

ANNEXE C

[Voir la page 66]

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

par W. G. Turnbull

La Section nationale du Droit de la construction
de l'Association du Barreau canadien

A. INTRODUCTION

[1] En juin 1995, la Section du droit de la construction de l'Association du Barreau canadien publiait un document de discussion préliminaire intitulé «Builders'/Mechanics' Lien Acts: Interaction with Arbitration Procedures» (Les lois sur le privilège des constructeurs/interaction avec les procédures d'arbitrage). Dans ce document, on analysait trois sujets généraux concernant l'interaction des recours prévus par la loi sur le privilège de la construction avec les clauses d'arbitrage contenues dans les contrats en matière de construction, notamment :

- a) la possibilité qu'un(e) propriétaire, un(e) entrepreneur(e), un fournisseur ou un(e) travailleur(euse) soit obligé(e) d'intenter deux procédures en même temps (soit d'enregistrer un privilège ou intenter une action en justice dans le but de protéger ses droits en vertu d'un privilège tout en étant obligé(e) de soumettre à l'arbitrage d'autres questions relatives au même contrat ou projet);
- b) la possibilité qu'un conflit surgisse entre les exigences procédurales de la loi sur le privilège applicable et l'entente d'arbitrage et l'éventualité qu'une procédure intentée en vertu de la loi ou de l'entente porte atteinte aux droits d'une partie en vertu de l'autre. Dans cette optique, il y a également l'éventualité que l'une des parties au litige adopte intentionnellement une stratégie consistant à recourir à une procédure pour compromettre ou retarder les droits ou recours de l'autre partie;
- c) la possibilité que les parties soient mises en cause dans les demandes ou litiges préliminaires à propos de l'interaction entre les deux procédures ou de la prépondérance d'un processus par rapport à l'autre,

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

ce qui aboutit à des retards et coûts supplémentaires.

[2] Le document conclut que ces préoccupations justifient une étude plus approfondie d'un projet de modification de la loi de façon à favoriser le processus d'arbitrage dans l'industrie de la construction. Le document recommande que la Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada charge un groupe de travail d'identifier les options législatives valables et de formuler des recommandations à cet égard.

[3] Ce document a été préparé en vue d'être examiné dans le cadre de la réunion annuelle de 1997 de la Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada.¹ Il examine la législation relative au privilège et à l'arbitrage, de même que les décisions rendues dernièrement par les tribunaux dans l'ensemble du Canada et discute des choix politiques dont il faut tenir compte si l'on veut réussir à intégrer l'arbitrage aux procédures judiciaires traditionnelles qu'il faudra restructurer pour exécuter les droits et recours prévus par la législation sur le privilège dans l'industrie de la construction.

B. VUE D'ENSEMBLE DES OBJECTIFS POLITIQUES CONFLICTUELS

[4] Dans un projet de construction traditionnel, le(la) propriétaire conclut un contrat avec un(e) entrepreneur(e) général(e), lequel(laquelle) conclut ensuite un contrat de sous-traitance avec des entrepreneur(e)s commerciaux(ales) qui, à leur tour, signent des contrats de sous-traitance avec des fournisseurs et des travailleur(euse)s de la construction. On retrouve habituellement une foule de parties et de contrats différents impliqués dans un projet de ce type. On constate en général aussi des écarts considérables au niveau du pouvoir de négociation appartenant à ceux ou celles qui se trouvent soit tout en haut soit tout en bas de la pyramide de l'industrie de la construction. En outre, les travailleur(euse)s et les fournisseurs des matériaux nécessaires au projet ne disposent habituellement d'aucun lien de droit contractuel avec le(la) propriétaire ou le(la) locataire qui est la source de financement dont ils(elles) attendent le paiement.

[5] Les législateur(trice)s canadien(ne)s ont reconnu que le droit des obligations était inapte à régler et à protéger les droits et obligations des diverses parties

¹ Les recommandations contenues dans ce document sont celles de la Section du droit de la construction de l'Association du barreau canadien. Ce document a été préparé par l'Exécutif de la Section nationale avec la collaboration des sous-sections provinciales.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

impliquées dans un projet de construction. Ce qui a abouti à la mise en place de différents recours in rem par le biais de lois et ce, afin de permettre aux travailleur(euse)s, aux entrepreneur(e)s et aux fournisseurs de matériaux d'enregistrer et d'exécuter un privilège à l'égard du titre du projet et/ou des montants dus ou versés pour sa construction et permettre la jonction de toutes les actions intentées relativement au projet et/ou aux fonds investis en une seule action, malgré le fait que le(la) requérant(e) n'aura en général aucun lien contractuel ni avec le propriétaire foncier, ni avec le(la) détenteur(trice) des fonds.

[6] Afin de protéger les travailleur(euse)s situé(e)s tout en bas de la pyramide, lequel(le)s pourraient autrement être forcé(e)s, en raison de leur faible pouvoir de négociation, d'abandonner leurs droits en vertu de la loi sur le privilège afin d'obtenir du travail, les lois sur le privilège dans l'ensemble du Canada prévoient qu'un(e) travailleur(euse) ne peut renoncer à la protection accordée par la loi. En Ontario, au Manitoba, en Saskatchewan et en Alberta, les lois prévoient également que les parties à un contrat de construction ne peuvent renoncer aux dispositions énoncées dans la législation et que toute condition du contrat en contradiction avec la loi est automatiquement nulle et sans effet². En bref, les législatures et les tribunaux ont reconnu que le droit des obligations était incapable de régler les différends découlant de contrats ou de projets d'amélioration de construction et sont intervenus afin de régler les actions des parties et niveler ce secteur.

[7] La législation adoptée pour faciliter l'arbitrage national et international visait comme objectif politique principal d'assurer une certitude commerciale dans le droit, ce qui avait en outre l'avantage de stimuler les échanges commerciaux. Cet aspect politique devient encore plus important lorsqu'il s'agit de commerce international dans la mesure où les parties au contrat, dont les sièges sociaux respectifs sont situés dans différents pays, peuvent convenir que l'arbitrage aura lieu dans un endroit neutre en vertu de règles générales afin d'éviter les incertitudes juridiques et/ou la perception d'une partialité qui pourrait découler d'un procès tenu dans un ressort étranger sous l'auspice de règles procédurales étrangères³.

² *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*, L.R.O. 1990, c. c-30, art. 4, *Builders' Lien Act*, L.R.M. 1987, c. B91, art. 11, *Builders' Lien Act*, S.S. 1984-85-86, c. B-7.1, art. 99, *Builders' Lien Act*, L.R.A. 1980, C. B-12, art.3.

³ Les objectifs des politiques sous-jacentes à la législation en matière d'arbitrage commercial international sont résumés dans les motifs de

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

[8] L'arbitrage présente également plusieurs avantages par rapport à l'action en justice traditionnelle. En voici quelques-uns :

- a) diminution des retards et des coûts;
- b) possibilité de résoudre le conflit en privé;
- c) possibilité de choisir un(e) arbitre possédant une formation technique ou scientifique ou encore de l'expérience dans le domaine spécifique qui fait l'objet du conflit;
- d) remboursement des coûts de l'arbitrage selon un barème convenu entre les parties plutôt que l'imposition d'un montant par le tribunal;
- e) la possibilité pour les parties de fixer leurs propres règles de procédure et de preuve;
- f) possibilité également d'entretenir d'excellentes relations de travail à long terme à l'issue de la procédure d'arbitrage.

[9] Cependant, les tribunaux et les législatures ont fait preuve, envers les dispositions contractuelles d'arbitrage, d'une véritable opposition à l'égard de l'approche protectionniste et interventionniste caractéristique de la législation sur le privilège dans l'industrie de la construction. Lorsque les parties à un contrat ont prévu, dans le contrat même, le règlement des conflits par le biais de l'arbitrage, les tribunaux et les législatures ont adopté une attitude permissive fondée sur la liberté contractuelle⁴. En

Madame la juge Gerwing dans l'affaire *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.* (1994), 17 C.L.R. (2d) 165 (C.A. Sask.) soit i) donner effet aux intentions des parties; ii) améliorer la prévisibilité quant au règlement des différends internationaux; iii) favoriser l'uniformité des résultats obtenus entre les provinces et territoires; et iv) de ce fait, stimuler les activités commerciales internationales.

⁴ Dans l'affaire *Boart Sweden AB c. NYA Strommes AB* (1988), 41 B.L.R. 295 (H.C. Ont.), le juge Campbell soutient, aux pages 302 et 303, que «la politique publique m'amène à conclure que ce qui prédomine eu égard aux faits de la cause, c'est la politique stricte de cette province selon laquelle lorsque des parties ont convenu par contrat qu'il revient à des arbitres, et

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

outre, les législatures et les tribunaux sont allés encore plus loin en attribuant aux parties l'«intention» de déclinier leur compétence sur les conflits que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage⁵. Le bref exposé qui suit fait état des problèmes qui surgissent de l'interaction entre les différentes politiques susmentionnées.

C. CONFLITS À PROPOS DES QUESTIONS DE PROCÉDURE ET DE FOND

[10] Lorsqu'un conflit surgit entre un(e) entrepreneur(e) et un(e) propriétaire, ou plus particulièrement entre l'entrepreneur(e) général(e) et ses sous-traitants, ses fournisseurs et travailleur(euse)s, des problèmes et des différends de nature procédurale s'ensuivent généralement. Si l'un des contrats renferme une clause d'arbitrage et que les parties au contrat désirent soumettre à l'arbitrage la question du montant dû pour le travail achevé ou retenu, à juste titre, pour des vices dans le travail effectué, il devient alors nécessaire de résoudre les nombreux sujets matière à conflit potentiel ou réel entre les deux types de procédures et les deux lieux d'audience. Voici les sujets spécifiques qu'il faudra discuter :

- a) l'incidence d'une suspension de l'instance judiciaire dans l'attente de l'issue de l'arbitrage sur les délais de prescription prévus par la loi relatifs à l'enregistrement des privilèges et la poursuite des revendications de privilège;

non aux tribunaux, de trancher leurs revendications, les parties doivent respecter les termes de leur contrat ». Ces observations ont été souvent citées dans des décisions ultérieures au niveau de l'appel au Canada.

⁵ Habituellement, la législation nationale comme la législation internationale en matière d'arbitrage prévoient qu'aucune révision judiciaire ne sera effectuée à propos des procédures ou d'une ordonnance d'arbitrage, d'une décision ou d'une sentence prononcée par un arbitre, hormis les cas autorisés. La législation prévoit également que lorsque les parties ont convenu de soumettre un conflit à l'arbitrage, le tribunal doit suspendre toute procédure judiciaire portant sur le même conflit à moins qu'il ne juge l'entente d'arbitrage nulle et sans effet, inopérante ou inexécutable. Ces trois exceptions à la règle générale ont été interprétées de façon stricte.

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

- b) les problèmes découlant de la multiplicité des parties lorsque certaines d'entre elles ne sont pas liées par la clause d'arbitrage;
- c) le risque qu'une démarche entreprise dans l'une ou l'autre des procédures puisse constituer une renonciation des droits dans une autre procédure;
- d) les règles et le lieu de l'audience pour l'arbitrage;
- e) les conséquences d'une clause d'arbitrage sur les cautions qui peuvent avoir versé des paiements pour le travail et les matériaux ou des cautionnements pour garantir le paiement ou l'exécution par les parties au contrat de construction.

D. OPTIONS ET RECOMMANDATIONS

- a) L'incidence d'une suspension de l'instance

[11] En général, le système judiciaire cherche à éviter la multiplicité des actions afin d'économiser temps et argent, de rendre une décision finale à propos de tous les conflits survenus entre toutes les parties concernées et de diminuer les risques d'aboutir à des résultats incompatibles. Lorsque des parties à un contrat de construction ont prévu l'arbitrage de leurs différends découlant de ce même contrat, quelle que soit la partie qui invoque une violation et cherche à obtenir une réparation, elle se trouve confrontée à un dilemme. La partie qui cherche un redressement doit respecter les conditions de la clause d'arbitrage prévue par le contrat, tout en respectant les délais de prescription pour l'enregistrement et la poursuite des réclamations prévus par la loi sur le privilège. Ce qui implique que les parties devront participer à deux processus d'audience sous différentes règles et probablement en deux endroits simultanément.

[12] La solution finalement adoptée pour régler ce problème consiste à surseoir à l'instance jusqu'au dénouement de l'arbitrage dans les cas où les parties ont convenu de subordonner leurs différends à un arbitrage. Dans le cas du privilège cependant, l'imposition d'une suspension de l'instance crée souvent des complications inusitées en raison de la nature double des recours dont dispose un(e) créancier(ère) privilégié(e). Lorsqu'un(e) entrepreneur(e), un entrepreneur sous-traitant, un fournisseur de matériaux ou un(e) travailleur(euse) n'a pas été payé(e), il ou elle peut tenter une action en

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

recouvrement d'une somme d'argent ou une demande de dommages-intérêts en vertu du contrat. Il lui est également loisible d'intenter les recours extraordinaires in rem qui sont rattachés à ce privilège. Pour ce faire, cependant, le(la) créancier(ère) privilégié(e) doit respecter des délais très stricts pour l'enregistrement de son privilège, pour intenter un recours et, dans certains ressorts, pour signifier sa déclaration et inscrire la revendication de son privilège pour instruction. La plupart de ces délais de prescription sont interprétés avec la plus grande rigueur et ne peuvent aucunement être prolongés. C'est le prix exigé par la loi pour bénéficier de la protection extraordinaire accordée par les droits in rem inhérents à ce privilège.

[13] L'arbitrage implique en général l'obligation d'interpréter le contrat dans le cadre du conflit qui oppose les parties à ce contrat. L'arbitrage est donc une procédure courante qui permet de résoudre, par exemple, le problème du montant qu'il reste à payer aux termes du contrat. Lorsque la revendication d'un privilège est suspendue durant le règlement de questions purement contractuelles, il existe cependant la possibilité que le privilège accordé par la loi soit lésé, voire perdu, en raison de l'incapacité du(de la) créancier(ère) à prendre une mesure pour protéger ce privilège.

[14] Il semble par conséquent indispensable de modifier ou de réglementer la procédure de suspension de l'instance prévue par la législation relative à l'arbitrage, de façon à préserver les privilèges.

[15] Options

1. Ces questions peuvent être résolues par les parties de façon privée au moyen d'un contrat.
2. On peut également éviter que la suspension ne porte atteinte aux droits d'une partie à l'égard de son privilège en en faisant la requête devant un tribunal, selon les circonstances.
3. Modifier la loi sur le privilège de façon à prévoir que les différents délais de prescription qui y sont stipulés ne courent pas durant la période où la suspension de l'instance est accordée pour favoriser l'arbitrage.
4. Ajouter une disposition à la loi sur le privilège afin de prévoir que toute suspension des procédures judiciaires en vue de permettre l'arbitrage n'équivaille pas à une interdiction de prendre les mesures nécessaires pour

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

préservé un privilège ou pour protéger le terrain ou l'argent auquel il est rattaché.

[16] **Recommandation**

Nous recommandons l'option 4 dans la mesure où elle répond le mieux aux attentes des parties à un contrat de construction. On retrouve d'ailleurs cette option dans le GC 8.3 du CCDC 2-1994 qui prévoit une réserve à tout droit accordé par la loi sur un privilège, quand bien même les parties auraient convenu par contrat de soumettre leurs conflits à l'arbitrage⁶.

b) **Multiplicité des parties**

[17] À la question de savoir si une revendication de privilège devrait être suspendue pendant l'arbitrage, les tribunaux de première instance ont, en général, été enclins à refuser cette suspension au motif que la clause d'arbitrage invoquée était nulle et sans effet, inopérante ou impossible à exécuter⁷. Les tribunaux d'appel ont, en général,

⁶ Le Comité canadien sur les documents de la construction est composé de représentant(e)s des différent(e)s intervenant(e)s de l'industrie de la construction, notamment des architectes, des ingénieur(e)s, des entrepreneur(e)s et des propriétaires. Le plus récent contrat «Stipulated Price Contract» est le CCDC 2-1994. Dans ce contrat standard, la CG (Condition générale) 8 veut que les dispositions relatives au règlement des conflits exigent la médiation obligatoire et permet à l'une ou l'autre des parties de soumettre le conflit à l'arbitrage. La CG 8.3 prévoit expressément que ces dispositions ne seront aucunement interprétées comme une limite au droit d'une partie à faire valoir son privilège en intentant des procédures judiciaires.

⁷ À titre d'exemple, dans l'affaire *City of Prince George c. A.L. Sims & Sons Ltd. and McElhanney Engineering Services Ltd.*, [1995] B.C.W.L.D. 684 (C.S.C.-B.), le juge Parret a statué que la clause d'arbitrage dans le contrat de construction signée entre A.L. Simms et la Ville était inopérante et inexécutable au motif que les questions en litige impliquaient McElhanney Engineering et que le contrat de la Ville avec McElhanney ne comportait aucune clause d'arbitrage. Dans ses motifs, le juge Parret a observé ce qui

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

infirmé ces décisions judiciaires, au motif cependant que les dispositions législatives ordonnant la suspension de l'instance pendant le déroulement de l'arbitrage étaient obligatoires⁸.

[18] Cette subordination automatique à l'arbitrage des différends survenant dans l'industrie de la construction devient cependant problématique lorsque des tiers, n'ayant pas de lien de droit contractuel avec le document contenant la clause d'arbitrage, sont, de par les faits mêmes, parties au contrat ou au moins concernés par l'objet même du litige. Il faut se rappeler que l'un des objectifs visés par la législation sur le privilège consiste à permettre à un tribunal de démêler l'écheveau complexe des droits et obligations inhérents à tout projet de construction impliquant le(la) propriétaire, les dessinateur(trice)s industriel(le)s, l'entrepreneur(e) général(e), les sous-traitants, les fournisseurs de matériaux et les travailleur(euse)s. L'une des particularités de la législation sur le privilège, par conséquent, est qu'elle crée des recours et des droits d'action in rem entre les parties même si elles n'ont entre elles aucun lien contractuel. Un autre objectif visé par ce type de législation est de permettre à toutes les parties de réunir leurs revendications relatives au projet en une seule action⁹. Les procédures en vue d'exécuter le privilège ou une réclamation sur des biens en vertu de la loi sont donc considérées en quelque sorte comme un recours collectif avec ceux dont les montants

suit «À moins que la procédure d'arbitrage envisagée puisse résoudre le conflit, ce type de procédure entraîne la multiplicité des actions, retarde l'issue du litige, augmente les coûts et crée les difficultés qu'elle cherche justement à éviter.» [Traduction]

⁸ Le juge Cumming s'est opposé au juge Parret dans les motifs rapportés dans *City of Prince George c. A.L. Sims & Sons Ltd. and McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 23 C.L.R. (2d) 253 (C.A.C.-B.), en arguant «qu'en principe, le simple fait que les parties et les questions en jeu soient nombreuses et que certains des défendeurs soient liés par une clause d'arbitrage ne constitue pas un empêchement au droit des défendeurs parties à l'entente d'arbitrage d'invoquer ladite clause.» [Traduction] Les procédures judiciaires intentées par la municipalité contre A.L. Sims et McElhanney Engineering ont par conséquent été suspendues. Pour décider ainsi, le tribunal a tenu compte du fait que cela pouvait occasionner des procédures multiples, des retards et des coûts supplémentaires en plus de la possibilité d'aboutir à des décisions contradictoires entre la municipalité et A.L. Sims et entre la municipalité et McElhanney Engineering.

⁹ Le par. 61(2) du Manitoba; l'article 38 du Nouveau-Brunswick; le par. 34(4) de la Nouvelle-Écosse; l'article 39 de l'Île-du-Prince-Édouard; le par. 88(1) de la Saskatchewan.

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

proportionnels récupérés auprès de ceux qui leur sont hiérarchiquement supérieurs dans la pyramide de l'industrie de la construction. Les lois sur le privilège permettent également une certaine flexibilité en ce qui a trait à la question des parties additionnelles et même dans certains ressorts avant et après le jugement¹⁰.

[19] La procédure d'arbitrage, étant fondée sur le contrat, ne confère pas de semblables pouvoirs à un(e) arbitre à l'égard des tiers et en particulier pour leur accorder des recours in rem. Lorsque la revendication d'un privilège est suspendue, le tribunal tient tout particulièrement compte des droits des tiers qui ne sont pas liés par la clause d'arbitrage et des autres revendications qui ont pu être intentées ou susceptibles d'être intentées pendant la durée du processus d'arbitrage. Le tribunal doit également prendre en compte les intérêts de toute partie intervenant d'habitude dans ce type d'arbitrage ou d'action qu'il faudra faire participer aux procédures dans les deux lieux d'audience dans l'éventualité où les procédures judiciaires ne seraient pas suspendues.

[20] Il ne faut pas s'étonner que les juges en soient arrivé(e)s à des conclusions différentes pour résoudre ce problème. Certain(e)s juges ont simplement autorisé la poursuite des actions intentées par des tiers. D'autres ont ordonné la suspension temporaire des actions intentées par des tiers pendant une durée fixe et limitée. D'autres encore ont suspendu les procédures des tiers jusqu'à l'issue de l'audience relative à l'arbitrage et le prononcé de la sentence arbitrale au motif que celle-ci pourrait éclaircir les questions pertinentes pour les tiers.

[21] Une autre question soulevée dans certains cas concerne le fait que les tiers devraient être liés par la clause d'arbitrage du seul fait qu'elle a été incorporée à leur contrat par renvoi. Les contrats de sous-traitance standard en matière de construction comprennent normalement les conditions générales du contrat principal par mode de renvoi. Cette disposition a été interprétée de façon restrictive lorsque l'on a soutenu qu'une clause d'arbitrage contenue dans le contrat général était incorporée par renvoi dans le contrat de sous-traitance¹¹. Nous recommandons l'adoption d'une approche

¹⁰ Le par. 62(6) de l'Ontario; l'article 51 de l'Alberta; l'article 74 du Manitoba; le par. 38(7) de Terre-Neuve; le par. 35(4) de la Nouvelle-Écosse; l'article 49 de l'Île-du-Prince-Édouard; le par. 88(4) de la Saskatchewan.

¹¹ *Dynatec Mining Ltd. c. PCL Civil Constructors (Canada) Inc.* (1996), 25 C.L.R. (2d) 259 (Cour de justice de l'Ont. (Div. gén.)).

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

commune qui chercherait à équilibrer les intérêts des intervenant(e)s à l'arbitrage avec ceux des tiers qui ne sont pas parties à la clause d'arbitrage.

[22] Options

1. Ajouter une disposition à la loi sur le privilège pour préciser que les actions intentées par des tiers peuvent se poursuivre sans qu'il soit fait référence à un arbitrage en cours.
2. Ajouter une disposition à la législation sur le privilège autorisant la poursuite des actions de tiers, mais donnant le droit à toute partie à une telle action, qui est également partie à l'arbitrage à propos de la même question ou de problèmes reliés, de requérir une suspension de l'instance dans l'éventualité d'un préjudice ou d'une contrainte.
3. Faire en sorte que la loi sur le privilège permette à une partie à un contrat ou à une clause d'arbitrage de suspendre les revendications de privilège d'un tiers pour une période de temps limitée seulement et prolonger cette suspension de temps à autre jusqu'à la conclusion, à condition que i) l'arbitrage soit expédié rapidement; ii) que le privilège revendiqué sur le terrain ou l'argent soit garanti et ne soit pas compromis en raison d'un retard dans les procédures; et iii) que les tiers ne soient pas indûment lésés.
4. Faire en sorte que la législation prévoit la suspension de toutes les procédures où des tiers sont mis en cause dès l'ordonnance de suspension de l'instance et simultanément à la suspension de l'instance entre les parties à l'entente d'arbitrage.
5. La législation sur le privilège devrait conférer au tribunal chargé de procéder au renvoi, le pouvoir de mettre en cause des tiers à l'arbitrage¹².
6. Ajouter une disposition à la législation de façon à prévoir qu'une clause d'arbitrage dans un contrat général serait censée être comprise par

¹² Le juge de première instance a rendu une ordonnance qui ajoutait une caution au processus d'arbitrage dans l'affaire *Kvaerner Enviropower Inc. c. Tanar Industries Ltd., Sovereign general Insurance Company and Noralta Metal Fabricators Inc.* (1994), 17 C.L.R. (2d) (C.B.R. Alberta), quoiqu'il n'eût manifestement pas la compétence d'agir ainsi.

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

renvoi dans tous les contrats de sous-traitance de niveau inférieur au contrat général dans la pyramide de construction.

[23] **Recommandation**

À notre avis, l'option 3 réalise le mieux l'équilibre entre les intérêts des parties à l'arbitrage et des tiers mis en cause. Bien que les parties à la clause d'arbitrage ne devraient pas, selon nous, être obligées de participer aux procédures en cours dans deux lieux à la fois, les tiers ne devraient pas non plus subir de préjudice en raison d'une suspension de l'instance, ni ne devraient être obligés de déposer une requête pour leur permettre de poursuivre. Accorder une suspension à durée limitée et ensuite imposer aux parties à l'arbitrage le respect de la suspension accélérera la procédure d'arbitrage et ne retardera pas indûment ni ne portera atteinte au «recours collectif» exigé pour résoudre toutes les revendications relatives au projet¹³.

c) **Renonciation**

[24] Au fur et à mesure que le droit a élaboré les procédures relatives à la suspension de l'instance durant l'arbitrage, une jurisprudence importante s'est développée à propos de la question de la renonciation. Au cours des années, de nombreuses demandes ont été effectuées impliquant l'une ou l'autre partie soutenant qu'une mesure prise dans le cadre d'une revendication de privilège équivaut à une renonciation exécutoire des droits conférés par la clause d'arbitrage¹⁴. Dans un conflit en rapport avec la construction, il

¹³ L'adoption de cette option permettrait de réduire, voire d'éliminer, l'éventuel préjudice causé aux tiers lorsque l'arbitrage en cours se déroule lentement ou n'a pas lieu. Le juge en chef MacPherson a eu à traiter plusieurs demandes présentées à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick en 1996 par un sous-contractant du nom de Fuller Austin Insulation Inc. relativement à l'affaire *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.* Bien que l'action principale et les plaintes de tous les sous-traitants fussent suspendues en 1994 pour pouvoir renvoyer l'affaire à l'arbitrage en Suisse; jusqu'à ce jour, aucune des parties à la clause d'arbitrage n'a manifesté le désir de procéder à l'arbitrage. Fuller Austin cherchait un recours à partir de la suspension précédemment accordée.

¹⁴ Une requête en suspension des procédures de la part du(de la) défendeur(esse) doit être déposée avant qu'une autre mesure soit prise pour faire avancer les procédures judiciaires, sinon le(la) défendeur(esse)

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

est fort probable qu'une partie sera considérée comme ayant abandonné ses droits à l'arbitrage, soit de façon involontaire, soit en raison de démarches qu'elle aura prises en application de la loi afin de préserver son privilège ou de poursuivre son action en justice pour l'exécuter. Certaines autorités ont statué que l'introduction d'une revendication du privilège ne constituait pas une renonciation par le(la) requérant(e) de ses droits à soumettre le conflit à l'arbitrage¹⁵. Autoriser un(e) requérant(e) à intenter une action ne règle cependant pas son problème.

[25] En général, en vertu de la législation sur le privilège, il ne s'agit pas uniquement de la période impartie à un(e) requérant(e) pour intenter sa revendication, mais également de la période fixée pour signifier sa déclaration et inscrire la cause pour l'instruction; délais qui sont tous prévus par la loi, assez courts et tellement stricts que même une ordonnance du(de la) juge ne pourrait les prolonger. Ce qui sous-entend qu'en prenant une telle mesure, le(la) requérant(e) pourrait être considéré(e) comme ayant renoncé à ses droits à l'arbitrage. On avance cependant que le droit en vigueur laisse inutilement ouverte la possibilité qu'une partie renonce à ses droits par inadvertance ou en raison du conflit qui résulte du fait d'intenter des procédures à deux endroits en même temps.

[26] Options

1. Cette question pourrait être résolue par les juges chargé(e)s de décider de la demande en appliquant le test suivant : «Pour constituer une renonciation,

sera censé(e) avoir renoncé à son droit de soumettre le conflit à l'arbitrage. Voici quelques exemples de mesures qui ont été considérées comme des renonciations : i) la présentation d'un moyen de défense; ii) une demande visant à prolonger le délai de présentation d'un moyen de défense; iii) la délivrance d'une ordonnance visant à cautionner les coûts; iv) exiger et recevoir des précisions; et v) verser un paiement au tribunal pour annuler un privilège. Bien qu'il soit relativement simple d'exiger du(de la) défendeur(esse) qu'il(elle) demande une suspension des procédures avant qu'il(elle) ne produise sa déclaration, ces exemples démontrent que les tribunaux se fondent sur des actes encore plus mineurs pour décider qu'il s'agit d'une renonciation.

¹⁵

Lonmar Plumbing and Heating c. Representative Holdings (1968), 1 D.L.R. (3d) 591 (C.B.R. Sask.); *Pigott Const. Co. c. Fathers of Confederation Memorial Citizens Foundation* (No. 2) (1965), 51 D.L.R. (2d) 367 (C.S.Î.-P.-É.).

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

l'action ou la démarche prise doit aller dans le sens des procédures judiciaires et non pas chercher à les supprimer».

2. On pourrait ajouter des dispositions à la législation sur le privilège afin de prévoir qu'une démarche légale entreprise par une partie n'équivaut pas à une renonciation de son droit à soumettre le conflit à l'arbitrage¹⁶.

3. La législation sur l'arbitrage pourrait être modifiée de façon à prévoir que toute renonciation à l'application d'une disposition sur l'arbitrage doit être volontaire et confirmée par écrit.

[27] **Recommandation**

Nous recommandons l'option 2 dans la mesure où elle réalise un équilibre raisonnable entre les exigences procédurales relatives aux deux lieux d'audition de l'instance pour un conflit en matière de construction. Ce type de disposition serait le corollaire indispensable à la recommandation concernant la question a) discutée ci-dessus.

d) **Procédure relative à l'audience et règles applicables**

[28] La procédure d'arbitrage est essentiellement définie par les conditions de l'entente renfermant les règles sur lesquelles les parties se sont entendues. Du fait que ces questions sont prévues par le contrat, elles ne lient bien entendu que les parties à la clause ou à l'entente d'arbitrage. En outre, la procédure d'arbitrage ne permet pas la participation des parties qui n'ont pas de lien contractuel avec la clause ou l'entente d'arbitrage, si ce n'est au moyen d'un consentement unanime. Cela peut constituer une importante restriction à un conflit en matière de construction en raison du grand nombre de parties en jeu.

¹⁶ Dans le cas d'un arbitrage international, on a déjà débattu de cette question conformément à la *Loi sur l'arbitrage commercial international*) et au droit international (annexe 2 de l'*ICAA*). L'article 9 prévoit qu'«il n'est pas incompatible avec une entente d'arbitrage qu'une partie demande, avant ou pendant les procédures d'arbitrage auprès d'un tribunal, une mesure provisoire de protection que le tribunal peut ordonner.»

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[29] En vertu de la législation sur le privilège, des dispositions spéciales autorisent la jonction de toutes les réclamations et des parties pour pouvoir, en dernier ressort, trancher les questions en litige. Aux termes de ces lois, les droits sont rattachés aux terrains appartenus ou aux montants d'argents payables par les parties qui se situent au-dessus des créancier(ère)s privilégié(e)s dans la hiérarchie de la construction, mais avec qui les créancier(ère)s privilégié(e)s n'ont pas de lien de droit contractuel. On constate donc que les tiers auront en général un intérêt direct dans l'issue de l'arbitrage et surtout à l'égard de la décision relative au montant qu'il reste à payer à la partie située directement au-dessus d'eux dans la hiérarchie, mais sans avoir systématiquement le droit de prendre part à la procédure d'arbitrage. Il arrive parfois que les questions tranchées par l'arbitrage nécessitent ainsi une deuxième décision, cette fois prononcée par un tribunal judiciaire.

[30] Dans le cas d'un arbitrage international, le lieu de l'audition de l'arbitrage peut devenir un problème. Il arrive fréquemment que les parties aient convenu que l'audience sur l'arbitrage aura lieu à un endroit très éloigné du lieu du travail effectué¹⁷. Étant donné la nature du «recours collectif» des procédures relatives au privilège, il arrive que les requérant(e)s situé(e)s au bas de la hiérarchie soient désavantagé(e)s lorsque les dispositions du contrat général prévoyant des mécanismes de règlement extrajudiciaire ont été incorporées par renvoi à tous les contrats de sous-traitance relatifs

¹⁷ Il arrive que des entrepreneurs de gros projets situés au Canada proviennent d'une autre province, des É.-U. ou d'Europe. Les entrepreneurs canadiens répondent plus souvent à des offres de travail aux É.-U. et ailleurs. Il est à présent courant de les voir accepter de soumettre leurs conflits à la LACI dans les centres d'arbitrage international établis à cette fin dans différents lieux. Cette situation peut parfois limiter la participation déterminante des créancier(ère)s privilégié(e)s de moindre envergure qui n'ont pas les moyens de comparaître à une audience tenue dans un pays éloigné. Par exemple, dans *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.*, *supra*, l'estimation fournie au tribunal des coûts inhérents à un arbitrage mené au lieu convenu, soit en l'occurrence Genève, était de 1 - 2 000 000 \$.

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

au projet ou à l'amélioration.

[31] Ce type de conséquence contredit la politique, qui s'applique habituellement en matière d'audience et qui veut que le lieu de l'audience soit situé à une proximité raisonnable du domicile des parties ou à l'endroit où les recours in rem sont invoqués dans le district judiciaire le plus proche de l'objet même du conflit, soit le projet de construction. Il faut cependant noter que tant la législation nationale qu'internationale en matière d'arbitrage exige du tribunal qu'il réfère la cause à l'arbitrage selon les modalités convenues entre les parties, y compris le choix de la juridiction, le lieu de l'audience et le choix du droit applicable. La politique qui autorise les parties à choisir les règles, le lieu de l'audience et le droit applicable semblerait moins justifiable dans les cas où ces choix seraient susceptibles de nuire aux droits respectifs des nombreuses parties qui ne disposent d'aucun pouvoir de négociation pour influencer véritablement sur les conditions qui leur sont imposées par les dispositions relatives à l'arbitrage dès qu'elles ont signé leur contrat de sous-traitance pour accomplir le travail ou fournir les matériaux nécessaires à la réalisation du projet.

[32] Options

1. Ce type de conséquence contredit la politique, qui s'applique habituellement en matière d'audience et qui veut que le lieu de l'audience soit situé à une proximité raisonnable du domicile des parties ou à l'endroit où les recours in rem sont invoqués dans le district judiciaire le plus proche de l'objet même du conflit, soit le projet de construction. Il faut cependant noter que tant la législation nationale qu'internationale en matière d'arbitrage exige du tribunal qu'il réfère la cause à l'arbitrage selon les modalités convenues entre les parties, y compris le choix de la juridiction, le lieu de l'audience et le choix du droit applicable. La politique qui autorise les parties à choisir les règles, le lieu de l'audience et le droit applicable semblerait moins justifiable dans les cas où ces choix seraient susceptibles de nuire aux droits respectifs des nombreuses parties qui ne disposent d'aucun pouvoir de négociation pour influencer véritablement sur les conditions qui leur sont imposées par les dispositions relatives à l'arbitrage dès qu'elles ont signé leur contrat de sous-traitance pour accomplir le travail ou fournir les matériaux nécessaires à la réalisation du projet.

2. Il faudrait conférer au tribunal chargé du renvoi le pouvoir de superviser, en vertu de la loi sur le privilège, la procédure d'arbitrage et le lieu du

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

déroulement de l'audience.

3. On pourrait conférer au tribunal le pouvoir de refuser de suspendre les procédures relatives à la revendication du privilège et de soumettre le conflit à l'arbitrage dans les cas où le lieu de l'audience convenu par les parties à la clause d'arbitrage entraînerait un préjudice pour les tiers après avoir évalué les inconvénients respectifs des parties.

[33] **Recommandation**

Étant donné la politique qui favorise la subordination à l'arbitrage des ententes et que l'on retrouve dans la législation sur l'arbitrage à l'échelon national et international, nous recommandons l'option 3 comme étant la meilleure. Cela n'entraverait qu'au minimum la procédure d'arbitrage adoptée par les parties dans leur contrat et permettrait au tribunal d'intervenir afin de protéger les droits des tiers lorsque les actions ou les omissions des parties à l'arbitrage ont porté atteinte à leurs droits.

e) **Incidence des cautionnements**

[34] L'entrepreneur(e) général(e) et les principaux sous-traitants peuvent avoir été forcé(e)s d'obtenir le paiement du travail et des matériaux et les cautionnements relatifs à l'exécution du travail conformément aux termes de l'appel d'offre lancée par les propriétaires fonciers. Ces cautionnements protègent contre les pertes dues à l'inexécution du contrat par l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution. Les cautionnements en garantie du paiement sur le travail et les matériaux protègent contre le non-paiement dû par l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution de ceux avec qui il a conclu un contrat de sous-traitance pour les matériaux ou le travail à exécuter. Bien qu'ils(elles) ne soient pas parties au cautionnement, ces sous-contractant(e)s et fournisseurs disposent d'un droit direct dans l'éventualité où l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution néglige de verser le paiement dû.

[35] Si la caution verse les paiements dus à ces sous-traitants et fournisseurs, il faudra procéder à une cession des droits contractuels et relatifs au privilège de façon à pouvoir revendiquer le remboursement des montants payés en vertu de la caution à l'encontre de l'entrepreneur(e) qui a fait défaut de payer et/ou de façon à pouvoir intenter un recours in rem à l'encontre du terrain ou des fonds disponibles. Dans ce cas, la caution prendra «la place» des requérant(e)s dont elle a payé les revendications jusque là, dans la mesure où leurs droits contractuels et leurs droits relatifs au privilège sont concernés.

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

[36] La caution qui a payé les revendications, par conséquent, se trouve dans la même situation que n'importe quel autre tiers mis en cause. Ceci dit, l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution et/ou son payeur pourrait obtenir une suspension de l'instance intentée par la caution conformément aux cessions accordées par les tiers au moment du paiement de leurs revendications, pendant la durée des procédures d'arbitrage entre l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution et son payeur¹⁸.

[37] Une autre éventualité est celle de la caution qui refuse de payer aux termes d'un cautionnement garantissant le paiement du travail et des matériaux et si l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution a accepté de soumettre les conflits à l'arbitrage, la caution peut soutenir avec succès qu'une action intentée par un sous-traitant ou un fournisseur en vertu du cautionnement devrait être suspendue pendant le déroulement de l'arbitrage¹⁹. Cela amplifie d'autant l'incidence de la suspension obligatoire susceptible d'être octroyée à la requête de l'une ou l'autre des parties au contrat renfermant la clause d'arbitrage.

[38] Quelle que soit la situation, il faut noter que la caution ne sera pas nécessairement liée par la clause d'arbitrage ou l'issue de la procédure d'arbitrage²⁰. La

¹⁸ C'est la situation dans laquelle s'est retrouvé Sovereign General Insurance dans la décision *Kaevemer, supra*. Sovereign n'a pas été autorisé à poursuivre la revendication de son privilège en Alberta parce que le sous-traitant avait accepté de soumettre les conflits découlant du contrat à l'arbitrage à Baltimore (Maryland).

¹⁹ Dans l'arrêt *Fuller Austin c. Wellington Insurance Co.* (1995), (non publiée) (C.B.R. Sask.), le juge MacPerson a ordonné une suspension provisoire d'une action intentée aux termes d'un cautionnement destiné à garantir le paiement du travail et des matériaux par un sous-traitant du nom de Fuller Austin, dans l'attente de l'issue d'un arbitrage entre l'entrepreneur fautif et son payeur. Pour rendre cette ordonnance, le juge s'est fondé sur le fait que l'arbitrage pourrait clarifier certaines questions et ce, au profit des procédures intentées en vertu du cautionnement. Cette suspension était cependant provisoire puisque l'arbitrage n'avait pas encore débuté après les 9 mois et demi écoulés depuis la suspension de «l'action principale» opposant BWV et UHDE pour permettre la tenue de la procédure d'arbitrage.

²⁰ Au paragraphe 7.7 de *Scott and Reynolds on Surety* intitulé Arbitration Provisions, les auteurs suggèrent que, en l'absence d'une disposition spécifique relative à l'arbitrage, la caution ne devrait pas être liée par une clause d'arbitrage prévue à un contrat assorti d'un cautionnement.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

caution ne sera pas non plus autorisée à participer à l'arbitrage, même si elle a un intérêt financier direct dans l'issue de la procédure d'arbitrage si l'on croit que l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution sera incapable de payer le montant de la sentence arbitrale.

[39] Les recommandations ci-dessus formulées relativement aux questions déjà traitées résoudront probablement les problèmes découlant d'une suspension de l'action intentée par la caution ou lorsque la caution cherche à faire suspendre une action intentée contre elle durant la procédure d'arbitrage entourant un conflit impliquant l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution. Il faudrait ajouter d'autres dispositions législatives cependant pour autoriser la caution à participer à une procédure d'arbitrage lorsque le cautionnement est en mauvaise posture et que l'entrepreneur(e) qui a fourni la caution est devenu(e) insolvable ou ne voudra ou ne pourra, pour une raison ou une autre, protéger ses intérêts dans l'arbitrage.

[40] Options

1. Permettre à la caution de participer à la procédure d'arbitrage à sa guise à condition qu'elle respecte les conditions de la soumission et convient d'être liée par la sentence.
2. Exiger de la caution qu'elle participe à la procédure d'arbitrage comme si elle était partie à la clause ou à l'entente d'arbitrage, de sorte qu'elle soit liée par l'issue de l'arbitrage.
3. Exiger de la caution qu'elle participe à la procédure d'arbitrage comme si elle était partie à la clause ou à l'entente d'arbitrage, de sorte qu'elle soit liée par l'issue de l'arbitrage.

[41] Recommandation

Nous recommandons l'option 2 dans la mesure où elle est la plus susceptible d'éviter la tenue d'une seconde audience au tribunal au sujet des questions qui font l'objet de l'arbitrage. Elle diminue également le risque que la caution se retrouve en mauvaise posture du fait de l'issue de la procédure d'arbitrage.

RECOURS ET ARBITRAGE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGE DE LA CONSTRUCTION

E. CONCLUSION

[42] Il est impossible de modifier la LACI et la loi type pour protéger les créancier(ère)s privilégié(e)s et leurs droits in rem relativement à une question qui relève d'un projet de construction «international», étant donné la nature multijuridictionnelle de la LACI. Il faut par conséquent tenir compte des projets de modification aux lois sur le privilège en vigueur dans les provinces et territoires.

[43] La législation sur le privilège dans les ressorts canadiens n'est pas uniforme jusqu'à ce jour. On ne peut donc pas encore rédiger des modifications qui satisferaient les recommandations susmentionnées tout en respectant les dispositions des différentes lois sur le privilège. On pourrait cependant envisager de rédiger une partie distincte qui serait ajoutée aux différentes lois sur le privilège, partie qui refléterait les recommandations formulées dans la mesure où elles peuvent être rédigées d'une manière uniforme, eu égard aux variations existant dans les lois.

[44] Options

1. Formuler les recommandations de la CHLC relativement aux questions analysées dans ce document en fonction des provinces et territoires de façon à pouvoir les considérer par rapport aux différentes lois sur le privilège sur une base ad hoc.
2. Tenter de rédiger une partie uniforme qui intégrerait les M.R.C. aux différentes lois sur le privilège et que l'on ajouterait aux lois actuellement en vigueur en cette matière dans les différents ressorts canadiens.
3. Rédiger une loi sur le privilège uniforme qui remplacerait les différentes lois en vigueur dans les différents ressorts et intégrerait la LACI et la législation nationale sur l'arbitrage.

[45] Recommandation

Nous estimons que l'option 2 est la plus susceptible de réaliser l'objectif visé. Depuis 1992, les tribunaux ont eu à examiner les problèmes évoqués dans le présent document, notamment les cours d'appel de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et de l'Ontario. Bien que l'adoption d'une loi sur le privilège intégrale et

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

uniforme puisse, à long terme, être un objectif des plus souhaitables, on ignore encore avec exactitude si les législateur(trice)s des provinces et territoires ou l'industrie de la construction estiment qu'une loi de ce type répondrait actuellement à une véritable nécessité. Rédiger une partie distincte qui réglerait les problèmes soulevés dans le présent texte pourrait constituer une solution ponctuelle tout en laissant la possibilité d'adopter une législation sur le privilège uniforme pour l'avenir.

[46] Nous recommandons par conséquent à la CHLC et à la Section du droit de la construction de l'ABC de rédiger une ébauche de cette partie uniforme.