
Bulletin de la réforme du droit

Direction des services législatifs, Cabinet du procureur général
Pièce 111, Édifice du Centenaire
C. P. 6000, Fredericton (N-B), Canada E3B 5H1
Tél. : (506) 453-2569; Téléc. : (506) 457-7899
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 maintenant 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 au Cabinet du procureur général 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.*

*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.*

A : SUIVI DES SUJETS DISCUTÉS DANS LES LIVRAISONS ANTÉRIEURES

1. « Naissance de la cause d'action »

Ce projet, qui est une retombée de la *Loi sur la prescription* de 2009, s'inscrit dans le contexte de l'évolution de l'interprétation qu'ont fait les tribunaux du moment où une cause d'action « prend naissance » pour les besoins du calcul de la prescription. La *Loi sur la prescription* a mis de côté cette expression, et le présent projet avait pour objet de repérer et de modifier d'autres dispositions législatives qui dépendent aussi du moment où une cause d'action prend naissance, étant donné que leur signification était remise en doute par la jurisprudence sur la prescription.

Le premier volet de ce projet a été mis en œuvre par la *Loi sur la réforme du droit de 2012 (modifications diverses)*, 2012 ch. 10, qui est entrée en vigueur lors de sa sanction royale le 13 juin 2012. Cette loi a modifié la *Loi sur la propriété condominiale*, la *Loi sur les détectives privés et les services de sécurité* et,

plus particulièrement, les dispositions sur les intérêts avant jugement des articles 45 et 46 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*. On trouve un résumé de ces modifications dans le *Bulletin de la réforme du droit* n° 31.

Le second volet du projet règle le même problème de terminologie dans les règles 8.04 et 61.14 des *Règles de procédure*, qui portent respectivement sur les instances contre des sociétés de personnes et sur l'interrogatoire des débiteurs sur jugement. L'essentiel du projet de modification est décrit dans le *Bulletin de la réforme du droit* n° 29.

Les modifications proposées aux règles ont été rédigées et elles doivent être étudiées par le Comité des règles en janvier. Si elles sont approuvées, nous prévoyons que les modifications seront apportées en février ou en mars 2013.

2. La règle du lien contractuel et la *Loi sur la réforme du droit*

Dans les numéros 30 et 31 du *Bulletin de la réforme du droit*, nous avons suggéré de modifier l'article 4 de la *Loi sur la réforme du droit*, qui traite de l'exécution des contrats par les tiers, pour qu'il s'applique aux tiers qui sont identifiés soit conditionnellement soit génériquement dans le contrat. Les bénéficiaires conditionnels sont ceux qui peuvent être couverts par le contrat *s'ils* font une chose qui *peut* être faite en vertu du contrat, même si elle peut aussi ne pas être faite. Les bénéficiaires génériques sont ceux qui font partie d'un groupe défini, comme les « employés » ou les « sous-traitants », sans être nommés expressément.

Ce changement a été suggéré pour donner suite à la décision rendue par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en vertu de l'article 4 dans l'affaire *Manderville c. Goodfellow's Trucking, Ltd.* (1999) AN-B n° 75, à la lumière de la jurisprudence invoquant « l'exception fondée sur des principes » à la règle du lien contractuel que la Cour suprême du Canada a par la suite consacrée dans l'arrêt *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.* (1999) ACS n° 48.

Nous avons récemment fait des recommandations pour que ces modifications soient apportées, et nous espérons qu'elles le seront au cours de la session de 2012-2013 de l'Assemblée législative.

3. La définition de « parent » dans la *Loi sur la tutelle des enfants*

Dans le même ordre d'idées, nous avons récemment recommandé que la définition de « parent » à l'article 1 de la *Loi sur la tutelle des enfants* soit modifiée pour supprimer l'exclusion suivante : « 'parent' Le père ou la mère, à l'exclusion du père d'un enfant dont le père et la mère ne sont pas mariés l'un à l'autre ». Le contexte est expliqué dans les numéros 30 et 31 du *Bulletin de la réforme du droit*.

Cette modification est maintenant devenu le Projet de loi 21, *Loi modifiant la Loi sur la tutelle des enfants*, qui a passé le stade de la première lecture le 11 décembre 2012. Si elle est adoptée dans sa forme actuelle, cette modification entrera en vigueur avec la sanction royale.

4. Exécution des jugements ordonnant paiement

Nous allons aussi de l'avant avec notre projet de nouvelle *Loi sur l'exécution des jugements ordonnant paiement* qui moderniserait le droit sur l'exécution des jugements pécuniaires et qui remplacerait des mesures législatives comme la *Loi sur les débiteurs en fuite*, la *Loi sur les arrestations et les interrogatoires*, la *Loi sur le désintéressement des créanciers*, la *Loi sur la saisie-arrêt* et la *Loi sur les*

extraits de jugement et les exécutions ainsi que des règles de procédure comme la règle 61 (Exécution forcée). Comme elles sont conçues à l'heure actuelle, les dispositions législatives seraient inspirées de nombreuses sources, dont le droit actuel du Nouveau-Brunswick, quatre grands rapports qui ont été rédigés dans la province au cours des 35 dernières années, la *Loi uniforme sur l'exécution forcée des jugements ordonnant paiement* (2004) de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et la loi récente qui a été adoptée en Saskatchewan fondée sur la *Loi uniforme*. Il y aurait aussi de nouveaux éléments.

La loi sera volumineuse et contiendra de nombreux changements par rapport au droit existant. Il y aura de nombreuses modifications corrélatives. Nous espérons que cette loi sera également soumise à l'Assemblée législative au cours de la session 2012-2013. Si elle est adoptée comme nous l'espérons, nous nous attendons cependant à ce qu'elle ne soit probablement pas proclamée pendant une période allant de six à douze mois. Cette période permettra au public de se familiariser avec la loi et permettra également, si nécessaire, de lui apporter des modifications avant son entrée en vigueur.

5. Loi sur la validation des titres de propriété

Notre projet d'abroger la *Loi sur la validation des titres de propriété* et de la remplacer par une nouvelle procédure sous le régime des *Règles de procédure* a été mentionné dans plusieurs livraisons du présent *Bulletin*, dont la dernière fois dans le numéro 30. La *Loi abrogeant la Loi sur la validation des titres de propriété* a été adoptée en 2007 (ch. 52), mais elle n'a pas encore été proclamée en vigueur. On est encore en train de préparer la règle de procédure qui l'accompagne.

Le projet de règle a été étudié par le Comité des règles en mai 2012, et une version préliminaire révisée incorporant les changements suggérés par le Comité sera étudiée par celui-ci en janvier. Si le projet est approuvé, nous prévoyons que la règle sera établie, que la loi abrogative sera proclamée en vigueur en février ou en mars 2013 et qu'elle entrera en vigueur plusieurs mois après.

Si les événements se déroulent de cette façon, nous décrirons le contenu de la règle dans le prochain numéro du présent *Bulletin* qui paraîtra avant que ces changements prennent effet. Le contenu de la règle ressemble beaucoup à celui que nous avons décrit dans le numéro 22 du *Bulletin*. Ses principales caractéristiques sont une disposition prévoyant un avis public qui est rattachée à la procédure ordinaire des requêtes ou des poursuites en vertu des *Règles de procédure* et le fait que l'ordonnance définitive de la cour sera exécutoire pour tous, pas seulement pour les parties à l'instance.

6 Paiements anticipés de dommages-intérêts spéciaux

Le *Bulletin de la réforme du droit* n° 31 contenait un long item suggérant que le Nouveau-Brunswick devrait adopter une version très élargie de l'article 265.6 de la *Loi sur les assurances*. Cet article, qui ne s'applique qu'aux accidents d'automobiles, autorise le paiement anticipé de dommages-intérêts spéciaux, même avant que la responsabilité ne soit officiellement établie, si le juge est convaincu que la responsabilité sera établie. La règle 47.03 des *Règles de procédure* autorise également le paiement anticipé de dommages-intérêts spéciaux, mais seulement après que la responsabilité a été établie. Elle s'applique à toutes les causes d'action.

La discussion qui suit, comme la précédente, fera renvoi aux paiements anticipés ordonnés avant que la responsabilité ne soit établie comme à des paiements anticipés préalables à l'établissement de la responsabilité et à ceux qui sont ordonnés après comme à des paiements anticipés après l'établissement de la responsabilité. Cependant, ces deux expressions méritent un bref commentaire pour éviter tout

malentendu. Responsabilité préalable ne veut pas dire avant que la responsabilité n'existe; il renvoie plutôt à un scénario dans lequel, bien que la responsabilité n'ait pas encore été officiellement établie, le juge des motions est convaincu qu'elle le sera. Responsabilité à posteriori, bien que limitée à la période après que la responsabilité est établie, commence dès que cela se produit, et le passage à la responsabilité à postériori peut être rapide. Par exemple, dans une série de motions reliées les unes aux autres lors d'une audience unique, la décision préjudicielle d'une question de droit en vertu de la R.23 peut directement entraîner un jugement sommaire en vertu de la R.22 (voir *Girouard c. Druet*, 2012 NBCA 40) et ensuite un paiement anticipé de dommages-intérêts spéciaux en vertu de la R.47.03 (voir *Brunswick News Inc c Sears*, 2012 NBCA 32).

Le *Bulletin de la réforme du droit n° 31* propose que la disposition élargie en matière de paiements anticipés préalables à l'établissement de la responsabilité ait les caractéristiques suivantes :

- Elle s'appliquerait à toutes les causes d'action, à tous les demandeurs et à tous les défendeurs.
- Elle porterait essentiellement sur les dommages-intérêts spéciaux (c'.-à-d., les pertes pécuniaires de la période préjudicielle), mais dans des cas limités elle permettrait le paiement anticipé de dommages-intérêts généraux et de débours généraux.
- Elle comprendrait une restriction relative à la possibilité qu'ont les avocats de déduire leurs honoraires des paiements anticipés accordés à leurs clients.
- Elle serait probablement combinée avec les dispositions relatives aux paiements anticipés après l'établissement de la responsabilité prévus par la R.47.03, et cette disposition combinée serait adoptée comme un nouvel article de la *Loi sur l'organisation judiciaire*.

Nous avons reçu plusieurs réponses à ce sujet. Des avocats nous ont écrit individuellement avec un court commentaire en faveur de l'expansion, mais essentiellement pour nous expliquer pourquoi ils pensaient que la suggestion en matière d'honoraires était malavisée. Le Barreau a également critiqué cette suggestion, ainsi que l'ABC-NB, qui a également fait état de complexités que le Ministère devrait garder à l'esprit s'il décidait de faire passer une législation qui porterait également sur les débours. (L'ABC-NB a également suggéré que le Ministère considère étendre la disposition sur les provisions pour frais qui se trouve maintenant à la R.72, Instance en divorce, à d'autres questions du droit de la famille. Nous étudions la question et projetons d'en discuter dans le prochain numéro de ce *Bulletin*.)

En ce qui concerne les autres questions, la seule critique écrite qui a été faite à notre proposition venait de l'Association canadienne de protection médicale qui était en désaccord avec l'idée générale de disposition de responsabilité préalable élargie et avec la plus grande partie des données particulières du *Bulletin*. Deux avocats ont individuellement indiqué par oral qu'il ne devrait pas y avoir de paiement anticipé avant l'établissement de la responsabilité.

Il y a deux autres facteurs qui n'ont pas été mentionnés dans le *Bulletin de la réforme du droit n°31*, mais que nous avons à l'esprit lorsque nous avons pensé à tout ceci.

Le premier, provoqué par le commentaire que les paiements anticipés préalables à l'établissement de la responsabilité sont inacceptables en principe, est que les critères pour les jugements sommaires prévus par la R.22 ne sont pas taillés dans la pierre, et que s'ils étaient assouplis, les cas les plus méritants qui tombent maintenant dans la catégorie de la responsabilité préalable relèveraient de la responsabilité à postériori. L'Ontario a récemment quelque peu assoupli ses critères en matière de jugements sommaires (Voir *Combined Air Mechanical Services Inc c Flesch*, [2011] OJ No.5431), bien que Joseph Griffiths

dans un article du *Lawyers Weekly*, du 31 août 2012, p.10, se soit demandé si le changement a atteint son objectif qui était de résoudre les litiges rapidement et à moins de frais.

Le deuxième facteur est le thème de la « justice rapidement rendue quand le cas le permet » qui a inspiré de récentes décisions de la Cour d'appel comme *AMEC Americas Limited c MacWilliams*, 2012 NBCA 46, et *Brunswick News Inc c Sears*, 2012 NBCA 32. Il s'agit pour toutes les deux, de cas de congédiement injustifié. Dans *AMEC* le juge en chef Drapeau a fait le commentaire suivant « . . . on constate chez les avocats plaidants une plus grande conscience des avantages qui découlent d'un recours intelligent à la règle 22 et une plus grande ouverture de la part des juges en faveur des jugements sommaires et du paiement par anticipation de dommages-intérêts particuliers aux demandeurs qui le méritent. Ce sont incontestablement là des progrès fort bienvenus dans la poursuite de l'accès à la justice dans un délai raisonnable ». Dans *Brunswick News* la juge Larlee a ajouté : « Dès lors qu'une conclusion de responsabilité a été tirée, le paiement par anticipation de dommages-intérêts aurait dû suivre à moins que l'on n'ait invoqué un motif valable justifiant le contraire ».

Après avoir repris en considération notre projet initial à la lumière des commentaires reçus et des facteurs supplémentaires qui viennent d'être mentionnés, nous avons modifié quelque peu nos suggestions. Nous sommes toujours fortement en faveur de recommander une disposition très élargie sur les paiements anticipés préalables à l'établissement de la responsabilité, mais proposons des changements de certains de ses détails.

Tout d'abord, nous avons abandonné l'idée qu'il devrait y avoir une restriction légiférée sur la déduction des honoraires juridiques des paiements anticipés. La correspondance que nous avons reçue nous a montré que ce n'était pas une bonne idée.

Deuxièmement, nous ne prenons plus en considération le paiement anticipé de débours. Bien que l'idée soit intéressante, elle soulève des considérations différentes du paiement anticipé des dommages-intérêts, et au point où nous en sommes dans l'élaboration d'une disposition élargie de paiement anticipé, se concentrer seulement sur les dommages-intérêts simplifie notre initiative.

Avec le règlement de ces deux questions, les questions centrales soulevées dans le *Bulletin de la réforme du droit n° 31* restent. Est-ce qu'une disposition de paiement anticipé de dommages-intérêts préalables à l'établissement de la responsabilité devrait être élargie au-delà de son contexte actuel d'assurance-auto? Si elle devrait l'être, jusqu'où devrait aller l'élargissement?

En ce qui concerne la question générale de savoir si une disposition de responsabilité préalable élargie est souhaitable, nous continuons à le croire. L'expérience de l'art.265.6 en ce qui concerne les accidents automobiles a démontré toute sa valeur, et bien que les jugements sommaires (et donc les paiements anticipés après l'établissement de la responsabilité) pourraient être rendus plus accessibles grâce à un rajustement de la R.22, les critères des jugements sommaires seront toujours stricts car ils produisent une décision officielle de responsabilité, et leur application a souvent une base technique. Par contre, dans une motion préalable à l'établissement de la responsabilité prévue par l'article 65.6, le juge des motions a plus de latitude; sa décision peut se baser davantage sur les faits et il peut ordonner un paiement anticipé si le résultat de l'affaire est assez clair pour en justifier un.

Il est vrai que les paiements préalables à l'établissement de la responsabilité pourraient en théorie être ordonnés dans une affaire où la responsabilité s'avère en définitive ne pas exister. Mais au cours des 11 années qui se sont écoulées depuis que *Smith c. Agnew* a clarifié les paramètres des motions préalables à l'établissement de la responsabilité en vertu de l'article 265.6, nous n'avons pas encore remarqué

d'arrêt rapporté où cela se soit produit. Plus fréquentes sont les affaires où les jugements sommaires ou les jugements de première instance sont infirmés; ils présentent tous les deux la même possibilité qu'un paiement anticipé ou normal de dommages-intérêts peut avoir été ordonné contre un défendeur qui s'avère en définitive ne pas être responsable.

Pour le moment, donc, nous pensons que le risque qu'un défendeur perde une motion pour obtenir un paiement anticipé, puis gagne en première instance et essaie (probablement sans succès) de recouvrer le paiement anticipé, n'est probablement pas plus grand pour les paiements préalables à l'établissement de la responsabilité que pour les paiements effectués après l'établissement de la responsabilité.

Passons maintenant à l'étendue de la disposition sur la responsabilité préalable. Le *Bulletin de la réforme du droit n° 31* a examiné si elle devait se limiter au renvoi à la cause d'action, aux caractéristiques du demandeur ou à celles du défendeur, et dans les trois cas il suggérait que non. Nous avons encore la même opinion, pour les raisons indiquées dans le *Bulletin* : qu'il n'y a pas à présent de telles restrictions dans la situation de responsabilité à postériori envisagée par la R.47.03; ces restrictions pourraient exclure certains demandeurs qui ne devraient pas l'être; et si l'on craint qu'une disposition étendue puisse exposer des défendeurs désavantagés au désavantage supplémentaire d'une décision de responsabilité préalable prise contre eux, la meilleure protection sera que le juge a le pouvoir discrétionnaire de prendre ou non cette décision. Cependant, nous aimerions avoir d'autres commentaires à ce sujet, car c'est là la pièce maîtresse du concept de la disposition élargie. Pour le moment, nous n'avons reçu qu'un commentaire direct sur ces importants détails concernant la disposition élargie de responsabilité préalable.

S'il doit y avoir un pouvoir discrétionnaire pour rejeter une décision de paiement anticipé préalable à l'établissement de la responsabilité, comment devrait-il être exprimé? Cette question doit maintenant être prise en considération à la lumière de la décision de la Cour d'appel *Brunswick News Inc c. Sears*, c'est-à-dire que dans le scénario de responsabilité à postériori prévu par la R.47.03, une fois que la responsabilité a été établie, un paiement anticipé devrait suivre à moins que l'on n'ait invoqué un motif valable justifiant le contraire. La cour n'a pas expliqué ce qu'était un motif valable.

Ici, nous pensons qu'il faudrait probablement faire une distinction entre les situations de responsabilité préalables et de responsabilité à postériori. La responsabilité préalable, fondement de la disposition de paiement anticipé, est liée à la situation financière des parties engagées dans le litige et un paiement anticipé pourrait bien ne pas être ordonné s'il cause des difficultés financières au défendeur sans accorder d'avantage substantiel au demandeur. Avec la responsabilité à postériori la priorité change; une fois qu'il a été officiellement déterminé que le défendeur doit au moins payer quelque chose au demandeur, l'essentiel devient que ce dernier n'ait pas à payer trop, trop tôt.

En supposant que cette différence existe, comment devrait-on l'exprimer de manière législative? Il serait peut-être possible d'utiliser le critère de *Brunswick News Inc* (en l'absence d'un motif valable justifiant le contraire), et de faire la supposition raisonnable que les tribunaux utiliseront le critère des « motifs valables » d'une manière qui différencie les situations de responsabilité préalable et de responsabilité à postériori. Autrement, on pourrait indiquer explicitement le critère de la phase de responsabilité préalable pour s'assurer que les décisions de paiements de responsabilité préalable ne créent pas ou n'aggravent pas une situation désavantageuse pour le défendeur. Nous sommes tentés de suivre la dernière approche, bien que nous n'ayons pas encore de texte spécifique à soumettre à votre considération.

Un autre domaine où nous suggérons maintenant que les situations de responsabilité préalable et de responsabilité à postériori soient traitées quelque peu différemment, concerne les catégories de

dommages-intérêts auxquels les paiements anticipés peuvent s'appliquer. Dans la phase de responsabilité préalable, nous retirons la recommandation que nous avons faite dans le *Bulletin de la réforme du droit n° 31* en faveur d'une extension limitée des dommages-intérêts généraux car nous croyons maintenant que le *status quo* en vertu de l'art.265.6 devrait être maintenu. Cela signifierait que les paiements anticipés ne pourraient s'appliquer qu'aux dommages-intérêts spéciaux (c'.-à-d. aux pertes pécuniaires passées et futures durant la période préalable au procès), mais que le juge, lorsqu'il décide combien peut être accordé en toute sécurité, pourrait prendre en compte le fait que les dommages-intérêts généraux seront éventuellement payables.

Durant la période de responsabilité à posteriori, par contre, certains changements peuvent être apportés. Le scénario considéré ici est qu'il y a eu soit un jugement sommaire soit un procès séparé, et que dans l'un ou l'autre cas la responsabilité a été établie sans que les dommages-intérêts ne le soient. Nous suggérons ici qu'il devrait être indiqué que les futures pertes pécuniaires pendant la période qui suit la décision sur la responsabilité mais avant l'évaluation des dommages-intérêts sont des « dommages-intérêts spéciaux » aux fins de l'article. Un deuxième changement consisterait à rendre les paiements anticipés de dommages-intérêts généraux après l'établissement de la responsabilité disponibles dans les circonstances limitées indiquées dans le *Bulletin de la réforme du droit n° 31*, c'est-à-dire lorsque le défendeur a créé la nécessité de dépenses spéciales par le demandeur et que ce dernier ne peut pas payer cette dépense avec les dommages-intérêts spéciaux ou autrement, et que le montant adjugé ne sera pas un paiement en trop étant donné le conflit non résolu entre les parties sur le quantum des dommages-intérêts.

En résumé, donc, la suggestion modifiée que nous faisons maintenant sur les paiements anticipés de dommages-intérêts a les caractéristiques suivantes :

- Elle traiterait à la fois des paiements anticipés préalables à l'établissement de la responsabilité et des paiements anticipés après l'établissement de la responsabilité, pour remplacer à la fois l'art. 265.6 de la *Loi sur les assurances* et la R.47.03. Elle serait probablement placée dans la *Loi sur l'organisation judiciaire*, mais aussi avec des dispositions supplémentaires dans les *Règles de procédure*.
- Elle s'appliquerait à toutes les causes d'action, à tous les demandeurs et à tous les défendeurs.
- Un paiement anticipé ordonné dans la phase préalable à l'établissement de la responsabilité se limiterait aux dommages-intérêts spéciaux.
- Un paiement anticipé accordé dans la phase postérieure à l'établissement de la responsabilité porterait essentiellement sur les dommages-intérêts spéciaux, y compris les futures pertes pécuniaires dans la période préalable au procès sur les dommages-intérêts, mais il pourrait également être accordé des paiements anticipés de dommages-intérêts généraux dans des cas limités sur la base des besoins particuliers du demandeur.
- La nature de la discrétion judiciaire pour accorder un paiement anticipé devrait être précisée et le juge devrait avoir une plus grande latitude dans la phase préalable à l'établissement de la responsabilité pour juger si l'octroi d'un paiement anticipé désavantagerait le défendeur plus qu'il n'aiderait le demandeur.

Nous vous invitons à nous faire connaître vos commentaires. Nous espérons pouvoir finaliser nos recommandations sur ce sujet peu de temps après la clôture de la période de consultation indiquée à la fin de ce *Bulletin* – le 15 février 2013.

B. QUESTIONS NOUVELLES

7. Les Lois révisées du Nouveau-Brunswick de 2012

La *Loi sur la révision des lois* a été promulguée en 2003 et est la première étape menant à la révision des lois du Nouveau-Brunswick, la première révision et consolidation du genre depuis 1973. Conformément à l'article 5 de la *Loi sur la révision des lois*, le procureur général a déposé auprès du greffier de l'Assemblée législative les *Lois révisées de 2011* à compter du 13 mai 2011. Le 13 décembre 2012, le procureur général a déposé auprès du greffier le deuxième fascicule des lois révisées, qui seront désignées *Lois révisées de 2012*. Conformément au paragraphe 4(2) de la *Loi sur la révision des lois*, aucune modification n'a été apportée au cours de la révision qui aurait eu pour effet de changer la substance ou l'intention d'une disposition d'une loi ou qui aurait opéré une réforme du droit. Néanmoins, le présent Bulletin permet de véhiculer facilement des renseignements généraux sur la révision.

L'ensemble des *Lois révisées de 2012* comprend 18 lois. Elles entreront en vigueur à la date fixée par proclamation par le lieutenant-gouverneur en conseil. Le Cabinet du procureur général prévoit publier un certain nombre de lois révisées chaque année.

Les *Lois révisées de 2012* se trouvent sur la page d'accueil de l'Imprimeur de la Reine sur le site Web du gouvernement du Nouveau-Brunswick, sous *Volumes annuels des lois*. À leur entrée en vigueur, elles apparaîtront également dans la liste alphabétique des lois.

8. Loi relative aux preuves littérales

Dans le n° 16 du *Bulletin de la réforme du droit*, nous avons mentionné que nous avions l'intention d'examiner la *Loi relative aux preuves littérales*, mais qu'il nous semblait de prime abord qu'elle devait être abrogée. Au cours des derniers mois, nous avons étudié la *Loi* attentivement et nous sommes arrivés à la même conclusion.

Notre *Loi relative aux preuves littérales* est calquée de près sur deux lois anglaises, le *Statute of Frauds (1677)* et le *Statute of Frauds Amendment Act, 1828*. Ces lois établissent l'obligation de constater par écrit certains genres de conventions et d'autres opérations. Les exégètes ont expliqué que l'objet de la loi originale était d'empêcher la fraude au moyen d'un faux témoignage au sujet d'une convention orale, et que ce genre de fraude était courant en 1677, entre autres à cause du fait que les parties à une convention n'étaient pas autorisées à témoigner.

Le droit de la preuve et le droit des contrats ont changé depuis cette époque, et les organismes de réforme du droit au Canada et ailleurs ont demandé d'abroger totalement ou partiellement soit les lois anglaises (dans les États où elles sont en vigueur en tant que droit établi), soit les dispositions législatives locales qui sont inspirées de ces lois anglaises. Le plus récent rapport canadien sur la réforme du droit dans ce domaine a été rédigé en 1991 pour la Commission de réforme du droit de Terre-Neuve par le juge Joseph Robertson, qui siège maintenant à notre Cour d'appel, mais qui était à ce moment-là professeur de droit à l'Université du Nouveau-Brunswick. Le juge Robertson a recommandé que les deux lois anglaises soient abrogées et que seulement quelques dispositions soient conservées dans une loi qui les remplacerait. Il a notamment recommandé d'abolir l'obligation d'une convention écrite pour les contrats relatifs à un bien-fonds. Dans un rapport subséquent, la commission du droit de la Nouvelle-Zélande a recommandé que la loi en vigueur dans ce pays soit abrogée dans son intégralité et ne soit pas remplacée.

De nombreux législateurs au Canada et dans d'autres États ont éliminé des parties de leurs lois. La Colombie-Britannique, par exemple, a abrogé son *Statute of Frauds*, mais en ajoutant des dispositions dans une autre loi au sujet de la nécessité d'un écrit pour constater les contrats relatifs à un bien-fonds et les garanties. Le Manitoba est allé plus loin. Il a abrogé les lois anglaises et n'a édicté aucune autre loi pour les remplacer. Nous sommes d'avis que le Nouveau-Brunswick devrait suivre l'exemple du Manitoba.

La *Loi relative aux preuves littérales* prévoit que les ententes ci-dessous sont exécutoires seulement si la convention qui donne lieu à l'action est constatée par un écrit ou s'il en existe un mémoire ou une note et si la convention, le mémoire ou la note porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée :

- les promesses par les exécuteurs testamentaires ou les administrateurs de répondre de dommages sur leurs propres biens [alinéa 1a)];
- les garanties [alinéa 1b) complété par les articles 2 et 3];
- les conventions intervenues en vue d'un mariage [alinéa 1c)];
- les contrats relatifs à un droit afférent à un bien-fonds [alinéa 1d)];
- les conventions qui ne doivent pas être exécutées dans l'année qui suit leur conclusion [alinéa 1e)];
- les conventions relatives au paiement de commissions sur des opérations immobilières (article 6).

La *Loi* impose aussi des obligations de mise par écrit dans les cas suivants :

- les déclarations de fait au sujet de la solvabilité (article 4);
- la ratification de contrats faits pendant la minorité (article 5);
- les transports de droits portant sur un bien-fonds (articles 7 et 8);
- la création de fiducies visant des biens-fonds (article 9);
- les transferts et cessions de fiducies (article 10).

L'une des dispositions de la *Loi*, l'article 12, ne concerne pas les obligations de mise par écrit. Elle traite de la responsabilité des exécuteurs testamentaires et des héritiers à l'égard des dettes du défunt qui sont constatées par jugement.

La documentation sur la réforme du droit est essentiellement en faveur de l'abrogation de la plupart des dispositions de la *Loi*. Selon la documentation, ces obligations sont désuètes, redondantes ou sans effet. Voici des exemples :

- Les obligations découlant de promesses par des exécuteurs testamentaires et des administrateurs de répondre de dommages sur leurs propres biens datent d'une époque où les exécuteurs testamentaires ressentaient l'obligation morale de faire de telles promesses, parce qu'ils recevaient le reliquat de la succession à titre de bénéficiaire si le défunt n'avait pas légué le reliquat, ce qui n'est plus le cas.
- Les obligations applicables aux transports et aux commissions sur des opérations immobilières ont été supplantées par les dispositions de la *Loi sur les biens*, de la *Loi sur l'enregistrement foncier* et de la *Loi sur les agents immobiliers*.

- Les obligations applicables à la création et au transfert des fiducies ont peu ou point d'effet, étant donné que les tribunaux exécutent depuis longtemps les déclarations et les aliénations de fiducies faites oralement, en vertu de la doctrine de fraude en equity et d'autres doctrines.

La documentation est divisée quant à deux dispositions de la *Loi*, c'est-à-dire celles qui imposent l'obligation de constater par écrit les contrats relatifs à un droit afférent à un bien-fonds [alinéa 1*d*] et les garanties [alinéa 1*b*]. Les partisans de l'abrogation de ces obligations font valoir plusieurs arguments. Premièrement, l'obligation d'un écrit contribue à créer plus de fraudes et d'injustices qu'elle en prévient, car elle permet à une partie de déroger à une convention orale par laquelle deux parties s'étaient entendues pour être liées. Deuxièmement, la créativité dont ont fait preuve les tribunaux pour contourner les obligations de mise par écrit ont rendu le droit plus complexe et moins certain, ce qui a donné lieu à un nombre important de litiges. Troisièmement, les obligations de mise par écrit sont incohérentes. En effet, une convention en vue de l'achat d'un bien-fonds modeste nécessite un écrit, mais pas une entente pour l'acquisition de biens ou de titres valant des millions de dollars.

Ceux qui sont en faveur du maintien de ces deux obligations soutiennent qu'elles sont importantes, parce qu'une convention écrite est une indication claire que les parties avaient l'intention de conclure une entente ayant force obligatoire. Sans une convention écrite, tant les parties que les tribunaux auraient de la difficulté à savoir si une entente obligatoire a été conclue. Les parties pourraient donc être liées par des conventions orales auxquelles elles n'avaient pas l'intention de donner force obligatoire.

Les partisans de l'abrogation répondent que les obligations de mise par écrit peuvent être remplies au moyen d'une note incomplète; par conséquent, même si elles sont remplies, il se peut que les parties n'aient pas eu l'intention d'être liées.

L'arrêt rendu récemment par la Cour d'appel dans l'affaire *Druet c. Girouard*, 2012 NBCA 40, illustre ce point. Dans le cadre d'un échange rapide de courriels, deux personnes ont négocié l'achat d'un condominium qui avait été annoncé sur Kijiji. La Cour a statué que les courriels, reliés par inférence, satisfaisaient à l'obligation de produire un « mémoire » par écrit de la convention et elle a tenu pour acquis (sans statuer à ce sujet) que l'obligation de signature prévue par la *Loi relative aux preuves littérales* avait été remplie. Mais la Cour a finalement déterminé que les circonstances – y compris l'intention exprimée par l'acheteur de faire préparer une convention écrite – donnaient à conclure que les parties n'avaient pas l'intention de créer un contrat exécutoire.

Les partisans de l'abrogation font également valoir qu'abroger les obligations de mise par écrit n'empêcherait pas les conventions écrites, dans la plupart des cas, d'avoir un effet en tant qu'indication de l'intention des parties de conclure un contrat exécutoire. Étant donné qu'on continuerait d'utiliser les conventions écrites pour les contrats relatifs à un bien-fonds et pour les garanties (par coutume, par prudence et par nécessité de consigner des termes nombreux et complexes), l'absence d'une convention écrite permettrait de conclure que les parties n'avaient pas l'intention d'être liées.

Ce point est illustré par l'arrêt *Megill-Stephenson Co. c. Woo*, [1989] M.J. n° 271 (C.A.), une décision rendue au Manitoba six ans après l'abrogation des obligations de mise par écrit dans cette province. L'acheteur d'un bien-fonds commercial faisait valoir que les parties avaient conclu une convention orale exécutoire. La cour a statué que la convention orale n'avait pas force exécutoire, parce que le vendeur s'attendait à ne pas être lié avant d'avoir signé le contrat. La cour a fait remarquer que malgré l'abrogation de la loi intitulée *The Statute of Frauds*, la pratique dans les cas d'achat et de vente de bien-

fonds consistait à mettre les contrats par écrit, comme les parties dans cette affaire s'y attendaient de toute évidence.

Ensemble, les décisions dans les affaires *Girouard* et *Megill-Stephenson* donnent à penser que, peu importe l'existence d'obligations de mise par écrit, les tribunaux vont se demander si les parties avaient l'intention d'être liées et ils vont tenir compte de la présence ou de l'absence d'une convention écrite pour statuer sur cette question. Donc, l'abrogation des obligations de mise par écrit n'aurait pas comme résultat de faire en sorte que les parties soient liées par des conventions orales qu'elles ne voulaient pas exécutoires. Les parties seraient plutôt liées par les conventions orales qu'elles voulaient exécutoires.

Nous trouvons persuasifs les arguments en faveur de l'abrogation des obligations de mise par écrit. Il nous semble que même si les conventions écrites peuvent être utiles pour régler la question de l'intention contractuelle, les conditions prévoyant que les conventions *doivent* être constatées par écrit ne le sont pas. Même si la *Loi relative aux preuves littérales* avait pour objet de prévenir la fraude, elle ouvre plutôt la porte aux injustices. Nous croyons donc que la loi devrait être totalement abrogée.

Les réponses et les réactions à toute question abordée ci-dessus doivent être envoyées à l'adresse figurant en tête du présent bulletin, à l'attention de Tim Rattenbury, ou par courriel à lawreform-reformedudroit@gnb.ca. Nous aimerions recevoir vos réponses au plus tard le 15 février 2013.

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.