

ANNEXE C

[Voir la page 60]

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION ET LES PROCÉDURES D'ARBITRAGE PRÉVUS AU CONTRAT CCDC 2 - 1994

Document de travail préliminaire en vue d'une réforme législative éventuelle

Association du Barreau Canadien
(Section du droit de la construction)

INTRODUCTION:

Certaines modifications apportées récemment au contrat CCDC 2 - 1994 visent particulièrement à promouvoir l'arbitrage des différends relatifs aux contrats de construction. L'arbitrage offre la possibilité d'éviter les délais et les coûts qui sont associés aux litiges qui relèvent du droit de la construction. Le présent document examine s'il y a lieu de modifier les dispositions législatives en matière d'hypothèque légale afin de faciliter le recours à l'arbitrage selon le mécanisme préconisé par le CCDC 2 - 1994 ou les autres contrats de construction types.

Au cours des dernières années, de nombreux auteurs ont souligné les avantages que peut offrir l'arbitrage, notamment:

1. la possibilité d'accélérer la résolution du litige;
2. la possibilité de réduire les frais;
3. la souplesse relativement à la procédure et la preuve;
4. la confidentialité;
5. la préservation des relations commerciales;
6. l'expertise des arbitres saisis du dossier.

Dans un discours prononcé le 6 novembre 1992, Me Gordon Henderson notait ce qui suit:

Il existe un intérêt croissant pour l'arbitrage comme mode de règlement des différends. Cet intérêt grandit chez les hommes d'affaires, qui se préoccupent de plus en plus des

ANNEXE C

délais et des coûts dans le système judiciaire [...]. Les avantages de l'arbitrage sont bien connus. C'est un outil qui permet de régler les différends plus rapidement, et à un minimum de frais. Il est mené dans un esprit de confiance plutôt que de confrontation, et il est suffisamment souple pour être adapté aux exigences particulières de l'objet du différend.[traduction]

La condition générale 8 du contrat CCDC 2 - 1994 permet d'exploiter les avantages qu'offre l'arbitrage dans l'industrie de la construction. Cependant, la relation entre l'arbitrage et le régime législatif soulève un certain nombre de problèmes, dont les principaux sont les suivants.

PRIORITÉ ENTRE LES RÉGIMES:

À l'heure actuelle, le régime législatif s'applique même si le contrat prévoit que toute dispute doit être soumise à l'arbitrage (voir, par exemple, Macklem et Bristow, *Construction Builders' and Mechanics' Liens in Canada (6th Ed.) (Carswell, Toronto: 1990)*, p. 6-74. Il en est ainsi en Nouvelle-Écosse où l'article 26 de la *Mechanics' Lien Act* R.S.N.S. 1989, c.277, prévoit que tout privilège enregistré s'éteint quatre-vingt-dix jours suivant la réalisation des travaux ou des services ou la fourniture ou la mise en place des matériaux, à moins qu'une action ne soit introduite pour faire valoir la réclamation et qu'un certificat d'instance ne soit enregistré. Des dispositions analogues existent dans les diverses lois canadiennes sur l'hypothèque légale: *vide Builders Lien Act* R.S.B.C. 1979, c.40, articles 25 et 26; *Builders' Lien Act* R.S.A. 1980, c. B-12, article 32; *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*, R.S.O. 1990, c. C.30, par. 36(3)).

La CG 8.3 de la formule du CCDC reconnaît également le droit du créancier de procéder par voie d'hypothèque légale:

CG 8.3 Conservation des droits

8.3.1 Aucune action de l'une quelconque des parties ne peut être considérée comme une renonciation à un droit ou à un recours, ou à son abandon, si la partie a donné les avis mentionnés à la partie 8 des conditions générales, RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, et s'est conformée aux directives émises en vertu du paragraphe 8.1.3.

8.3.2 Rien dans la partie 8 des conditions générales, RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, ne peut être interprété de façon à empêcher une des

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

parties de revendiquer son droit à un privilège que lui reconnaît la loi pertinente en vigueur à l'emplacement de l'ouvrage; le fait d'intenter une action pour revendiquer ce droit ne peut être interprété comme une renonciation à un droit que la partie peut avoir en vertu du paragraphe 8.2.6 de recourir à l'arbitrage pour établir le bien-fondé de la réclamation sur laquelle ce privilège se base."

En pratique, l'entrepreneur prudent enregistre une hypothèque légale même si son contrat contient une clause d'arbitrage. Dans de telles situations, lequel des deux recours aura préséance? Les lois qui établissent les privilèges ou hypothèques légales ne traitent pas adéquatement du problème mais certaines décisions ont abordé la question. Dans l'affaire *Kvaerner Enviropower Inc. v. Tanar Industries Ltd.* (1994), 17 C.L.R. 70, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta s'est penchée sur la question de savoir si une action hypothécaire selon la *Builders' Lien Act* de l'Alberta devait être suspendue pendant un arbitrage aux termes de l'*International Commercial Arbitration Act*, S.A. 1986, c. I-6.6 ("ICAA"). L'affaire portait sur un projet de construction situé à Whitecourt, en Alberta. Le sous-contrat entre l'entrepreneur général, Kvaerner Enviropower Inc. ("Kvaerner"), dont le principal établissement était aux États-Unis, et Tanar Industries Ltd. ("Tanar") prévoyait que "[traduction] toute controverse entre [Kvaerner] et [Tanar] devait être tranchée par arbitrage conformément aux règles d'arbitrage dans l'industrie de la construction de l'American Arbitration Association [...]".

Tanar avait fait défaut de payer certains de ses sous-traitants et de ses fournisseurs. Ces sous-traitants et fournisseurs ont été payés par la caution de Tanar, à laquelle ils ont cédé leurs droits hypothécaires. Par la suite, Tanar et la caution ont intenté des actions selon la *Builders' Lien Act*. Kvaerner a demandé la suspension de ces actions.

Tanar a soutenu que la clause d'arbitrage rendait inapplicable de nombreuses dispositions de la *Builders' Lien Act* et pour cette raison, devait être considérée nulle en vertu. Tanar s'appuyait également sur l'article 3 de la *Builders' Lien Act* qui précise que:

3. Est contre l'intérêt public et nul l'accord conclu par toute personne aux termes duquel elle se soustrait à l'application de la présente loi ou renonce aux recours qui y sont prévus.
[traduction]

[Des dispositions semblables existent dans les lois des autres provinces: voir, par exemple, l'article 4 de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction, 1983, S.O. 1983, c.6; l'article 9 de la *Builders' Lien Act*, R.S.B.C. 1979, c.40; l'article 3 de la *Mechanics'*

ANNEXE C

Lien Act R.S.N.B. 1990, c.M-3; et l'article 4 de la Mechanics' Lien Act R.S.N.S. 1989, c.277.]

Le juge Dea rejeta l'argument de Tanar (page 79):

L'arbitrage de la partie du prix des travaux ou des matériaux fournis à l'égard d'une amélioration qui reste due à un créancier privilégié n'est pas contraire à la lettre ou à l'esprit de la [loi]. Le recours à l'arbitrage des différends est dans l'intérêt public comme le démontre la Convention internationale et l'Arbitration Act de l'Alberta. De nombreux contrats de construction, sinon la plupart, prévoient l'arbitrage des différends nonobstant le fait que la BLA s'applique aux travaux et aux matériaux fournis aux termes des contrats de construction.[traduction]

Des questions semblables ont été examinées par la Cour d'Appel de l'Ontario dans l'affaire *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132. Automatic Systems Inc. ("ASI") avait engagé Bracknell comme sous-traitant pour fabriquer et installer un système de transportage destiné à l'usine d'assemblage de Chrysler Canada à Bramalea. Le contrat en sous-traitance normalisé d'ASI prévoyait que les "*réclamations non réglées*" entre ASI et le sous-traitant devaient être tranchées par arbitrage. En l'absence de toute autre procédure prévue dans le contrat principal ou d'autre accord entre les parties, l'arbitrage devait être en conformité avec les règles de l'American Arbitration Association et avoir lieu à Kansas City, au Missouri.

Bracknell a enregistré une hypothèque légale aux termes de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* de l'Ontario. ASI a demandé la suspension de l'instance afin de permettre que le différend soit tranché par arbitrage.

La juge Feldman de la Cour générale de l'Ontario a formulé la question en litige dans les termes suivants:

Est-ce que les parties à un contrat en sous-traitance visant un projet commercial en Ontario peuvent convenir de soumettre des différends à l'arbitrage lorsque l'International Commercial Arbitration Act ("ICCA") s'applique, ou est-ce qu'une telle convention équivaut à contracter en dérogation à la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction ("LPIC"), ce qui

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

rend l'accord nul aux termes de l'article 4 de la LPIC?
[traduction]

Le tribunal était d'avis que l'objectif principal de l'article 4 de la LPIC (dont le libellé est semblable à celui de l'article 3 de la loi de l'Alberta mentionné dans l'affaire *Kvaerner*, ci-dessus) était de protéger les entrepreneurs, les sous-traitants et les ouvriers qui ont moins de pouvoir de négociation ou d'expérience contre la renonciation forcée à leurs droits en vertu de la LPIC. Le tribunal a jugé que cette protection avait pour effet de libérer le sous-traitant de son engagement contractuel de soumettre tout différend à l'arbitrage. La Cour d'appel de l'Ontario a renversé cette décision, soutenant que la LPIC ne faisait pas obstacle à l'arbitrage:

Les autres provinces ont édicté une législation analogue à l'ICAA, adoptant la loi type [comme elle a été adoptée par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International le 21 juin 1985] et prévoyant une méthode uniforme et universellement compatible de reconnaissance et d'exécution des accords d'arbitrage commercial conclus entre les parties contractantes canadiennes et d'autres parties adhérant à la Convention. L'objet des conventions des Nations Unies et de la législation qui les adopte est de garantir le respect des méthodes de règlement des différends, devant le tribunal et selon les règles choisies par les parties. Les tribunaux canadiens ont reconnu que la prévisibilité dans l'application des clauses de règlement des différends est une condition préalable indispensable à toute opération commerciale internationale et qu'elle facilite et encourage le libre-échange à l'échelle internationale. *Kaverit Steel & Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (Alta C.A.) à la page 139.
[traduction]

Le juge Austin a également déclaré ce qui suit à la page 144 :

En principe, il est difficile de dire pourquoi, dans le contexte de la LPIC, une distinction quelconque devrait être établie entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international ou, d'ailleurs, entre l'arbitrage interne et l'arbitrage interprovincial. Pour ce

ANNEXE C

qui est de la courtoisie internationale et de l'engagement ferme pris par la législature de cette province envers la politique d'arbitrage commercial international au moyen de l'adoption de l'ICAA et de la loi type, il faudrait, selon moi, pour l'interdire utiliser un langage très clair. [nos soulignés][traduction]

Dans l'affaire *BWV Investments Ltd. v. SaskFerco Products Inc.* (1994), 17 C.L.R. (2d) 165, la Cour d'appel de la Saskatchewan a également confirmé la validité de la clause d'arbitrage contractuelle. Selon la juge Gerwing, (p.182):

Dans le contexte de l'arbitrage interne, une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a reconnu que l'arbitrage n'était pas compatible avec la législation sur le privilège des constructeurs. En se basant sur l'affaire *Defazio*, le tribunal, dans l'affaire *Sandbar Construction* [(1992), 66 B.C.L.R. (2d) 225, 50 C.L.R. 74], a déclaré que la somme d'argent due aux termes du contrat pouvait être déterminée par arbitrage, et recherchée au moyen d'une action contractuelle, sans annuler les objectifs de la législation sur le privilège des constructeurs. La décision arbitrale établissait plutôt "les paramètres extérieurs à l'égard de la somme qui peut être garantie au moyen d'un privilège du constructeur" (page 84). À mon avis, ces cas expriment l'interprétation exacte de la législation sur le privilège des constructeurs. Même s'il est vrai que la BLA prévoit des dispositions afin de déterminer le montant dû entre les parties à un projet de construction, les objectifs sous-jacents de la législation ne semblent pas indiquer que ces dispositions sont l'unique moyen de déterminer ce montant. Face à un différend relatif au montant dû, la question est généralement tranchée au moyen d'une action contractuelle ordinaire. Alors qu'une action du genre de la présente est généralement appelée "action relative à un privilège des constructeurs", rien dans cette action ne la rattache de façon exclusive au privilège du constructeur si ce n'est les règles de procédure prévues expressément pour les constructeurs dans la législation. Cependant, ces droits procéduraux sont expressément limités aux actions intentées aux termes de cette législation : voir l'article 86 de la BLA. Rien dans la BLA n'abroge

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

explicitement ou implicitement le droit de recourir aux moyens utilisables avant l'adoption de la Loi pour déterminer le montant dû relativement à des contrats de construction faisant l'objet de privilèges. En droit commun, donc, une action relative à un privilège des constructeurs n'est pas l'unique moyen de déterminer un montant dû relativement à des contrats faisant l'objet de privilèges. [traduction]

La Cour d'appel a donc renversé la décision du tribunal inférieur et a ordonné la suspension des procédures hypothécaires pendant l'arbitrage.

La jurisprudence semble donc favoriser la préséance du régime contractuel mais il n'en demeure pas moins que les tribunaux ont dû interpréter une législation insuffisamment précise.

SUSPENSION FORCÉE DE L'INSTANCE:

Dans l'état actuel des choses, lorsqu'une action hypothécaire est intentée par le créancier, le débiteur hypothécaire ou le propriétaire qui désire procéder par voie d'arbitrage doit entreprendre des procédures afin d'obtenir la suspension de l'instance judiciaire.

Macklem et Bristow déclarent ce qui suit à la page 3-19 :

La marche à suivre pour le défendeur consiste à présenter une motion en vue de suspendre l'action relative à un privilège jusqu'à ce que la décision arbitrale soit rendue : Art Plastering v. Oliver and Excelsior Const. Co., [1945] O.W.N. 41 (H.C.) Cependant, le tribunal, dans l'affaire Great West Elec. Ltd. v. Housing Guild, [1947] 2 W.W.R. 1023 (B.C.Co.Ct.), a rejeté une demande présentée par un défendeur en vue d'obtenir une suspension des actions relatives à un privilège alors que le contrat de ce dernier contenait une clause d'arbitrage, soutenant qu'une clause de ce genre n'équivalait pas à une renonciation de la part du demandeur à ses droits de réaliser son privilège des constructeurs. Dans l'affaire Pigott Const. Co. v. Fathers of Confederation Memorial Citizens Foundation (1965), 51 D.L.R. (2d) 367 (P.E.I.S.C.), où le demandeur a

ANNEXE C

demandé une ordonnance de suspension de sa propre action relative à un privilège des constructeurs jusqu'à ce que les arbitres aient rendu leur décision, il a été soutenu que le demandeur n'avait pas renoncé à son droit à l'arbitrage en introduisant une action, et la suspension de la poursuite a été accordée. Voir également Lonmar Plumbing & Heating Ltd. v. Representative Holdings (1986), 1 D.L.R. (3d) 591 (Sask.Q.B.); Pearson & Whittemore Pulp-mills Inc. v. Foundation Co. (1970), 73 W.W.R. 300 (Sask. C.A.); Fathers of Confederation Bldgs. Trust v. Pigott Const. Co. (1974), 44 D.L.R. (3d) 265 (P.E.I.S.C.) [traduction]

Les auteurs ajoutent à la page 7-16.3:

Même si en règle générale la réalisation du privilège des constructeurs doit attendre la décision arbitrale lorsque le contrat contient une clause d'arbitrage, il a été soutenu dans l'affaire Great West Elec. Ltd. v. Housing Guild Ltd., [1947] 2 W.W.R. 1023 (B.C.Co.Ct.), que le demandeur pouvait réaliser son privilège malgré la clause d'arbitrage. De même, dans l'affaire Art Plastering Co. v. Oliver, [1945] O.W.N. 41 (H.C.), le tribunal était d'avis que, si une action était introduite, le défendeur pouvait soit renoncer au droit à l'arbitrage en présentant une défense à l'égard de l'action, soit demander une suspension de la poursuite en attendant l'arbitrage ou un rejet immédiat de l'action. Si le défendeur ne faisait ni l'une ni l'autre de ces demandes mais se présentait au procès, il semblerait qu'il serait présumé avoir renoncé à cette clause du contrat. Voir Can. Sand etc. Co. v. Poole (1907), 10 O.W.R. 1041; Pigott Const. Co. v. Fathers of Confederation Memorial Citizens Foundation (No. 2) (1965), 51 D.L.R. (2d) 367 (P.E.I.S.C.); Grannan Plumbing & Heating Ltd. v. Rimpson Const. Ltd. (1979), 24 N.B.R. (2d) 238 (C.A.) [traduction]

Donc, la question de la validité de la clause d'arbitrage peut elle aussi entraîner un litige coûteux. L'affaire *Automatic Systems Inc* mentionnée ci-dessus l'illustre bien. ASI a non seulement dû faire une demande et un appel à l'égard de la question d'arbitrage entre elle et son sous-traitant *Bracknell*, mais elle a également dû faire deux demandes et un appel

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

pour établir son droit de faire trancher par arbitrage ses différends avec un deuxième sous-traitant, *E.S. Fox Limited*. (voir *Automatic Systems Inc. v. E.S. Fox Ltd.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 125 (Ont. Ct. Justice); (1994) 12 B.L.R. (2d) 148 (Ont. C.A.); et [1995] O.J. No. 461 (Ont. Ct. Justice).

Il est entendu que dans le cours normal des choses un tribunal accordera la suspension de l'action aux termes de la loi sur l'arbitrage pertinente. Cependant, l'obligation de prendre des mesures afin d'obtenir une suspension pendant l'arbitrage du différend entre les parties augmente les frais inutilement et ajout au fardeau déjà lourd des tribunaux.

RENONCIATION IMPLICITE:

Notons également les cas où le contrat ne prévoit pas que la clause d'arbitrage s'applique malgré une action hypothécaire. Dans de telles situations, le défendeur risque, s'il comparait à l'action, d'être présumé avoir renoncé à l'arbitrage. S'il ne se défend pas, il risque un jugement par défaut.

CONCLUSION

Nous soumettons qu'une étude plus poussée de la possibilité d'une modification législative dont le but serait de combler cette lacune s'impose. Une telle étude permettrait également d'établir si une approche pan-canadienne était possible, ce qui serait manifestement souhaitable.

La Section du droit de la construction recommande donc que la Conférence pour l'harmonisation des lois du Canada adopte cette question comme sujet de travail pour la prochaine année et qu'un groupe de travail reçoive le mandat de recommander des solutions législatives.