

Bulletin de la réforme du droit

Ministère de la Justice
Pièce 117, Édifice du Centenaire
C. P. 6000, Fredericton (N-B), Canada E3B 5H1
Tél. : (506) 453-2854 Téléc. : (506) 457-7899
Courriel : Tim.Rattenbury@gov.nb.ca

Le Bulletin de la réforme du droit est publié par la Direction des services législatifs du ministère de la Justice. 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. Le Bulletin a pour objet de fournir de brefs renseignements sur certains des projets de réforme du droit actuellement à l'étude à la Direction et de solliciter des réactions ou des renseignements concernant des sujets qui sont au stade initial de l'étude.

Le Ministère remercie tous ceux qui nous ont fait part de leurs observations sur les sujets abordés dans les numéros antérieurs. Nous encourageons d'autres à faire de même. Nous répétons également notre suggestion aux lecteurs qui, sur le plan professionnel ou social, travaillent avec des groupes susceptibles de s'intéresser aux questions discutées dans le Bulletin de la réforme du droit d'informer ces groupes des mesures envisagées par le Ministère et leur proposer de nous faire part de leurs commentaires et observations. Il nous est impossible de faire parvenir le Bulletin de la réforme du droit à tous ceux qui seraient intéressés par son contenu, car ce contenu est beaucoup trop vaste. Néanmoins, il nous ferait plaisir de recevoir des observations et des commentaires de n'importe quelle source.

Nous soulignons que 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 président des positions adoptées par le ministère de la Justice ou le gouvernement provincial. Lorsque le ministère 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. L'article 43.1 de la Loi sur la preuve

Dans le numéro 10 du *Bulletin de la réforme du droit*, nous avons énoncé nos recommandations provisoires au sujet des modifications à l'article 43.1 de la *Loi sur la preuve*, après en avoir discuté en termes plus généraux dans le numéro 9. Cet article crée un privilège relatif à la preuve dans le cadre du mécanisme de contrôle de la qualité des hôpitaux.

Après avoir examiné les réponses que nous avons reçues (certaines en faveur des modifications, d'autres non), nous avons mis la dernière main à nos recommandations qui ont été mises en vigueur par la *Loi modifiant la Loi sur la preuve*, c. 38 L.N.-B. 1999. Ces modifications ont permis de revoir la formulation du privilège actuel en ce qui concerne les documents et d'ajouter un paragraphe qui porte sur les opinions

exprimées dans le cadre d'enquêtes au sujet d'incidents qui surviennent dans les hôpitaux. Les modifications sont entrées en vigueur au moment de la sanction royale, le 12 mars 1999, et elles s'appliquent aux instances introduites à compter de cette date.

2. Procureur chargé de soins personnels

Cette question a déjà été abordée dans les numéros 9 et 10 du *Bulletin de la réforme du droit*. L'adoption de mesures législatives permettant la nomination de procureurs chargés de soins personnels recueillait beaucoup d'appuis. Récemment, nous avons examiné les projets de réforme du droit et les mesures législatives des autres administrations, et nous avons conclu que les points décrits ci-dessous représentent les principaux enjeux qui doivent être pris en considération dans l'élaboration des mesures législatives. Les réactions aux sujets abordés ci-dessous nous aideront à fixer les orientations d'une proposition précise que nous formulerons en vue de la présenter au ministère et au gouvernement.

1. *Qui peut nommer un procureur?* « Tout adulte mentalement capable » semble être la réponse la plus logique. Cependant, certaines provinces ont fixé un âge minimal pour être habilité à signer une procuration; parfois, l'âge minimal est d'à peine 16 ans. Nous ne connaissons aucun motif évident qui nous inciterait à abaisser l'âge minimal de cette façon. Par conséquent, nous aurions tendance à préférer l'expression « tout adulte mentalement capable ».

2. *Quelle forme ce document devrait-il avoir?* Comme point de départ, nous pourrions nous entendre sur la possibilité de combiner une procuration relative aux soins de la personne et une procuration en vigueur relativement aux biens. Par conséquent, la formule actuellement prescrite par l'article 58.2 de la *Loi sur les biens* – à savoir une procuration signée devant témoin indiquant expressément qu'elle pourra être exercée lorsque le donateur sera mentalement incapable – devrait être acceptable.

Mais ce document devrait-il être la *seule* formule acceptable? Nous pensons actuellement qu'il devrait être le seul document acceptable, sous réserve de l'exception décrite

ci-dessous. Nous ne constatons aucune irrégularité dans les conditions de forme prescrites par la *Loi sur les biens*, et notre examen des mesures législatives des autres administrations nous incite à conclure que toute exigence additionnelle que nous pourrions créer en matière de soins de la personne ne serait pas très différente des critères actuels de la *Loi sur les biens*. Il nous semble donc plus simple de conserver la formule actuelle.

Cela signifie-t-il que le document créant la procuration devrait être signé et scellé? Dans l'affirmative, cette exigence est-elle désirable? Nous constatons que l'usage du sceau est une caractéristique normale des procurations prévues par l'article 58.2; de plus, certains des documents que nous avons étudiés indiquent que dans la langue juridique, seule la nomination d'un mandataire (ou d'un « procureur ») qui est revêtue du sceau peut être correctement appelée une « procuration ». Par contre, d'autres auteurs affirment qu'on peut à bon escient considérer comme une procuration toute nomination par écrit d'un mandataire; selon eux, on a recours à un acte formaliste dans le seul et unique but de faire en sorte que le procureur puisse exercer le pouvoir de signer des actes sous le sceau au nom de son mandant.

À l'heure actuelle, nous pensons que l'utilisation du sceau *devrait* probablement être l'une des caractéristiques essentielles d'une procuration relative aux soins de la personne, sous réserve de l'exception décrite ci-dessous. Nous adopterions ainsi la norme actuelle et nous aurions l'avantage de donner une forme quelque peu officielle au mécanisme de nomination; de cette façon, les personnes qui créeront des procurations à l'avenir seront probablement plus enclines à agir prudemment, voire à consulter un avocat dans le cadre de leurs démarches. Nous ne sommes pas disposés à recommander des mesures moins strictes. Certaines administrations ont agi de façon beaucoup plus directe et ont exigé l'intervention d'un professionnel du droit ou d'une autre discipline en édictant, à titre d'exemple, que le témoin de toute procuration permanente doit être un avocat.

Nous estimons que le fait de conserver l'exigence de l'apposition du sceau causera

très peu d'inconvénients. Au plan pratique, nous prévoyons que la grande majorité des gens qui voudront prendre des dispositions au sujet de leurs soins personnels en exécutant une procuration désireront régler en même temps les questions relatives à leurs biens. Bien sûr, si le donateur souhaite désigner des procureurs différents pour s'occuper de ses soins et de ses biens, il pourra faire préparer plus d'un document. Mais si les deux documents sont signés à la même occasion, le fait d'imposer les mêmes exigences de forme dans les deux cas ne devrait pas causer beaucoup d'inconvénients.

La seule exception à la règle pourrait donner lieu à la création d'une formule spéciale qui serait utilisée dans les hôpitaux. Pendant un séjour à l'hôpital, les périodes d'incapacité mentale sont souvent prévisibles et peuvent fréquemment être de nature intermittente ou temporaire. De bonnes raisons justifient alors la nomination d'un procureur temporaire disposant d'un pouvoir qui se limite aux décisions exigées par la situation. Cependant, l'exigence de l'apposition du sceau semble déplacée dans le contexte hospitalier. (Par contre, si on n'adopte pas l'exigence générale de l'apposition du sceau, les hôpitaux ne devraient pas avoir de difficulté à se conformer aux autres critères édictés par l'article 58.2, c'est-à-dire que la procuration doit être signée et faite devant témoin et indiquer qu'elle peut être exercée en cas d'incapacité du donateur.)

Pour terminer la discussion au sujet de la forme de la procuration relative aux soins de la personne, ajoutons que certains de nos correspondants ont déjà proposé qu'une formule générale (par opposition à une formule réservée à l'usage des hôpitaux) soit prescrite par règlement. Bien que nous ne voyions aucun inconvénient de taille à la préparation d'une formule générale prescrite (en tenant toujours pour acquis que la formule serait facultative et non obligatoire), nous n'en espérons pas de grands avantages pour autant. À notre avis, le contenu de la procuration peut varier à l'infini; le contenu de la procuration normalisée qui pourrait être prescrite se résumerait donc à la simple structure du document. Nous doutons qu'une formule dépouillée comme celle-là puisse être d'une quelconque utilité.

3. *Quand la procuration prend-elle effet?*
Il s'agit en grande partie d'une question de preuve. Comment établir que le mandant est réellement atteint d'incapacité mentale et que la procuration est, par conséquent, en vigueur? La question se pose en présence de toutes les procurations « ponctuelles », qu'elles soient relatives aux soins de la personne ou aux biens. Elle n'a pas autant d'incidence dans le cas des procurations « permanentes », puisque le pouvoir peut être exercé avant l'incapacité mentale du donateur; étant donné que la procuration est « permanente », le fait que le donateur devienne ou non mentalement incapable par la suite est sans importance.

La réponse se trouve en partie dans le fait que le mandant peut, bien sûr, définir dans la procuration ce qu'il entend par « incapacité mentale » et indiquer la façon d'en déterminer l'existence. Mais si la procuration est muette à ce sujet, la loi devrait-elle traiter de ces questions?

Nous croyons que non. Si la loi exigeait que l'on fasse la preuve de l'incapacité mentale, il faudrait probablement procéder au moyen d'une attestation d'un ou de plusieurs médecins agréés. Le fardeau ne serait pas très lourd, mais le fait d'exiger une attestation dans tous les cas nous semble encore trop dirigiste. Qui plus est, la présence d'une attestation ne jetterait pas nécessairement de lumière sur le principal enjeu, qui consiste à savoir si le procureur ou le mandataire peut prendre des décisions engageant le mandant en cas de doute sur la capacité mentale de celui-ci. Malgré la présence d'une attestation, nous croyons que le procureur et un tiers ayant affaires avec le mandant présumé mentalement incapable devraient tenir compte des désirs de celui-ci dans la mesure où ils les connaissent. L'attestation confirmerait que le procureur a la capacité juridique nécessaire pour prendre part au processus, mais elle ne simplifierait probablement pas les décisions qui devraient être prises. En fait, elle pourrait même compliquer les choses dans certains cas, notamment si le mandant est capable de prendre certaines décisions mais pas d'autres ou si son niveau de capacité fluctue avec le temps.

4. *Quels sont les devoirs du procureur?*
Dans l'ensemble, un procureur (ou un

mandataire) a le devoir d'agir dans l'intérêt supérieur du mandant. Le critère de « l'intérêt supérieur » s'applique aussi aux devoirs du curateur à la personne en vertu de la *Loi sur les personnes déficientes* (Doiron c. *Succession Kerr* (1998) 195 N.B.R. (2d) 323). On pourrait tout naturellement appliquer le même critère au procureur chargé de soins personnels, puisque le rôle de celui-ci s'apparente à celui du curateur à la personne si on fait abstraction du fait que le procureur est nommé par le mandant, plutôt que par le tribunal.

Mais certains gouvernements provinciaux sont allés plus loin, puisqu'ils ont énoncé des actes que le procureur peut ou ne peut pas faire et ajusté la règle de « l'intérêt supérieur » en exigeant du procureur qu'il prenne des décisions en fonction de ce qu'il pense que le mandant aurait décidé. Nous ne sommes pas convaincus que ce genre de précision dans les mesures législatives fera avancer les choses. Dans la mesure où des règles et limites précises peuvent être imposées au procureur, celles-ci peuvent être décrites en termes explicites par le mandant dans la procuration. Mais si la procuration est muette, nous ne voyons aucune raison irrésistible d'imposer au procureur une obligation autre que celle de veiller à « l'intérêt supérieur » de son mandant dans l'accomplissement de ses tâches. Comme nous l'avons mentionné auparavant, nous considérons que l'un des éléments de la règle de « l'intérêt supérieur » consiste à tenir compte des désirs du mandant, dans la mesure où ils peuvent être déterminés.

5. *Comment contester la façon dont le procureur s'acquitte de ses tâches?* On peut toujours avoir recours aux tribunaux pour trancher les litiges, probablement en déposant une requête en vue de la nomination d'un curateur à la personne en vertu de la *Loi sur les personnes déficientes*. Comme c'est le cas dans les affaires portant sur les biens en vertu de l'article 58.3 de la *Loi sur les biens*, la nomination du curateur à la personne mettrait fin aux pouvoirs du procureur. Le tribunal devrait peut-être aussi avoir la latitude de résilier la procuration sans nommer de curateur à la personne. Dans certains cas, il faudrait peut-être congédier le procureur même si personne n'est prêt à jouer le rôle de curateur.

Que se passe-t-il lorsque personne ne veut se présenter devant le tribunal pour demander la récusation du procureur? Cette situation est susceptible de se présenter, peut-être même souvent. On présume que la suite des événements pourrait être dictée par la personne qui se sent le plus concernée et par les faits. La loi actuelle n'empêche pas un tiers d'agir au nom d'une personne déficiente s'il estime que le curateur néglige ses devoirs, dans la mesure où il a la capacité pratique de le faire. La situation serait semblable en présence d'un procureur chargé de soins personnels. Si le procureur acquiesçait à l'intervention du tiers, il renoncerait dans cette mesure à sa procuration. Sinon, les deux parties devraient accepter les retombées possibles de la situation jusqu'à ce que l'une d'entre elles décide de demander au tribunal d'intervenir pour les changer.

6. *Comment mettre fin à la procuration?* Nous devons nous préoccuper du cas du procureur qui met fin à la procuration. La révocation par le mandant est impossible, puisque la procuration n'a d'effet que s'il est incapable. La révocation par le tribunal équivaldrait, en réalité, à la révocation par le mandant.

Qu'en est-il alors du procureur qui veut mettre fin à la procuration? Dans l'ensemble, la loi prévoit que la procuration prend fin lors du décès ou en cas d'incapacité mentale du procureur ou de renonciation de la part de celui-ci. Nous pensons que la loi s'appliquera de la même façon au procureur chargé de soins personnels. Les deux premiers cas se passent d'explications. Le troisième cas semble inévitable, à moins que l'on tente dans les faits de forcer un procureur récalcitrant à continuer d'agir. Donc, si l'on accorde au procureur une grande latitude lui permettant de renoncer à sa procuration, il semble superflu de prévoir d'autres méthodes de résiliation.

7. *La loi devrait-elle être très détaillée ou non?* Certains gouvernements provinciaux ont adopté des mesures législatives d'envergure en matière de procurations en général et, plus particulièrement, en ce qui concerne les procurations relatives aux soins de la personne. À l'heure actuelle, nous envisageons des mesures plus élémentaires.

Si les orientations susmentionnées sont acceptables, nous croyons qu'il sera possible d'élaborer un mécanisme efficace de procureur chargé de soins personnels en élaborant des dispositions relativement brèves s'inspirant directement des notions qui sous-tendent la *Loi sur les personnes déficientes* et les articles 58.1 à 58.6 de la *Loi sur les biens*. Selon notre position actuelle, la solution la plus simple consisterait à ajouter à la *Loi sur les personnes déficientes* un nouvel article qui contiendrait les trois énoncés suivants :

1. Tout adulte capable mentalement peut, dans une procuration faite sous sceau qui est conforme aux exigences de l'article 58.2 de la *Loi sur les biens*, désigner tout autre adulte pour prendre en son nom les décisions concernant ses soins personnels s'il devenait mentalement incapable de le faire.
2. Sous réserve des dispositions formelles de la procuration, le procureur agissant en vertu d'une procuration a envers le donateur les mêmes obligations qu'un curateur à la personne nommé en vertu de la *Loi sur les personnes déficientes*.
3. Si, alors qu'une procuration relative aux soins de la personne est en vigueur relativement à une personne, le tribunal nomme un curateur à la personne en vertu de la *Loi sur les personnes déficientes*, la procuration prend fin.

De cette façon, le droit commun en matière de procurations s'appliquerait à la création, à la forme et à la révocation de la procuration, et la *Loi sur les personnes déficientes* traiterai des devoirs du procureur et des contestations de l'exécution de son mandat.

8. *Les mesures législatives devraient-elles être rétroactives?* Autrement dit, si une personne a rédigé un document qui satisfait aux exigences de la nouvelle loi avant son entrée en vigueur, doit-on lui donner un effet juridique même s'il n'en avait aucun au moment de sa signature? Nous pensons que les dispositions devraient rétroagir. Si l'apposition du sceau est l'une des conditions de forme de la procuration en matière de soins de la personne, il semble peu probable qu'une mesure législative rétroactive change l'effet

que l'auteur voulait donner à un document créé antérieurement. Mais si on assouplissait les conditions de forme, on risquerait davantage de rendre exécutoires des documents rédigés de façon téméraire ou préparés à d'autres fins. Plus les conditions de forme seraient souples, moins la rétroactivité serait souhaitable.

3. Jugements canadiens

Malgré les espoirs que nous avons formulés dans le numéro 10 du *Bulletin de la réforme du droit*, il n'a pas été possible de rétablir la *Loi sur les jugements canadiens* (à l'origine le projet de loi 44 de la session de 1997-1998) en 1998-1999. Nous espérons toujours que le projet de loi sera déposé à nouveau, mais le retard nous permet de prendre de l'avance dans les discussions au sujet d'une question que nous avons décrite dans le numéro 10 comme susceptible de faire l'objet d'une réglementation en vertu de la *Loi*, à savoir le traitement réservé aux jugements obtenus par défaut. Cette discussion pourrait aussi nous inciter à revoir les aspects du principe du projet de loi qui pourraient être traités par voie de règlement, plutôt que dans le cadre du projet de loi lui-même.

Le projet de loi sur les jugements canadiens vise l'exécution au Nouveau-Brunswick des jugements portant condamnation monétaire des autres provinces et des territoires canadiens. Cette loi s'inspire de la *Loi uniforme sur l'exécution des jugements canadiens* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et, à l'instar de celle-ci, elle est fondée sur le principe voulant que les tribunaux du Nouveau-Brunswick doivent reconnaître l'autorité des jugements portant condamnation monétaire rendus dans les autres provinces. Les délibérations subséquentes de la Conférence sur l'harmonisation des lois ont permis d'étendre ce principe aux jugements rendus dans les affaires non pécuniaires.

Le paragraphe 9(3) du projet de loi 44 énonce le principe selon lequel la reconnaissance de l'autorité du jugement signifie que la province dans laquelle celui-ci est exécuté ne remet en question ni le bien-fondé de celui-ci, ni la compétence du tribunal qui l'a rendu, ni la procédure qui a présidé à son prononcé. Toutefois, le

paragraphe 9(1) permet d'obtenir un sursis de l'exécution au Nouveau-Brunswick de sorte à permettre au débiteur du jugement de contester l'un ou l'autre de ces aspects dans la province où il a été prononcé.

Comme nous l'avons indiqué dans le numéro 10 du *Bulletin de la réforme du droit*, cette question ne semble pas soulever de controverse en ce qui concerne les instances contestées dans d'autres provinces. Mais elle nécessite une plus grande réflexion lorsqu'il s'agit de jugements obtenus par défaut.

D'après la procédure adoptée par les tribunaux des diverses provinces, un justiciable pourrait parfois obtenir un jugement par défaut à la suite d'une instance qui n'a pas un lien suffisant avec la province dans laquelle il est prononcé. Tel serait le cas, par exemple s'il pouvait faire signifier un bref à l'extérieur de la province sans l'intervention du tribunal et, si ayant prouvé la signification, il obtenait un jugement par défaut sans que la compétence *rationae materiae* du tribunal ait été examinée.

En vertu de la *Loi uniforme* – comme c'est le cas dans le projet de loi sur les jugements canadiens, à moins qu'il ne soit assorti de règlements de la nature de ceux que nous décrivons ci-dessous – le meilleur conseil que l'on puisse donner à un défendeur qui a reçu signification d'un bref émanant de l'extérieur de la province consisterait à l'inciter à se défendre de la poursuite, peu importe les faibles liens qu'elle peut avoir avec la province d'origine. Si le défendeur n'a pas au moins eu l'occasion de donner le mandat à son procureur de contester la compétence du tribunal, un jugement par défaut sera très vraisemblablement rendu; dans ce cas, les possibilités pour le défendeur de résister à son exécution paraissent très faibles. Le défendeur, qui est maintenant débiteur en vertu d'un jugement, pourrait être en mesure d'obtenir un sursis au Nouveau-Brunswick pour contester la compétence du tribunal de la province d'origine, mais sa contestation aurait toutes les chances d'échouer. Le tribunal de la province d'origine n'écartera probablement pas un jugement, même rendu par défaut, si a) le défendeur a eu une possibilité valable de contester la compétence du tribunal au moment de la signification et b) une disposition comme l'article 9 édicte clairement que pour avoir gain de cause, le défendeur doit

contester la compétence du tribunal dans la province d'origine.

Les préoccupations que soulevait ce résultat ont entraîné l'inclusion du paragraphe 11c) dans le projet de loi 44. Cette disposition confère au lieutenant gouverneur en conseil le pouvoir d'adopter des règlements « (...) prévoyant qu'un jugement canadien ou une catégorie de jugements canadiens ne peuvent être enregistrés en vertu de la présente loi (...) ». Ce pouvoir permettrait au lieutenant gouverneur en conseil de prévoir des catégories de jugements qui ne pourraient être enregistrés, évitant ainsi aux défendeurs d'avoir à présenter une défense si l'instance a un lien insuffisant avec la province d'origine.

Dans ce contexte, on doit se poser deux questions. Tout d'abord, doit-on adopter des règlements en application du paragraphe 11c)? Dans l'affirmative, quel serait leur contenu?

Pour ce qui est de la première question, on peut répondre qu'en l'absence de règlements, le paragraphe 9(3) pourrait revêtir un caractère oppressif, puisqu'il obligerait les défendeurs à contester l'action, ou du moins la compétence du tribunal, dans une province où l'instance n'aurait jamais dû être introduite.

Mais les arguments invoqués contre l'adoption de règlements ont aussi une certaine valeur. En voici quelques-uns :

1. Il est en principe inadmissible de permettre à un défendeur de se soustraire à la procédure de tout tribunal canadien, même d'une autre province. Le fait de prévoir que certains jugements ne peuvent être enregistrés entraîne cette conséquence.
2. Compte tenu des moyens de communication modernes, le fait de mandater un avocat pour contester la compétence d'un tribunal éloigné ne présente pas beaucoup plus d'inconvénients que le fait de confier un mandat à un avocat local.
3. Les préoccupations au sujet de la possibilité que des instances mal fondées soient introduites dans d'autres ressorts

sont surfaites. Le critère général de la « compétence territoriale » est appliqué dans l'ensemble du pays. Les demandeurs vont s'y conformer. Ils devront payer les dépens s'ils ne le font pas.

4. Les autres provinces qui ont adopté la *Loi uniforme*, soit l'Île-du-Prince-Édouard, la Saskatchewan et la Colombie-Britannique (elle n'est pas encore en vigueur dans les deux dernières provinces), n'ont prévu aucune exception.

Quelle est la meilleure approche? Cette décision pourrait être en partie tributaire de la réponse à la seconde question susmentionnée, à savoir : quels genres de jugements par défaut seraient susceptibles d'être enregistrés et exécutés si on adoptait des règlements en vertu du paragraphe 11c)?

Une liste à peu près typique des situations dans lesquelles les jugements extraprovinciaux devraient être susceptibles d'exécution comprendrait les cas suivants : a) les instances dans lesquelles le défendeur a reconnu la compétence du tribunal extraprovincial; b) les instances dans lesquelles le défendeur était résident de la province concernée au moment où la poursuite a été intentée; c) les instances dans lesquelles la cause d'action découle d'actes faits dans l'autre province, de biens qui y sont situés, d'obligations qui auraient dû y être exécutées ou de dommages qui y ont été subis.

Outre ces cas, nous pensons que les jugements rendus par défaut dans une instance devant un tribunal d'une autre province qui a expressément autorisé la signification extraprovinciale devrait aussi être susceptible d'exécution. On pourrait toutefois faire une exception, en particulier dans la situation a) décrite ci-dessus, afin de protéger les consommateurs ou les employés du Nouveau-Brunswick contre des jugements par défaut prononcés à l'extérieur de la province relativement à des contrats de consommation ou à des contrats de travail en vertu desquels la prestation du consommateur ou de l'employé devait être entièrement réalisée au Nouveau-Brunswick.

Une telle liste offrirait-elle une protection raisonnable et souhaitable aux défendeurs néo-brunswickois? En revanche, peut-être ferait-elle pencher la balance en faveur de la clarté et de la simplicité de la démarche qu'adopte la *Loi uniforme*, qui pourrait sembler plus attrayante qu'à première vue?

Il convient d'ajouter quelques observations au sujet d'une autre question que soulève le projet de loi 44. Il s'agit de savoir si un tribunal du Nouveau-Brunswick devrait avoir le pouvoir d'empêcher l'exécution d'un jugement extraprovincial sous prétexte que le défendeur n'a pas reçu signification. L'article 9 du projet de loi 44 ne le permettrait pas; en effet, l'irrégularité de la signification constituerait une autre question à la lumière de laquelle le tribunal néo-brunswickois pourrait surseoir temporairement à l'exécution afin de permettre au défendeur de présenter sa défense devant le tribunal de la province d'origine. La disposition n'autoriserait pas le tribunal à prononcer un sursis d'exécution permanent.

Nous croyons que l'approche globale de l'article 9 du projet de loi 44 est acceptable. Si l'absence de signification est le seul motif qu'invoque le défendeur, il s'agit de toute évidence d'une instance dans laquelle la compétence du tribunal de l'autre province a été reconnue. Dans ce cas, on peut raisonnablement convenir que le défendeur doit contester l'action devant les tribunaux de l'autre province. Même si l'exécution faisait l'objet d'un sursis permanent au Nouveau-Brunswick, rien n'empêcherait le demandeur d'engager, dans sa propre province, de nouvelles poursuites contre le défendeur.

4. *Loi sur les fiduciaires*

Les livraisons 7 et 8 de ce *Bulletin* portent sur un autre projet de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, à savoir sa *Loi uniforme sur les placements par les fiduciaires*, de 1997. La *Loi* traite des pouvoirs des fiduciaires en matière de placements; il s'agit d'une version remaniée en profondeur d'une précédente loi uniforme qui proposait d'assujettir les placements des fiduciaires à la règle de « l'investisseur

prudent ». Le Nouveau-Brunswick ayant adopté la règle de « l'investisseur prudent » en 1971 (art. 2 de la *Loi sur les fiduciaires*), le principe fondamental de la *Loi uniforme* a déjà valeur de loi dans notre province. Dans nos livraisons antérieures, nous nous étions néanmoins demandés s'il convenait d'effectuer des révisions dans le but de mettre à jour les dispositions sur les placements de la *Loi sur les fiduciaires*.

Selon les observations dont nous avons pris connaissance, on ne semble pas sentir le besoin de remanier en profondeur l'article 2 de la *Loi sur les fiduciaires* ni de mettre en vigueur la *Loi uniforme sur les placements par les fiduciaires*. Certains se sont toutefois prononcés au sujet de la délégation des pouvoirs du fiduciaire et de sa faculté de faire appel aux services de gestionnaires de fonds professionnels et de suivre leurs conseils. Nous avons indiqué que nous espérons être en mesure d'examiner ces questions.

C'est ce que nous avons fait, et nous sommes maintenant en mesure de suggérer deux légères modifications à l'article 2 de la *Loi sur les fiduciaires*. Celles-ci ne changeraient rien au principe fondamental de l'article 2, selon lequel le fiduciaire doit toujours agir avec prudence et conformément aux exigences expresses de la fiducie.

La première modification consisterait à ajouter un énoncé particulier autorisant les fiduciaires à retenir les services de conseillers en placements et à suivre leurs conseils. Dans l'état actuel du droit, nous pensons que le fiduciaire ne manque pas à ses obligations s'il *retient les services* de conseillers, mais le fait de *suivre leurs conseils* pourrait être considéré comme une délégation non autorisée de son pouvoir discrétionnaire. Mais pour la plupart des fiduciaires, en particulier pour les moins bien renseignés, suivre les conseils d'experts en placements est souvent la façon la plus intelligente de procéder. Dans la mesure où le fiduciaire satisfait aux exigences générales de l'article 2, selon lesquelles il doit agir avec prudence et conformément aux conditions de la fiducie, nous pensons qu'il serait acceptable de suivre les conseils d'experts.

La seconde modification porterait précisément sur la faculté du fiduciaire de

déléguer le pouvoir de placer l'argent de la fiducie. À l'heure actuelle, rien dans la *Loi* ne permet au fiduciaire de déléguer ses pouvoirs en matière de placements. La modification proposée permettrait une telle délégation de pouvoirs dans les situations où elle serait commandée par la prudence. On aurait intérêt à permettre aux fiduciaires de déléguer leurs pouvoirs en matière de placements, puisque bon nombre d'entre eux ont peu de connaissances et d'expérience du domaine des placements.

Le fait de conférer au fiduciaire le pouvoir de déléguer ses pouvoirs en matière de placements jetterait aussi de la lumière sur une zone grise qui a trait à la faculté du fiduciaire d'investir dans des fonds mutuels. La jurisprudence ontarienne [*Haslam c. Haslam* (1994) 114 D.L.R. 562] porte à conclure que les placements dans les fonds mutuels outrepassent les pouvoirs que confère la loi au fiduciaire, puisque celui-ci délègue son pouvoir discrétionnaire au gestionnaire de fonds. L'affaire ne porte pas sur l'exercice des pouvoirs d'un « investisseur prudent » en matière de placements, mais la logique semble la même. Toutefois, les fonds mutuels constituent souvent un choix de placement valable qui devrait être mis à la disposition des fiduciaires. Nous croyons que l'ajout à la *Loi sur les fiduciaires* d'un énoncé exprès autorisant la délégation des pouvoirs du fiduciaire en matière de placements éliminerait la seule source d'incertitude juridique que nous connaissions en ce qui concerne le pouvoir d'investir dans des fonds mutuels.

À titre de solution de rechange, nous avons envisagé de mettre en œuvre une disposition qui autoriserait expressément les placements dans des fonds mutuels. Nous estimons que cette solution serait moins intéressante, car a) il faudrait alors définir et interpréter ce qu'est un « fonds mutuel », et b) on commencerait ainsi à recréer une liste légiférée de placements approuvés dans le cadre même de l'approche de « l'investisseur prudent ».

Voici deux sous-questions connexes au sujet desquelles nous aimerions recevoir vos observations :

1. *Prestations de pension*. Lorsque nous avons abordé la question des placements

effectués par le fiduciaire, nous avons reçu une lettre qui nous faisait part d'une incohérence possible entre la *Loi sur les fiduciaires* et la *Loi sur les prestations de pension*. Notre correspondant se préoccupait du fait que la loi actuelle peut empêcher l'administrateur d'un régime de pension qui agit à titre de fiduciaire de faire appel à des mandataires pour le placement des fonds de pension, en raison de son rôle de fiduciaire, même si l'article 18 de la *Loi sur les prestations de pension* autorise apparemment le recours aux services d'un mandataire. Cette question soulèverait moins d'inquiétude si la *Loi sur les fiduciaires* conférait un pouvoir exprès de délégation. Mais la question serait-elle réglée? Nous le croyons; c'est la raison pour laquelle nous pensons qu'il sera superflu d'adopter une modification correspondante à l'article 18 de la *Loi sur les prestations de pension*. Nous sommes toutefois ouverts à toutes les opinions.

2. *Rétroactivité*. Si l'on tient pour acquis que les modifications proposées ci-dessus autoriseront des activités que la loi actuelle ne permet pas, de quelle façon celles-ci devraient-elles s'appliquer a) aux fiducies existantes et b) aux placements existants qui n'étaient probablement pas autorisés lorsqu'ils ont été réalisés?

À l'heure actuelle, nous pensons que les modifications devraient s'appliquer aux deux situations. Par conséquent, a) elles accroîtraient les pouvoirs fiduciaires actuels en matière de placements et b) elles autoriseraient rétroactivement des placements qui ont déjà été réalisés. Dans les deux cas, notre raisonnement est fondé sur l'obligation pour le fiduciaire d'agir avec prudence et conformément aux exigences expresses de la fiducie, tant en vertu de la loi actuelle que des modifications proposées. Si tel est le cas, a) l'accroissement des pouvoirs actuels en matière de placements semble modeste et raisonnable et b) toute transaction antérieure que les modifications rendraient valide aurait déjà été jugée en grande partie acceptable (c.-à-d. « prudente ») au moment où elle a été effectuée et son irrégularité ne serait attribuable qu'à des détails du droit des fiducies. Dans ce contexte, nous pensons que la substance devrait l'emporter sur les considérations d'ordre technique.

B. QUESTIONS NOUVELLES

5. *Subpœnæ* interprovinciaux

La *Loi sur les subpœnæ interprovinciaux* prévoit l'adoption et l'exécution au Nouveau-Brunswick des *subpœnæ* décernés par les tribunaux des autres provinces. Il s'agit d'une autre loi qui est fondée sur des travaux de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada qui ont été réalisés en 1974. À l'époque, la Conférence avait indiqué que la définition de « tribunaux » englobait toute cour d'une province ou d'un territoire du Canada, et elle avait ajouté que les provinces pouvaient en élargir la portée en conférant au lieutenant gouverneur en conseil le pouvoir de désigner comme tribunaux d'autres organismes pour les fins de la *Loi*. L'article 9 de la *Loi sur les subpœnæ interprovinciaux* reprend cette suggestion. Celui-ci permet au lieutenant gouverneur en conseil de désigner une régie, une commission, un tribunal ou un autre organisme qui a le pouvoir de décerner un *subpœna* comme cour pour l'application de la *Loi*. Apparemment, aucune désignation en vertu de l'article 9 n'a eu lieu jusqu'à maintenant.

Lors de son assemblée de 1998, la Conférence a réexaminé la position des régies et des tribunaux en vertu de la *Loi uniforme*. Son étude s'inspirait de questions qui ont été soulevées par la commission d'enquête sur le désastre de la mine Westray en Nouvelle-Écosse qui a décerné des *subpœnæ* à des résidents de l'Ontario. La Conférence a fait remarquer que certaines provinces avaient restreint leurs mesures législatives sur les *subpœnæ* interprovinciaux aux « tribunaux » dans le sens ordinaire du terme, tandis que d'autres avaient choisi la démarche de la « désignation » (comme le Nouveau-Brunswick). D'autres, enfin, sont allées plus loin en incluant les organismes administratifs dans la définition, sans recourir à la désignation par le lieutenant gouverneur en conseil.

La Conférence a recommandé l'adoption de la troisième solution et a modifié sa *Loi uniforme* en conséquence. On a fait remarquer à la Conférence que l'article 2 oblige tout organisme administratif d'une autre province qui veut décerner un *subpœna* à l'extérieur de la province en vue de son exécution à s'adresser à un juge de la cour

supérieure de sa province, lequel doit attester que le *subpœna* est nécessaire à l'instance et qu'il est raisonnable dans les circonstances.

Au Nouveau-Brunswick, nous devons nous demander s'il faut modifier la *Loi sur les subpœnæ interprovinciaux* comme la *Loi uniforme* l'a été. À l'heure actuelle, nous pensons qu'il le faudrait. Il semble que le Nouveau-Brunswick n'a encore jamais eu à exécuter des *subpœnæ* décernés par des organismes non judiciaires d'autres provinces, mais le principe selon lequel on doit soutenir leurs instances semble bien fondé et la vérification des *subpœnæ* par un juge de la cour supérieure de la province d'origine protège les témoins visés. La *Loi* prévoit aussi le versement de l'indemnité du témoin et des frais de déplacement selon les barèmes prévus par les *Règles de procédure*.

Nous aimerions recevoir vos observations à ce sujet.

6. Assemblée de la Conférence pour l'harmonisation des lois

Plusieurs des questions abordées dans la présente livraison du *Bulletin* ont trait à des activités et à des recommandations de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Il convient donc que ce dernier point présente l'ordre du jour de l'assemblée du mois d'août de la Conférence, au sujet duquel nous aimerions recevoir vos observations. Voici les questions qui feront l'objet de discussions :

1. **Exigibilité des futurs régimes de sécurité du revenu.** La principale question consiste à déterminer si les REER devraient être soustraits à la règle de l'exigibilité.

2. **Sociétés de personnes à responsabilité limitée.** La Conférence examinera s'il convient de créer la notion juridique de société de personnes à responsabilité limitée.

3. **Exécution des jugements étrangers.** On développe une loi uniforme sur l'exécution des jugements étrangers.

4. **Commerce électronique.** La loi uniforme proposée vise à abattre les obstacles

à la réalisation efficace de transactions électroniques légales.

5. **Droit commercial.** La Conférence prépare un programme ambitieux de projets de réforme du droit commercial. Cette année, les discussions porteront plus précisément sur les baux commerciaux, les sûretés fédérales et les sûretés sur des biens personnels.

6. **Responsabilité pénale des sociétés.** Cette question sera discutée lors d'une séance commune avec la section du droit pénal de la Conférence qui aura pour but d'examiner la responsabilité pénale des sociétés et de leurs dirigeants.

7. **Cession de valeurs mobilières.** Ce projet vise à moderniser les règles régissant la cession.

8. **Biens intangibles non réclamés.** L'ébauche de la loi uniforme porte sur l'aliénation des biens intangibles non réclamés.

9. **Protection des renseignements.** On prévoit que la Conférence mettra fin à ses travaux dans le domaine de la protection des données (la protection des renseignements personnels), compte tenu du projet de loi C-54 du gouvernement fédéral.

10. **Exécution des jugements.** On prévoit tenir une discussion au sujet d'une réforme en profondeur du droit de l'exécution des jugements.

On peut obtenir de plus amples renseignements au sujet de l'une ou l'autre de ces questions en s'adressant à notre bureau. La Conférence désire recevoir des commentaires au sujet de ses travaux et elle encourage les intéressés à lui faire part

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. Nous aimerions recevoir vos réponses au plus tard le 15 juillet 1999.

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.