurrence, la portion de la retenue imputable au contrat conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant.

La sûreté dont il est le plus question dans la jurisprudence pertinente est, naturellement, le privilège lui-même. Cependant, comme source importante de sûreté, le privilège présente de graves limites. Sa durée est limitée. Bien qu'il prenne naissance du fait de la loi lorsque le travail a été fait, il expire 60 jours après l'exécution substantielle, à moins qu'au cours de cette période, des mesures ne soient prises pour l'exercer. La nature temporaire du privilège explique probablement pourquoi il y a manifestement une proportion élevée de causes relatives au privilège de construction qui portent sur des questions procédurales. Si des actions peuvent être rejetées pour défaut de déposer un affidavit d'attestation par exemple ou d'enregistrer un certificat d'affaire en instance, le privilège disparaîtra parce que le délai de prescription d'action aura expiré. Les causes portant sur les aspects procéduraux de la Loi font rarement preuve d'un mécanisme légal assurant effectivement la protection des intérêts de ceux qu'elle est censée protéger.

Une autre conséquence de la Loi semble être de compliquer davantage les différends survenant à l'occasion d'un projet de construction. La plupart des causes relatives au privilège de construction, faut-il le répéter, sont, en fait, des conflits opposant des parties liées par des liens contractuels. Ils prennent place dans le contexte de la Loi du fait même de l'existence de celle-ci et parce que, du moins

superficiellement, celle-ci offre aux demandeurs un avantage qu'il serait imprudent de laisser passer. Dans certains cas, le litige aura lieu uniquement en raison de la Loi, peut-être parce qu'un entrepreneur ou un sous-traitant, ayant besoin de déposer le privilège dans les 60 jours de l'exécution substantielle, dépose la revendication de privilège, mettant par conséquent un terme à toutes les activités. L'affaire MacArthur's Paving and Construction Co. Ltd. c. New Era Enterprises Ltd. (1989), 102 R.N.-B. (2^e) 412, semble relever de cette catégorie générale. Deux contrats de construction se chevauchaient au sujet d'un certain bien-fonds, et même si la retenue était apparemment suffisante pour régler toutes les réclamations, des privilèges ont été déposés et les deux revendiquants concurrents se sont trouvés impliqués dans une contestation compliquée sur leur priorité respective. Dans les causes comme Grannan Plumbing and Heating Ltd. v. Simpson Construction (1979), 24 R.N.-B. (2^e) 238, la contribution principale de la Loi semble avoir été de compliquer démesurément un litige qui aurait dû être relativement simple. Dans l'essentiel, le problème semble avoir été un litige entre un entrepreneur et un sous-traitant en plomberie pour déterminer qui était responsable de l'exécution de certains travaux d'excavation. Pourtant, lorsque l'entrepreneur a retenu le coût des travaux d'excavation du plombier, le conflit s'est dégénéré en une action en revendication de privilège mettant en cause le propriétaire et la compagnie de cautionnement et tournait autour de la question de savoir si le

propriétaire pouvait bénéficier d'une clause de renonciation de privilège prévue dans le contrat entre le plombier et l'entrepreneur, mais non dans le contrat entre l'entrepreneur et le propriétaire. Il en résultait un litige compliqué et une complète déformation de ce qui était apparemment un désaccord bien simple.

Ce genre de complications découle de l'aspect administratif du système des privilèges de construction. D'autres proviennent d'une question de fond. Par exemple, l'idée de l'"exécution substantielle", caractéristique importante de la Loi, constitue aussi une source importante d'incertitudes d'ordre pratique. Les privilèges ne peuvent être déposés que dans les 60 jours de l'exécution substantielle, après quoi la retenue peut être répartie, mais à quel moment l'exécution devient-elle substantielle? Les constructeurs peuvent manifestement être surpris par le fait que le délai peut commencer à courir alors qu'il reste encore du travail à faire. (Voir Hub City Renovations Ltd. c. Budd (1988), 94 R.N.-B. (2^e) 69.) Dans une affaire comme W. A. C. Excavators c. Food City Ltd (1986), 71 R.N.-B. (2^e) 186, il s'est avéré que le propriétaire tout comme le constructeur s'étaient trompés quant au moment où les travaux avaient été substantiellement exécutés, le tribunal statuant que le moment était postérieur à celui auquel avait pensé le propriétaire, mais antérieur à celui auquel avait pensé le sous-traitant. Les deux parties courent donc un danger, dépendant du moment

où, par référence à une date à laquelle aucun d'eux ne croit le contrat "substantiellement exécuté", il arrive que le sous-traitant dépose la revendication de privilège. Dans W. A. C. Excavators, une autre question s'est posée: le sous-traitant avait-il déposé sa réclamation dans les 60 jours de l'expiration d'un délai de paiement? Compte tenu des relations contractuelles informelles dans le cadre desquelles le sous-traitant travaillait, le tribunal n'était pas convaincu qu'une période de paiement avait été convenue. Le privilège a par conséquent disparu et le demandeur est demeuré impayé.

Les droits prévus par la Loi en viennent également à dépendre parfois des analyses artificielles et minutieuses de transactions contractuelles. Il s'agira, par exemple, de déterminer, dans le cadre d'un projet de construction, si un entrepreneur en électricité exécute plusieurs travaux séparés ou s'il exécute un seul travail en étapes. (Voir Eddy Hardware (1977) Ltd. v. Keystone Development Co. Ltd. (1975), 13 R.N.-B. (2e) 451). La décision sur cette question déterminera si les parties ont affaire à un seul privilège, correspondant à une somme unique avec une seule date d'exécution substantielle, ou si elles ont affaire à plusieurs privilèges, correspondant à des sommes différentes avec différentes dates d'exécution substantielle. Étant donné la nécessité de déposer la revendication dans les 60 jours, les diverses analyses produisent des résultats complètement différents. Elles ne présentent certainement pas une image favorable du cadre

juridique censément conçu pour assurer que les entrepreneurs et les sous-traitants sont payés. Parfois ils le seront, parfois ils ne le seront pas, mais il est certes difficile de voir comment la Loi puisse leur donner cette tranquillité d'esprit de se sentir en sécurité.

Un autre aspect de la Loi qui devrait nous forcer à nous demander dans quelle mesure les gens peuvent se fier judicieusement à la Loi est que ce sont souvent des événements au delà du contrôle d'une personne qui détermineront si elle est légalement protégée ou non. Par exemple, pour le fournisseur qui procure des matériaux à un sous-traitant, la question de savoir s'il a un privilège ou non dépend du fait si les matériaux ont été fournis dans le cadre d'un projet visant un propriétaire en particulier. Ainsi, les arrangements pris entre le sous-traitant et le fournisseur, et dont le propriétaire peut ne pas être au courant, détermineront si le bien du propriétaire sera grevé. Pareillement, le fournisseur peut ne pas savoir s'il a un privilège. Les matériaux fournis peuvent fort bien être destinés à un projet donné, mais dans certains cas, il sera nécessaire de prouver qu'ils ont, en fait, été utilisés dans ce projet, une éventualité sur laquelle le fournisseur n'a aucun contrôle une fois qu'il a livré les matériaux. Une affaire comme Brunswick Construction Ltée v. Michaud (1979), 26 R.N.-B. (2e) 55, montre qu'un fournisseur peut fournir des matériaux à un sous-traitant dans l'intention précise qu'ils soient utilisés dans le cadre d'un projet donné,

mais que sa revendication éventuelle en privilège disparaîtrait si le sous-traitant mêle ces matériaux avec d'autres. Même le fait de livrer directement des matériaux sur un chantier ne garantira pas au fournisseur la protection du privilège. Cela peut s'expliquer par le fait que l'entrepreneur utilise ces matériaux pour construire du matériel plutôt qu'un bâtiment (p. ex. Dobbelstyn Electric Ltd v. Whittaker Textiles (Marysville) Ltd (1976), 14 R.N.-B. (2e) 584) ou parce que les matériaux, bien qu'ils soient utilisés au cours de la construction et deviennent inutiles par la suite, ne finissent pas par être incorporés dans le bâtiment achevé (p. ex. le bois utilisé dans la construction de coffrages à béton pour un sous-sol, puis enlevé du chantier: R. A. Corbett & Co. Ltd v. Phillips (1972), R.N.-B. (2e) 499). Souvent, cependant, cela peut être une question de pure chance que des matériaux donnés provenant d'un fournisseur en particulier finissent par être incorporés dans un bâtiment.

Il semble également peu vraisemblable que les fournisseurs, les sous-traitants, et autres, disposeraient de renseignements détaillés sur l'état de financement d'un projet par hypothèque. Cette question est importante parce que, aux termes du paragraphe 9(2), une hypothèque antérieure a priorité sur les privilèges, "mais seulement dans la mesure où le montant total des versements ou des avances faits ... ne dépasse pas la valeur du bien-fonds au moment où cette avance ou ce versement est fait". Cette disposition s'est appliquée

aux titulaires de privilège dans une affaire comme Dobbelstyn Electric Ltd v. Whittaker Textiles (Marysville) Ltd (1976), 14 R.N.-B. (2e) 584. Il s'agissait de rénovations d'une usine qui ont rencontré des difficultés financières. Les rénovations avaient été financées par la Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick, qui avait promis une somme de 1 500 000\$ moyennant une débenture qui accordait, entre autres, une hypothèque et une charge fixes et spécifiques. Il fallait d'abord décider si cette débenture était "un transfert, une hypothèque ou autre charge", car sinon, elle ne bénéficierait pas de la priorité. Le tribunal a statué par l'affirmative. Ainsi, la Commission prenait rang avant les titulaires de privilège jusqu'à concurrence de la valeur du bien-fonds lorsque ses avances avaient été faites, laquelle s'était élevée à une somme d'environ 987 000\$. Il est difficile d'imaginer que les titulaires de privilège aient eu la moindre idée, à quelque moment que ce soit, de l'état de l'hypothèque ou de la valeur du bien-fonds, bien que ces éléments fussent essentiels à leur sûreté.

Pour compliquer encore davantage les choses dans l'affaire Dobbelstyn, la position de la Commission des accidents du travail posait aussi un problème. Elle était créancière judiciaire de la défenderesse à l'égard du solde impayé des cotisations de cette dernière. Le juge Stevenson a décidé ce qui suit à propos de la position de la Commission des accidents du travail:

L'effet combiné de l'article 72 de la Loi sur les accidents du travail et de l'article 51 de la Loi sur les biens est de conférer à la Commission des accidents du travail un privilège grevant les biens de la défenderesse et prenant rang après la garantie détenue par la Commission des finances industrielles, mais avant les revendiquants de privilège qui ont eu gain de cause.

La Commission des finances industrielles prenant rang en partie avant et en partie après les titulaires de privilège, la position de la Commission des accidents du travail était incertaine. Le juge Stevenson a statué ainsi: si la Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick avait avancé une somme maximale de 987 000\$, la Commission des accidents du travail prendrait rang avant les titulaires de privilège, mais si la Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick avait avancé une somme supérieure à 987 000\$, la Commission des accidents du travail prendrait totalement rang après les titulaires de privilège. Ici encore, on se rend compte que la protection qu'offre la Loi aux titulaires de privilège dépend des faits qu'ils ne peuvent connaître et qui échappent à leur contrôle. Certes, on peut voir les conséquences de la Loi après coup, en rétablissant l'ordre des priorités et déterminant quels créanciers seront payés. Il est difficile de croire, cependant, que le résultat est suffisamment prévisible pour que l'une ou l'autre des parties puisse vraiment faire quoi que ce soit lorsqu'elle se fie effectivement à la prétendue sûreté de la Loi.

Le dernier des principaux éléments de protection qu'offre la Loi est la fiducie prévue à l'article 3. L'analyse de la fiducie est semblable à bien des égards à l'analyse du privilège lui-même. En termes abstraits, et en supposant que la protection spéciale pour les contrats de construction soit souhaitable, la fiducie, pourrait-on faire valoir, possède certains avantages. L'idée que des fonds destinés à un projet puissent être retenus et utilisés pour payer les participants au projet va bien avec le concept de "pyramide" qui sert souvent à expliquer la Loi. Les difficultés, cependant, proviennent de la pratique. Ici encore, tout comme pour le privilège, on peut à juste titre mettre en doute tant la protection qu'accorde la fiducie que la question de savoir si elle le fait avec suffisamment de prévisibilité pour réconforter quiconque. Les dispositions relatives à la fiducie n'ont pas donné lieu à de nombreux litiges au Nouveau-Brunswick, ainsi l'examen sera bref.

Pour ce qui est du degré de protection qu'accorde la fiducie, un facteur important est que le détenteur des fonds a toute latitude pour décider de leur affectation parmi les divers destinataires légitimes. Par conséquent, les bénéficiaires de la fiducie ne jouissent pas d'une protection égale puisque le détenteur des fonds peut décider lesquels parmi eux auront l'argent, et il pourra même décider de payer ses propres dépenses d'abord (Fundy Ventilation Ltd. c. Brunswick Construction Ltd. (1982), 40 R.N.-B. (2e) 484).

Quant à l'imprévisibilité de la fiducie, nombre de ses caractéristiques sont comparables à celles du privilège. Par exemple, le fournisseur de matériaux n'est un bénéficiaire de la fiducie que si la fourniture est destinée expressément à un contrat en particulier de manière à faire naître le privilège: Re Johnson Construction (1983), 52 R.N.-B. (2e) 219. Les fournisseurs peuvent donc ne pas savoir s'ils sont protégés. Tout comme dans le cas du privilège, ils peuvent perdre leur protection en raison d'événements au delà de leur contrôle.

Les détenteurs de fonds en fiducie sont, semble-t-il, dans une position particulièrement difficile. Ils peuvent ne pas savoir qui sont les bénéficiaires éventuels et courent le risque d'utiliser les fonds de la fiducie à d'autres fins alors qu'ils peuvent ignorer si des obligations fiduciaires existent encore. Une autre source de responsabilité découle du fait que la fiducie demeure même après l'expiration du délai de dépôt des revendications. Sur ce point particulier, voir Harding Carpets Ltd. c. Saint John Tile & Terrazzo Co. Ltd. (1988), 87 R.N.-B. (2e) 427. Dans cette affaire, la demanderesse, bien longtemps après avoir livré des tapis au chantier de construction de l'hôtel Hilton à Saint-Jean (notez le lien ténu entre la fourniture des tapis et le principe de "part venant de la sueur" du droit des privilèges de construction) a déposé une réclamation en fiducie contre la partie qui la précédait de trois rangs dans la chaîne des contrats et qui suivait de deux rangs le propriétaire. La demanderesse avait déjà obtenu

jugement contre la partie avec laquelle elle entretenait des relations contractuelles directes, mais n'avait pu recouvrer le montant du jugement. Elle n'avait pas enregistré une revendication de privilège. La défenderesse n'avait plus les fonds de la fiducie, mais a quand même été reconnue responsable d'avoir affecté les fonds à un usage non autorisé à un moment où Harding Carpets n'avait pas encore été payée. Dans les circonstances de l'espèce, on pourrait penser que le préjudice causé à la défenderesse n'était pas si grand. Elle avait utilisé les fonds en compensation d'une autre créance entre la défenderesse sous-traitante et l'entrepreneuse, qui étaient des compagnies connexes. Des variations mineures des faits auraient pu cependant produire des résultats très différents, le sous-traitant étant reconnu responsable de payer à une tierce partie des fonds qu'il croyait être le profit réalisé sur le contrat, ignorant peut-être même l'existence d'un fournisseur, encore moins que le fournisseur n'eût pas été payé. Dans une situation comme celle qui s'est présentée dans l'affaire Fundy Ventilation Ltd. c. Brunswick Construction Ltd. (1982), 40 R.N.-B. (2e) 484, il est difficile de ne pas ressentir de la sympathie pour Brunswick Construction Ltd., la fiduciaire par opération de la loi et la perdante dans l'affaire. Dans cette affaire, la propriétaire, Fraser Companies Ltd., avait convenu avec Brunswick Construction Ltd., l'entrepreneuse, dans le cadre d'un contrat de 91\$ millions de dollars concernant une usine de sulfure à Edmundston que l'exécution substantielle avait eu lieu à une date antérieure à

celle fixée plus tard par le tribunal. La propriétaire a payé l'entrepreneuse, laquelle, à partir des fonds qu'elle devait à la sous-traitante, a réglé une revendication d'impôt sur le revenu d'après un avis d'une tierce partie relativement à l'impôt que devait la sous-traitante. Le solde de la facture de la sous-traitante a été payé conjointement à la sous-traitante et à la demanderesse, cette dernière ayant été retenue par la sous-traitante pour fournir le système de ventilation. La demanderesse ayant revendiqué un privilège, la propriétaire a prétendu que Brunswick était responsable à son endroit au titre de la fiducie. La demanderesse a aussi introduit une réclamation directement contre Brunswick au titre de la fiducie. Elles ont eu gain de cause dans les deux réclamations. Dans un cas semblable, on voit certainement la redistribution de la perte aux termes de la disposition fiduciaire. Ce que l'on ne voit pas, cependant, est une raison convaincante justifiant la redistribution de la perte de cette manière.

Ce qui précède ne se veut pas une critique globale de la Loi -- loin de là. Il s'agit plutôt d'une brève description de la raison pour laquelle nous ne sommes pas convaincus de la valeur de la Loi. Nos réserves portent sur deux points: d'abord, nous ne voyons aucun argument convaincant justifiant l'existence d'un tel régime juridique, limité à l'industrie de la construction; ensuite, même si nous étions persuadés quant au premier point, nous voyons difficilement l'efficacité de la

Loi dans la réalisation de ce qui constitue son objet. Nos réserves sur ces deux points s'imposent maintenant par les préoccupations qui nous ont été adressées concernant la position du propriétaire domiciliaire non informé. Dans les pages qui suivent, nous examinerons les différents moyens de faire face à ce problème, mais chacun d'eux semble devoir nécessiter des modifications qui auraient des répercussions importantes sur la portée et l'application de la Loi. Par conséquent, si la Loi a quelque valeur véritable, nous considérons comme problématique la protection des consommateurs. Si, par contre, la Loi ne sert vraiment à rien ou, tout compte fait, fait plus de mal que de bien, le mieux serait de l'abroger. Nous aimerions savoir ce que vous en pensez.

Option 2: Meilleure observation de la Loi

Il convient de le répéter, l'abrogation de la Loi n'est pas nécessaire si tout ce qu'on cherche à faire est de répondre à la question de la protection des consommateurs qui nous a été soumise. Si, contrairement à ce que nous sommes enclins à croire actuellement, la Loi doit être maintenue, comment peut-on alors répondre au problème du consommateur dans le contexte de la Loi?

On pourrait, entre autres possibilités, assurer une plus grande observation de la Loi: modifier le comportement de sorte qu'il se conforme à la Loi plutôt que de modifier la Loi

pour qu'elle se conforme au comportement. En partie, cela voudrait dire améliorer la connaissance qu'ont les gens de la Loi. Dans la mesure où la source du problème décrit ci-dessus consiste en l'ignorance des exigences de la Loi de la part des propriétaires domiciliaires, la réponse évidente serait de mettre fin à cette ignorance. Les méthodes pourraient comprendre une campagne générale d'information publique ou certaine forme d'obligation imposée à quelqu'un (fort probablement au constructeur) d'aviser le propriétaire domiciliaire des effets de la Loi.

Le talon d'Achille de cette solution est que l'expérience semble indiquer que la Loi n'est pas suivie, même lorsque les gens sont conscients de ses exigences. Il semble qu'on n'a rien à gagner à s'efforcer d'informer les gens sur le contenu de la Loi s'ils continuent à y passer outre. Si, comme nous sommes portés à le croire, la source du problème est que les exigences de la Loi ne tiennent tout simplement pas compte des détails pratiques de la vaste majorité des situations auxquelles elle s'applique, il est peu vraisemblable que des informations additionnelles aient quelque effet.

La solution consiste-t-elle donc à trouver un meilleur moyen d'obliger les gens à se comporter comme la Loi le voudrait? Ici encore, la réponse dépend en partie du caractère pratique de la Loi. Si elle ne l'est pas, il est inutile de consacrer temps et efforts à tenter d'amener les gens à s'y

conformer: les efforts seront vains. De plus, si on doute que la Loi soit souhaitable en principe, pourquoi voudrait-on obliger les gens à s'y conformer? À moins d'être convaincu que la Loi prévoit pour son domaine d'application un meilleur cadre juridique que celui qui existerait sans elle, il nous est difficile d'accepter l'idée qu'améliorer le respect de la Loi devrait constituer l'objectif de la réforme législative.

Option 3: Créer des exceptions

D'autres possibilités concernent de façon générale la création d'exceptions à la Loi. Ces exceptions protégeraient ceux qui sont actuellement le plus exposés par la Loi. Étant donné que la préoccupation pratique exprimée vise les propriétaires domiciliaires ordinaires, l'exception qui vient tout de suite à l'esprit serait une "exception relative au propriétaire domiciliaire". On pourrait également établir une "exception financière", aux termes de laquelle la Loi ne s'appliquerait qu'aux contrats d'un certain montant minimal.

A. "Exception relative au propriétaire domiciliaire"

L'idée générale de l'exception relative au propriétaire domiciliaire serait de protéger les consommateurs ordinaires qui font faire simplement des travaux à leur résidence. La nature exacte de cette exception devrait naturellement être définie avec soin. Une décision importante à prendre serait de

déterminer si l'exception devrait se limiter aux améliorations apportées aux habitations existantes ou couvrir également les nouvelles constructions pour les propriétaires résidents éventuels. On pourrait soutenir que ceux qui se font construire une nouvelle maison se préoccuperaient encore plus du contexte juridique pertinent.

Le premier problème que pose cette solution est que, quelle que soit la formulation des définitions, l'applicabilité de la Loi dans certains cas soulèvera des doutes. Cette situation ne serait pas souhaitable, mais elle constitue le prix inévitable à payer lorsqu'on crée des exceptions. Une objection plus fondamentale encore est que, compte tenu des principes de la Loi, il importe peu que le projet en question soit une résidence ou quelque chose d'autre. La construction est la construction, et même une petite pyramide de contrats est toujours une pyramide de contrats. De plus, en pratique, le fait d'adopter une "exception relative au propriétaire domiciliaire" soulèverait la question de savoir si la Loi continuerait à produire des résultats significatifs une fois l'exception éliminée. Étant donné les limites actuelles de la Loi par rapport à la construction de routes et aux projets de la Couronne, si l'exception relative au propriétaire domiciliaire était elle aussi adoptée, ce qui resterait de la Loi mériterait-il d'être conservé?

B. "Exception financière"

L'exception financière aurait pour objet de soustraire les petits projets du champ d'application de la Loi. Par analogie, la règle actuelle prescrit qu'aucun privilège ne peut être déposé si le montant global en cause est inférieur à 100\$ (paragraphe 4(4)).

Évidemment, l'effet d'une exception pour les projets qui étaient "petits" en termes financiers dépendra de la définition qu'on donne au mot "petit". Étant donné que l'objet de la modification serait de protéger le consommateur/propriétaire domiciliaire, le caractère "petit" d'un projet pourrait être défini par rapport à la valeur en dollars des contrats ordinaires de construction domiciliaire. Ici encore, le chiffre serait différent selon qu'il serait évalué en fonction de rénovations ou en fonction d'une nouvelle construction.

Un avantage que présente l'exception financière est qu'elle reconnaît que l'envergure d'un projet de construction, et par conséquent la complexité des rapports contractuels qu'il pourrait entraîner, ne dépendent pas du caractère résidentiel ou commercial d'un projet. Ainsi, si la complexité des contrats de construction justifie la Loi, un critère financier pourrait fournir une meilleure clé pour résoudre ce problème. Par contre, comme moyen de protéger les consommateurs, l'"exception financière" souffre le désavantage d'accomplir

indirectement ce que l'"exception relative au propriétaire domiciliaire" accomplit directement. Elle risque donc de ne pas protéger certaines personnes qu'elle serait destinée à protéger (les propriétaires domiciliaires ne seraient pas protégés si leurs travaux résidentiels étaient coûteux), mais d'en protéger d'autres qu'elle ne serait pas censée protéger (les propriétaires non résidentiels seraient protégés si leurs projets de construction s'avéraient peu coûteux). Elle comporte une autre difficulté, particulièrement du point de vue du titulaire de privilège: la même valeur en dollars peut revêtir une importance différente pour différentes personnes. Ainsi, dépendant de la personne qui les reçoit, 5,000\$ peuvent être rien pour certains, et tout pour d'autres. Si donc, on accepte, à titre d'exemple, que la Loi protège véritablement ceux dans l'industrie de la construction qui ont besoin de protection, le danger d'établir une exception financière signifierait qu'elle cesse de protéger ceux qui en ont le plus besoin. Plus élevée sera la limite, plus la Loi deviendra un moyen de n'accorder un avantage juridique qu'aux gros entrepreneurs. Il est difficile de considérer cela comme un objectif souhaitable, particulièrement parce que l'avantage juridique continu des gros entrepreneurs serait au détriment des entrepreneurs plus petits. Ceux-ci, en travaillant dans le cadre des "petits" contrats, feraient partie des créanciers généraux par rapport auxquels les revendiquants de privilège auraient préséance.

En outre, évidemment, la question se pose encore de savoir si la Loi mériterait d'être préservée face à une telle exception. Si une exception financière est établie, la valeur en dollars étant fixée à un montant qui traduirait l'idée que, jusqu'à concurrence d'un montant raisonnable, les gens devraient pouvoir faire faire des travaux sans être touchés par la Loi, est-ce que nous n'éliminons pas par là une grande partie des contrats auxquels la Loi s'applique actuellement? Et si tel est le cas, la Loi mérite-t-elle d'être préservée uniquement pour régir ce qui reste?

Option 4 : Restructurer le tandem privilège et retenue

Le problème que nous avons souligné au départ a été qualifié de double péril: le propriétaire domiciliaire, ayant déjà payé le prix contractuel au constructeur, pourrait être obligé de payer encore le titulaire de privilège, et perdre le bien-fonds s'il se trouvait dans l'impossibilité de payer. Une façon d'éviter cette situation serait de modifier les conséquences juridiques actuelles du privilège et de la retenue.

A. Libération du privilège par paiement intégral. On pourrait dire que le paiement intégral versé conformément au contrat par le propriétaire au constructeur opère mainlevée du privilège. Toutefois, cette solution porte atteinte à un principe important de la Loi, selon lequel la sûreté de ceux qui travaillent d'après un contrat de construction grève le

bien-fonds du propriétaire. Si le paiement intégral du prix devait opérer mainlevée du privilège, cette sûreté serait perdue. Admettons que le privilège ne constitue pas leur seule sûreté. L'article 3 exige aussi que l'argent du contrat soit gardé en fiducie, et l'autorisation de la mainlevée du privilège par paiement intégral ne modifierait pas les obligations fiduciaires de l'entrepreneur et des sous-traitants. Néanmoins, leur protection serait perdue dans la mesure où le privilège et la retenue accordent une protection contre le sort réservé à l'argent de la fiducie une fois qu'il est entre les mains de ceux à qui il est versé.

Le fait de permettre que le paiement intégral opère mainlevée du privilège aurait aussi sans doute pour effet, même pendant la période de retenue, de modifier de façon importante les pratiques auxquelles la Loi a donné lieu. La généralisation de ce principe équivaldrait à abroger la disposition relative à la retenue: le paiement opérant mainlevée du privilège, la menace contre laquelle la retenue assure une protection serait éliminée. On s'attendrait que cela touche les aspects des contrats de construction qui, actuellement, tournent autour des montants et des périodes de retenue que prévoit la Loi. De fait, permettre que le paiement intégral opère mainlevée du privilège, quelle que soit la rapidité avec laquelle ce paiement a été fait, pourrait même encourager le débiteur à payer tôt en vertu du contrat, puisque ce paiement permettrait d'éliminer le plus tôt possible le danger d'être l'objet d'un privilège.

Il existe sans doute des moyens d'accorder un certain degré de protection pour les paiements rapides sans détruire complètement le système de retenue. Un exemple évident serait de dire que seuls les paiements faits dans l'ignorance de la loi opéreraient mainlevée du privilège. On peut soutenir que dans l'intérêt de la protection du consommateur, il faudrait aller plus loin, puisque ce n'est pas toujours l'ignorance de la loi qui est la cause du danger. Toutefois, toute mesure qui pourrait être élaborée dans ce contexte se bute à un obstacle familial. Cela ferait en sorte que la protection des fournisseurs, des employés et autres, dépende de choses qu'il leur serait difficile de connaître et impossible de contrôler. Ainsi, cela ajouterait un autre élément aux aspects imprévisibles de la Loi qui, faut-il le répéter, nous semble déjà être défectueuse en raison de son imprévisibilité.

B. Loi simplifiée. Si on poursuit le raisonnement développé aux alinéas précédents, on peut se demander aussi s'il y aurait intérêt à reformuler la Loi, ne conservant que ses principes de base et la débarrassant de détails encombrants. Si on créait simplement dans la Loi un privilège légal, qui n'était pas limité dans le temps, mais qui pourrait être protégé à tout moment par l'enregistrement, ou dont mainlevée pourrait être obtenue par le versement du prix intégral à l'entrepreneur, ainsi qu'une fiducie par opération de la loi telle celle qui existe actuellement, on pourrait peut-être produire une loi

qui, étant beaucoup plus simple que la Loi actuelle, serait peut-être aussi efficace dans la réalisation de ses objectifs juridiques.

Nous faisons toutefois cette affirmation tout en étant conscients des conséquences pratiques considérables qui découleraient d'une tentative de reformuler la Loi sous cette forme plus simple. Certaines ont été mentionnées sous la rubrique précédente, et pourraient produire, sur le plan pratique, des modifications importantes dans les secteurs de l'industrie de la construction où la Loi est maintenant prise au sérieux. Nous faisons également de graves réserves sur la possibilité d'atteindre réellement ce résultat "plus simple". L'expérience nous apprend qu'il est bien facile de formuler les grands principes généraux d'une réforme législative, mais que, lorsqu'on vient à formuler les détails de la Loi, la simplicité peut nous échapper. La disposition actuelle de la Loi néo-brunswickoise qui traite de la fiducie en est un exemple. En un sens, elle est simple. Elle est certainement courte, et elle exprime son idée de base en termes directs. Toutefois, quand on en vient à l'application, elle est loin d'être simple, et peut même constituer, comme on l'a vu, une source d'incertitudes et de risques considérables pour quiconque vient à se trouver en possession des fonds en fiducie. L'Ontario a abandonné une telle disposition générale en faveur d'une disposition beaucoup plus limitée. La Commission de réforme du

droit de Terre-Neuve s'est prononcée en faveur de la disposition plus limitée. Les choses ne sont pas toujours aussi "simples" qu'elles le paraissent.

C. Subordonner le tandem privilège et retenue à un avis.

Actuellement, le privilège prend naissance en droit à compter de la date de commencement des travaux, et l'obligation de retenir s'applique chaque fois qu'un paiement est fait en vertu du contrat. C'est ce qui fait de l'ignorance de la Loi ou de son inobservation un tel problème. Les problèmes seraient éliminés si le privilège ne prenait pas naissance avant la notification au propriétaire, et s'il s'appliquerait seulement aux travaux ou matériaux fournis et aux paiements versés après cette notification. Le fait de donner un avis servirait à informer le propriétaire des exigences de la Loi, et le propriétaire s'y conformerait, on le présume, puisqu'il n'a rien à perdre en le faisant.

Cette solution soulève deux difficultés majeures.

D'abord, si la Loi accorde une protection valable, exiger un avis détruirait cette protection. Si celle-ci est nécessaire, on présume qu'elle est nécessaire à compter du premier jour. Avec la modification étudiée ici, la protection ne commencerait probablement à produire effet que lorsqu'il serait déjà trop tard. Même si l'avis pouvait être donné avant le début des travaux, on soupçonne qu'en pratique, il serait le plus souvent donné uniquement après que les choses ont commencé à mal tourner.

Le deuxième inconvénient de cette solution apparaît lorsqu'on se demande qui, parmi les diverses parties susceptibles de participer à un projet de construction, serait habilitée à signifier les avis. Les modifications de ce genre pourraient prévoir que seul l'entrepreneur principal peut signifier l'avis au propriétaire ou que tout participant au projet pourrait le faire. Dans le premier cas, cela accorderait à l'entrepreneur principal un droit de veto sur l'applicabilité de la Loi, et on ne pourrait pas compter sur ce dernier pour agir dans l'intérêt de tous ceux que la Loi vise à protéger. Dans le second cas, cela permettrait à chaque participant d'imposer sa retenue à tous les autres, qu'ils le veuillent ou non. On le voit, chaque solution comporte ses problèmes.

Une troisième possibilité serait de limiter de quelque façon l'avis de sorte qu'il ne vise que l'intérêt spécifique de la partie qui le donne. Mais essentiellement, c'est ce que fait déjà l'article 16. Si on décidait de suivre un tel cours, cela nous dirigerait vers l'abrogation de la disposition de retenue automatique à l'article 15, dont les conséquences ont été examinées plus tôt. Nous remarquons également que l'article 16 ne semble pas être particulièrement utile pour le moment et qu'il est difficile de voir comment une disposition s'inspirant de l'article 16 peut être rédigée de manière à ne pas avoir au moins quelque effet sur les autres participants au contrat. Cela s'explique par le fait que le respect de l'avis

devrait entraîner des déductions sur les paiements qui auraient été autrement faits à l'entrepreneur principal, et par son intermédiaire, aux autres participants. Ici encore, la partie qui signifie l'avis imposerait, dans une certaine mesure, un nouveau régime juridique aux autres parties au projet, perturbant le déroulement normal du projet.

Option 5: Transformer la Loi en un mécanisme de participation sélective

Actuellement, il est possible d'exclure l'application de la Loi, mais uniquement dans la mesure où elle le permet. Si la Loi adoptait un mécanisme de participation sélective, elle ne s'appliquerait que si les parties en conviendraient expressément. Cela réglerait non seulement le problème du consommateur non informé, mais également celui de l'entrepreneur récalcitrant. Le propriétaire qui a choisi de participer saurait probablement ce à quoi il s'engage, et l'entrepreneur qui a choisi de participer serait probablement disposé à se conformer à sa Loi.

Si on considère les points de vue du propriétaire et de l'entrepreneur, un système de participation sélective comporte certains attraits. Les parties seraient alors libres de se soumettre au régime prévu par la Loi ou non, à leur choix. Leur décision dépendrait probablement de la question de savoir

si, à leur avis, les dispositions de la Loi régissent de façon satisfaisante les rapports entre les divers participants à un projet de construction.

Toutefois, le mécanisme de participation sélective pose un problème lorsqu'on considère la position des participants autres que le propriétaire et l'entrepreneur principal, surtout celle des employés ou des personnes qui ne se joignent au projet qu'aux étapes ultérieures. Les solutions de rechange ici sont semblables à celles examinées plus tôt concernant l'avis. Ou bien l'autre participant n'a aucun mot à dire sur la question de savoir si la Loi s'applique, ou bien il a le droit d'imposer la Loi aux autres, ou bien on devrait trouver une solution intermédiaire permettant en quelque sorte l'application partielle de la Loi. Dans le cas de la première solution, les gens sont à la merci du propriétaire et de l'entrepreneur, dont on ne peut nécessairement s'attendre à ce qu'ils agissent dans un intérêt autre que le leur. Dans le cas de la deuxième solution, le propriétaire et l'entrepreneur, et peut-être les autres aussi, sont à la merci de tous ceux qui viennent à penser que la Loi devrait s'imposer à eux tous. Dans le troisième cas, les perspectives laissent supposer une situation juridique extrêmement compliquée.

Parmi ces différentes solutions, la première semble être la plus pratique: l'entrepreneur principal déterminerait si la Loi s'applique. Pour ce qui est de l'effet sur les personnes

étrangères au contrat, on pourrait soutenir qu'elles ne devraient pas se joindre au projet ou avoir affaire avec l'entrepreneur si elles ne faisaient pas confiance aux modalités du projet. Si le mécontentement concernant l'inapplicabilité de la Loi était suffisamment répandu, cela influencerait probablement les entrepreneurs principaux et les amèneraient à choisir de participer au régime dans tous les cas. Transformer la Loi en un régime de participation sélective exposerait par conséquent le cadre spécial des rapports juridiques imposés par la Loi il y a cent ans au critère de la réalité d'aujourd'hui. Cela donnerait, en fait, à ceux qui sont actuellement couverts par la Loi, la possibilité de choisir si elle devrait être maintenue. S'ils choisissent régulièrement de participer au régime, ou de ne prendre part qu'à des projets qu'elle régit, la Loi demeurerait une réalité vivante. Dans le cas contraire, elle deviendrait pratiquement lettre morte, et pourrait être abrogée en temps opportun.

Conclusion

Actuellement, il n'est pas clair si la Loi devrait continuer à faire partie des lois de la province. Cette question demeurant ouverte, il est également difficile de voir comment aborder le problème de la protection du consommateur que nous a soumis l'Ombudsman. Quant à la Loi elle-même, nous avons plusieurs réserves puisque, compte tenu des matériaux à

notre disposition, nous doutons que la Loi accomplisse suffisamment de choses qui méritent d'être accomplies. Nous espérons que d'autres nous feront profiter de leur expérience à cet égard. Par rapport au problème du consommateur, que nous avons souligné dès le début, nous avons le sentiment que les solutions diverses que nous avons examinées pourraient soit rendre pire une mauvaise Loi, soit restreindre tellement son champ d'application qu'elle devrait tout aussi bien être abrogée.

Pour le moment, nous penchons pour l'abrogation de la Loi. Subsidiairement, si cela paraît à l'heure actuelle une démarche trop extrême, nous suggérons de transformer la Loi en un régime de participation sélective, ce qui l'exposera au critère de la réalité des années 90. L'expérience de l'application du régime de participation sélective pourrait être étudiée après quelque temps pour déterminer si l'abrogation ou quelque autre forme de modification était justifiée. Nous ne sommes pas enclins, pour le moment, à recommander une révision et une reformulation de la Loi. Nous doutons qu'il en résulte une loi qui fonctionnerait mieux que la Loi existante. Quoi qu'il en soit, nous estimons qu'avant d'envisager une telle solution, il incombe à ceux qui désirent conserver la Loi, s'il y en a, de justifier leur position. Si, contrairement à ce que nous croyons en ce moment, la Loi accorde un avantage important à des groupes précis, comment alors justifier la conservation de cet avantage?