
Bulletin de la réforme du droit

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

*Le **Bulletin de la réforme du droit** est publié par la Direction des services législatifs du Cabinet du procureur général. Il est distribué aux membres de la profession juridique au Nouveau-Brunswick et à ceux qui s'intéressent à la réforme du droit à l'extérieur de la province, et est disponible sur le site web du Cabinet du procureur général. Le **Bulletin** a pour objet de fournir de brefs renseignements sur certains des projets de réforme du droit actuellement à l'étude au Cabinet du procureur général et de solliciter des réactions ou des renseignements concernant des sujets qui sont au stade initial de l'étude. Il nous ferait plaisir de recevoir des observations et des commentaires de n'importe quelle source.*

*Les opinions exprimées dans le **Bulletin** ne présentent que la réflexion en cours au sein de la Direction des services législatifs au sujet des diverses questions abordées. On ne doit pas déduire qu'elles présentent des positions adoptées par le Cabinet du procureur général ou le gouvernement provincial. Lorsque le Cabinet du procureur général ou le gouvernement a pris position au sujet d'une question en particulier, le texte le rend évident.*

A : SUIVI DES SUJETS DISCUTÉS DANS LES LIVRAISONS ANTÉRIEURES

1. Loi sur l'habeas corpus

La *Loi abrogeant la Loi sur l'habeas corpus* (ch. 53, 2011) a maintenant été promulguée et elle est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2012. Au même moment, la nouvelle règle 69.1, *Recours en habeas corpus*, est aussi entrée en vigueur. Ensemble, cette abrogation et cette règle visent à moderniser la procédure menant à l'obtention d'une ordonnance d'*habeas corpus* et de la rendre aussi compatible que possible à la procédure ordinaire prévue par les *Règles de procédure*.

Sous le régime de la règle 69.1, le principal document est un avis de motion ou de motion

préliminaire dans lequel l'auteur précise le recours qu'il désire exercer. Celui-ci est maintenant appelé « ordonnance » d'*habeas corpus*, plutôt que « bref ». Dans les rares cas où l'auteur de la motion veut en fait obtenir une ordonnance pour faire amener une personne devant la cour, conformément à la tradition historique et au sens littéral des mots latins, l'auteur pourra demander une « assignation à comparaître à une audience d'*habeas corpus* ».

La procédure pour obtenir une ordonnance d'*habeas corpus* est la procédure ordinaire pour une motion ou une motion préliminaire, sauf que

la règle 69.1.01(2) dispense la personne qui présente une motion préliminaire de l'obligation de s'engager à introduire une instance.

La procédure pour obtenir une assignation à comparaître à une audience d'*habeas corpus* est plus souple. Elle entre en jeu quand l'auteur de la motion demande une date d'audience. À cette étape, la partie peut également demander, en donnant ses raisons, qu'une assignation soit délivrée. Après avoir examiné les raisons, le juge peut entendre l'auteur de la motion s'il le juge approprié.

L'idée « d'entendre » l'auteur de la motion découle de la règle 69.04(1)c), en vertu de laquelle un juge, « après avoir entendu le requérant », peut refuser de fixer une date d'audition d'un recours en révision. La jurisprudence relative à la règle 69 donne à penser que de nombreux genres de contacts entre un juge et un requérant peuvent satisfaire à l'exigence que le requérant soit « entendu ». Le même principe devrait s'appliquer sous le régime de la règle 69.1.

De plus, en vertu de la règle 69.1, il n'est même pas obligatoire que le requérant soit « entendu » à cet étape. Le juge peut délivrer ou refuser de délivrer une assignation à comparaître à une audience d'*habeas corpus* à la lumière des seules raisons. Nous prévoyons que les assignations à comparaître à une audience d'*habeas corpus* seront rarement délivrées, étant donné qu'il faudra normalement une simple motion pour régler le fond de la question en litige qui consiste à savoir si la garde ou la détention d'une personne en particulier est légale.

En ce qui concerne la motion elle-même, diverses dispositions des *Règles de procédure* donnent au juge la latitude nécessaire pour décider comment l'instruire. Par exemple, la règle 37 permet d'instruire des motions par téléconférence et contient des dispositions pour les cas d'extrême urgence. La règle 2.01 permet aussi au juge de dispenser de l'observation de toute règle. Nous le mentionnons en raison de la grande diversité de situations dans lesquelles des ordonnances d'*habeas corpus* sont susceptibles d'être demandées et du peu de formalités avec lesquelles elles sont parfois traitées. La nouvelle règle n'a pas pour but de mettre un terme à cette pratique.

2. « Doit » et « peut » dans la Loi d'interprétation

Dans le *Bulletin de la réforme du droit n° 30*, nous avons indiqué que nous pensions modifier les définitions de « doit » et « peut », et de "shall" and "may" à l'article 39 de la *Loi d'interprétation*. Le contexte entourant cette modification est qu'actuellement, dans la législation bilingue, on ne rend habituellement pas le « shall » plus un infinitif en anglais par « doit » plus un infinitif en français; on utilise plutôt le présent de l'indicatif pour exprimer une obligation. Nous avons indiqué deux manières de résoudre ce problème – soit en élargissant les définitions actuelles de l'art. 39 ou en les abrogeant – et nous avons dit que nous préférons la dernière solution.

Après avoir pris en considération les suggestions qui nous ont été faites, nous avons confirmé que l'abrogation était la meilleure approche, et ce qui est en train de se faire avec la *Loi modifiant la Loi d'interprétation* (Projet de loi 30, 2011-12). Ce projet de loi a passé l'étape de la troisième lecture et attendait la sanction royale lors de la préparation du présent bulletin.

Ce projet de loi entre en vigueur sur sanction royale, mais ne devrait avoir aucun effet de fond. Nous avons préféré l'abrogation de ces définitions plutôt que leur élargissement parce qu'elles n'aident pas à interpréter la législation et que leur élargissement de la manière indiquée dans le *Bulletin de la réforme du droit n° 30* les rendraient encore moins utiles à cette fin. Par conséquent, lorsque la modification entrera en vigueur, les dispositions de fonds de toutes les lois garderont la signification qu'elles ont toujours eue. Tout ce qui aura changé sera la disparition d'une disposition d'interprétation inutile de la *Loi d'interprétation*.

3. « Naissance de la cause d'action »

Le Projet de loi 31 attend également la sanction royale, la *Loi sur la réforme du droit de 2012 (modifications diverses)*. Ce projet de loi donne effet à la proposition faite dans le *Bulletin de la réforme du droit n° 29* à l'effet que la *Loi sur la propriété condominiale*, la *Loi sur l'organisation judiciaire* et la *Loi sur les détectives privés et les services de sécurité* soient modifiées pour remplacer les renvois qu'elles font au moment où la cause d'action prend naissance. Les changements intervenus dans les interprétations

judiciaires de cette expression en matière de prescription ne permettent pas de comprendre facilement sa signification dans ces trois lois.

- Dans le cas de la *Loi sur la propriété condominiale*, la modification porte sur le moment auquel une personne doit être propriétaire d'une partie privative d'une propriété condominiale pour être tenue responsable à l'égard d'un jugement obtenu contre la société de condominium. À l'avenir ce sera la date du jugement qui sera retenue plutôt que celle où la cause d'action a pris naissance.
- Dans le cas de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, la modification porte sur la période au cours de laquelle un tribunal peut adjuer des intérêts avant jugement à un plaideur qui a obtenu satisfaction. À l'heure actuelle, en vertu du paragraphe 45(1), cette période commence à compter de « la date à laquelle la cause d'action a pris naissance ». La modification remplace ceci par un renvoi à « la date à laquelle la créance est devenue payable ou le montant accordé par la suite à titre de dommages intérêts aurait dû raisonnablement être versé ». Une modification corrélative est apportée au paragraphe 46(2) et certaines anciennes dispositions transitoires des paragraphes 45(2), 46(3) et (4) sont abrogées.

En dépit du changement de formulation, la modification n'est pas destinée à modifier l'état actuel du droit. Le nouveau libellé se base sur la décision de la Cour d'appel *Cyr c Roman Catholic Bishop of Edmundston*, [1982] AN-B no.159, confirmée récemment par la Cour d'appel dans *Jean c Pêcheries Roger L. Ltée.*, [2010] AN-B no.39, para.69. Ces affaires ont établi que la clé de l'application du paragraphe 45(1), selon la formulation antérieure à la modification, est l'expression même que la modification a maintenant introduite dans l'article. Elles expliquent comment ce concept devrait s'appliquer aux choses comme les créances et les dommages-intérêts particuliers et autres dans les actions en responsabilité délictuelles. L'application du paragraphe 45(1) devrait donc rester la même, même si la formulation est modifiée pour enlever le renvoi maintenant

problématique au moment où la cause d'action prend naissance.

- Dans le cas de la *Loi sur les détectives privés et les services de sécurité*, la modification porte sur le moment auquel une agence doit être titulaire d'une licence pour pouvoir intenter une action en recouvrement d'honoraires pour services rendus. À l'avenir, il s'agira du moment où les services sont rendus plutôt qu'au moment où la cause d'action prend naissance.

La Loi entrera en vigueur par sanction royale, mais pour chacune de ces modifications il existe une disposition transitoire assurant que la modification ne portera pas atteinte aux procédures légales déjà engagées.

Ne sont pas affectées par ce projet de loi les prescriptions prévues par la *Loi sur les assurances* dont certaines dépendent également du moment où la cause d'action prend naissance. Comme il est mentionné dans le *Bulletin de la Réforme du droit n°29*, s'il doit y avoir des changements à ces dispositions, elles doivent venir du surintendant des assurances.

Ne sont également pas affectées par le projet de loi les deux règles de procédure que le *Bulletin* identifie comme soulevant le même problème terminologique que celui que le projet de loi traite, les règles 8.04 et 61.14. Dans leur cas, cependant, les modifications sont en cours d'élaboration, mais procèdent séparément comme des modifications autonomes aux Règles de procédure.

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

Dans le *Bulletin de la réforme du droit n°30*, nous avons présenté un bref sommaire de l'étude que nous avons menée sur la jurisprudence découlant de l'art.4 de la *Loi sur la réforme du droit* ainsi que de « l'exception fondée sur les principes » au droit de la règle du lien contractuel établie par *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] ACS no.48. Nous avons suggéré la modification de l'art. 4 pour changer l'effet de *Manderville c Goodfellow's Trucking, Ltd.*, [1999] AN-B no.75) et préciser que les bénéficiaires conditionnels – tiers couverts par un contrat s'ils faisaient

quelque chose qui, selon le contrat, *pourrait* être fait – étaient compris dans l'article. Nous avons également demandé de manière plus générale s'il y avait d'autres questions relatives à l'art. 4 qui méritaient considération.

Nous n'avons pas reçu de suggestions sur d'autres questions à prendre en considération, et aucun commentaire sur la modification spécifique que nous avons recommandée. Nous limitons donc notre attention à la modification spécifique et projetons de présenter nos recommandations législatives au gouvernement au cours des mois d'été.

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

Un autre item du *Bulletin de la réforme du droit n°30* qui n'a fait l'objet d'aucun commentaire – du moins pas sur la question spécifique que nous avons soulevée – était la définition de « parent » de l'art. 1 de la *Loi sur la tutelle des enfants*. Cette définition, combinée à la définition d'« enfant » qui lui est liée, exclut le père non marié de l'application de la Loi. Nous croyons que ceci devrait être changé, et il s'agit d'un autre item sur lequel nous prévoyons faire des recommandations législatives au cours des mois d'été.

Comment exactement modifier la Loi demeure une question plus compliquée qui a fait l'objet de la plus grande partie de la discussion dans le *Bulletin de la réforme du droit n°30*. Ceci sera finalisé avant que nous soumettions notre recommandation, mais à l'heure actuelle, nous sommes toujours en faveur de la deuxième option discutée là : l'abrogation des définitions de « parent » et d'« enfant » sans les remplacer par rien d'autre.

6. Exécution forcée des jugements

Le *Bulletin de la réforme du droit n° 29* a mentionné que nous nous attaquons de nouveau à un projet important pour réformer la législation du Nouveau-Brunswick en matière d'exécution forcée des jugements. Le *Bulletin de la réforme du droit n° 30* a ajouté que notre regain d'intérêt pour ce projet avait correspondu avec le projet entrepris par la professeure Micheline Gleixner, de l'Université de Moncton, et que nous espérons avoir le bénéfice de son

rapport avant de finaliser nos propres recommandations.

Nous savons qu'elle publiera son rapport très bientôt et qu'une membre du groupe de travail de la professeure Gleixner publiera aussi un article corrélatif dans le *New Brunswick Law Journal*. Nous pensons que ce dossier deviendra actif dans les mois à venir et nous espérons qu'il sera peut-être possible de déposer un projet de loi au cours de la session 2012-13 de l'Assemblée législative.

QUESTIONS NOUVELLES

7. Paiements anticipés de dommages-intérêts spéciaux

En 1996, l'Assemblée législative a édicté l'article 265.6 de la *Loi sur les assurances*, qui autorise le plaignant (le demandeur) dans une poursuite découlant d'un accident d'automobile à obtenir un paiement anticipé de dommages-intérêts spéciaux avant que la responsabilité soit établie. La règle 47.03(3) des *Règles de procédure* permet également le paiement par anticipation de dommages-intérêts spéciaux. Cette règle s'applique à tous les genres d'actions, mais seulement après que la responsabilité a été établie. Depuis quelque temps, nous tentons de déterminer s'il serait opportun d'appliquer à d'autres actions le principe des paiements par anticipation préalables à l'établissement de la responsabilité énoncé à l'article 265.6 et, dans l'affirmative, s'il conviendrait d'apporter en même temps d'autres changements au droit des paiements par anticipation.

Dans le cadre de cette démarche, nous avons analysé la jurisprudence et nous nous sommes demandés quelle portée devrait avoir une disposition étoffée. Devrait-elle s'appliquer indistinctement à tous les genres d'instances, à tous les demandeurs, à tous les défendeurs et à tous les genres de dommages-intérêts? Est-ce qu'il devrait plutôt y avoir des limites à l'égard d'un ou de plusieurs de ces éléments? Ces enjeux ont aussi été examinés dans le cadre de deux études canadiennes sur la réforme du droit et ont fait l'objet de deux rapports, soit celui de la Commission manitobaine de réforme du droit intitulé *Interim Payment of Damages* (1995) et celui de la Law Reform Commission de la Nouvelle-Écosse qui porte le même titre (2001).

Nous avons également tenu compte de la jurisprudence anglaise récente sous le régime de la règle 25.7 des *Civil Procedure Rules*, qui est l'équivalent de notre article 265.6 et de notre règle 47.03(3).

Notre conclusion préliminaire, c'est que le principe des paiements par anticipation préalable à l'établissement de la responsabilité devrait s'appliquer dans tous les genres d'instances civiles, à tous les demandeurs et à tous les défendeurs, mais qu'il devrait continuer de se limiter principalement à l'octroi de dommages-intérêts spéciaux pendant la période préalable au procès. Si son application était élargie dans ce sens, l'article 265.6 serait déplacé vers une loi comme la *Loi sur l'organisation judiciaire* ou la *Loi sur la réforme du droit* une fois que son libellé aurait été modifié en conséquence. Cette disposition législative étoffée engloberait la règle 47.03(3) qui serait abrogée.

Dans le reste du présent bulletin, vous trouverez le fil des idées qui a abouti à cette conclusion et vous serez invités à formuler des commentaires à ce sujet. Une décision différente au sujet de l'un ou l'autre de ces éléments interdépendants pourrait donner une proposition législative sensiblement différente.

a) *Genèse de l'article 265.6*

L'article 265.6 faisait partie de plusieurs modifications qui ont été apportées à la *Loi sur les assurances* en 1996 dans le cadre d'un vaste train de changements. Dans la cause qui a fait jurisprudence en ce qui concerne l'article 265.6, l'affaire *Smith v. Agnew*, 2001 NBCA 83 (CanLII), la Cour d'appel, après avoir étudié cette disposition dans le contexte des autres modifications à la *Loi sur les assurances*, a constaté qu'il s'agissait de la seule disposition à l'avantage du plaignant (du demandeur) et a fait observer qu'elle avait été « incorporée au mélange pour compenser les autres modifications à la *Loi* qui étaient plus favorables au défendeur » (par. 64).

Cependant, les changements de 1996 avaient une plus grande portée. En plus des modifications à la *Loi sur les assurances*, ils comprenaient (1) une augmentation du recouvrement par le gouvernement des coûts des services de santé dispensés à la suite d'accidents d'automobile en imposant des contributions aux assureurs en vertu de

l'article 242.1 de la *Loi*, et (2) des améliorations importantes aux indemnités prévues au chapitre B.

Cette série de mesures a été élaborée graduellement. Son point de départ a été la volonté du gouvernement d'accroître ses recouvrements au moyen des contributions, mais sans faire augmenter les primes d'assurance. L'industrie des assurances a rétorqué que cela ne résulterait pas, à moins de changer autre chose pour contrebalancer la contribution majorée, et a indiqué que certaines règles de common law que l'Ontario avait précédemment modifiées produisaient des montants recouverts en trop à l'égard d'aspects précis de la perte du plaignant. Le Ministère a analysé les modifications de l'Ontario et s'est dit d'accord avec l'Ontario sur certaines d'entre elles (voir les numéros 4 et 5 du *Bulletin de la réforme du droit*). Cependant, après avoir fait remarquer que ces modifications compenseraient plus que suffisamment la hausse des contributions si les prévisions financières de l'industrie étaient exactes, le Ministère a profité de l'occasion pour augmenter considérablement les indemnités prévues au chapitre B au même moment. De cette manière, toutes les parties blessées recevaient des indemnités en vertu du chapitre B, alors que celles d'entre elles qui avaient des réclamations en responsabilité civile délictuelle perdaient la possibilité de se prévaloir de plusieurs règles qui produisaient des montants recouverts en trop.

L'article 265.6 a été intégré à cette série de modifications par coïncidence. Le compromis décrit ci-dessus était en train de prendre forme lorsque la Commission manitobaine de réforme du droit a rendu public son rapport de 1995 (voir le n° 5 du *Bulletin de la réforme du droit*, p. 12-13). Ce rapport recommandait notamment de mettre en œuvre une disposition permettant l'octroi de sommes avant que la responsabilité soit établie, semblable à celle qui existait déjà en Angleterre. L'idée était attrayante et les discussions de l'indemnisation des victimes d'accident d'automobile ont fourni un contexte dans lequel elle pouvait facilement s'inscrire. Ce qui a rendu possible cet ajout tardif a été le fait que les paiements anticipés avant l'établissement de la responsabilité étaient réputés avoir un effet neutre au plan financier; en principe, il s'agit du même montant d'argent qui est versé tôt ou tard à titre de dommages-intérêts. On a donc pu l'ajouter à la série de

modifications de 1996 sans toucher au compromis entre les contributions, les règles sur la responsabilité civile délictuelle et les indemnités prévues au chapitre B qui était au centre des préoccupations à l'époque.

À ce moment-là – comme maintenant – il n'y avait aucun motif reposant sur un principe juridique pour limiter aux accidents d'automobile l'application d'une disposition autorisant les paiements anticipés avant l'établissement de la responsabilité. En effet, outre le créneau que procurait le débat sur l'assurance automobile, il y avait un important facteur d'ordre pratique. Compte tenu du cadre de l'assurance universelle obligatoire, les accidents d'automobile procuraient un contexte sûr pour mettre à l'essai l'idée novatrice de permettre aux tribunaux d'ordonner au défendeur de payer une partie des dommages-intérêts avant que sa responsabilité ait été établie.

b) Champ d'application de l'article 265.6

Il y a maintenant 15 ans qu'on met en pratique l'article 265.6 depuis qu'il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997. Comment cela s'est-il passé? C'est la première question à laquelle nous aimerions que vous répondiez. À notre avis, l'article 265.6 a fait ses preuves. Dans l'arrêt *Smith v. Agnew*, la Cour d'appel s'est plainte avec vigueur du fait que l'article laissait aux tribunaux beaucoup trop de vides à combler. Ce qui n'a pas empêché la Cour d'ensuite combler ces vides. Compte tenu de certaines retouches que nous mentionnons ci-dessous, nous croyons que le résultat est satisfaisant. Y a-t-il des opinions divergentes à ce sujet?

Étant donné que nous considérons que la structure de la disposition législative étoffée reposera sur le droit existant, nous allons maintenant résumer la façon dont nous concevons les grandes lignes du droit en vigueur :

- Une motion pour demander un paiement anticipé peut être présentée à tout moment après l'introduction d'une instance. Il est possible de présenter des motions successives, mais il ne devrait normalement y avoir qu'une seule motion portant sur les dommages-intérêts spéciaux passés et futurs jusqu'à la date prévue du procès. S'il y a des motions successives, elles devraient normalement être instruites par le même juge.
- Dans son avis de motion, la partie demanderesse doit indiquer clairement la nature et le montant des dommages-intérêts spéciaux qu'il demande.
- En produisant la preuve conditionnelle que le tribunal estime nécessaire, la partie demanderesse doit convaincre le tribunal qu'elle recouvrera ces dommages-intérêts au procès. La norme de preuve est la norme civil ordinaire de la « prépondérance des probabilités ». (La norme de preuve est une question au sujet de laquelle nous ferons des observations ci-dessous, même si nous ne proposons aucun changement.)
- L'analyse de la motion se déroule en deux étapes. Premièrement, la partie demanderesse doit convaincre le tribunal qu'on lui accordera au procès les dommages-intérêts spéciaux qu'elle décrit dans son avis de motion. Deuxièmement, le tribunal fixe le montant du paiement, en tenant compte de toute négligence contributive alléguée ou autre compensation ou déduction (y compris les indemnités prévues au chapitre B), et il doit réduire en conséquence le montant du paiement anticipé pour minimiser le risque de paiement en trop si la partie demanderesse n'a pas gain de cause au bout du compte.
- Même si l'alinéa 265.6(4)e) permet au juge de prendre en considération « les besoins et les ressources du plaignant et les moyens du défendeur », il est opportun de le faire seulement dans les cas exceptionnels. (Il s'agit d'une autre question dont nous allons discuter ci-dessous. Toutefois, à cet égard, nous allons suggérer certains changements.)
- Même si un paiement anticipé de *dommages-intérêts généraux* ne peut pas être accordé, un bref passage de l'arrêt *Smith v. Agnew* donne à penser que les dommages-intérêts spéciaux accordés peuvent être « plus généreux à juste titre si les dommages-intérêts généraux qui sont susceptibles d'être octroyés sont tels que le risque de surindemnisation s'atrophie » (traduction du par. 48). Le scénario le plus probable peut se produire si l'octroi de dommages-intérêts spéciaux est assujéti à une compensation, par exemple pour

négligence contributive, mais que le juge est convaincu que le montant total qui sera octroyé au procès couvrira quand même sans difficulté le montant intégral des dommages-intérêts spéciaux.

- Le juge qui préside le procès peut être au courant qu'un paiement anticipé a été ordonné, mais l'ordonnance ne prédétermine pas la décision du juge du procès quant à la responsabilité ou au quantum.
- Lorsqu'un paiement anticipé a été ordonné et payé, la partie demanderesse doit rembourser le solde à la partie défenderesse si elle n'a finalement pas gain de cause au procès ou si elle recouvre un montant moindre que le paiement anticipé.

Depuis, plusieurs décisions publiées ont mis en application le cadre établi dans l'arrêt *Smith v. Agnew*. Elles portent sur divers chefs de dommages-intérêts spéciaux, souvent sur la perte de revenu, mais aussi sur des choses comme les frais médicaux et de déplacement, entre autres. Dans bien des cas, il s'agissait simplement d'appliquer le droit aux faits de la cause, mais quelques décisions font ressortir des questions qui méritent d'être mentionnées.

- L'arrêt *Pelletier Plumbing & Heating Ltd. et autres c. Cyr*, 2011 NBCA 13 (CanLII), donne des éclaircissements sur la relation entre les paiements anticipés et les indemnités prévues au chapitre B. En principe, les indemnités prévues au chapitre B déjà versées et à venir avant le procès doivent être déduites d'un paiement anticipé. Cependant, dans ce cas en particulier, il n'y a pas eu compensation parce que, dans le cadre d'une action liée mais en principe séparée, l'assureur qui contestait la motion visant à obtenir un paiement anticipé niait aussi que les indemnités prévues au chapitre B étaient « disponibles » à la demanderesse.
- La jurisprudence est relativement ambivalente en ce qui concerne la pertinence de l'élément des « besoins et ressources » parmi les critères de l'article 265.6. Comme la Cour d'appel l'a indiqué dans l'arrêt *Smith v. Agnew* et l'a rappelé dans l'arrêt *Pelletier Plumbing*, ce

critère devrait être pris en considération seulement dans des cas exceptionnels. Toutefois, dans plusieurs décisions rendues sur motion, les juges ont mentionné les besoins de la partie demanderesse et ils en ont parfois tenu compte en appliquant les dispositions de cet article (p. ex. : *Fasquel v. Boucher*, 2011 NBQB 150 (CanLII)).

- Dans plusieurs causes d'accident d'automobile dans lesquelles la responsabilité avait été admise, le juge a cité à la fois l'article 265.6 et la règle 47.03(3) et a appliqué le cadre prévu dans l'arrêt *Smith v. Agnew* pour les paiements anticipés avant que la responsabilité ait été établie à l'octroi de paiements par anticipation après l'établissement de la responsabilité sous le régime de la règle 47.03. Dans la décision *Bernschein c. Bernschein* [2008] AN-B, no.330, la cour est même allée plus loin et a ordonné un paiement par anticipation sous le régime de la règle 72 dans une affaire de droit matrimonial.
- La décision *Fasquel c. Boucher* pose aussi – mais sans y répondre directement – la question de savoir si les honoraires conditionnels de 25 % d'un avocat pouvaient être acquittés à bon droit à même les paiements anticipés ordonnés.
- Comme l'illustre l'affaire *Mason v. Beckett*, 2011 NBQB 333 (CanLII), la partie demanderesse dont la motion pour obtenir un paiement anticipé n'est pas fondée peut être condamnée aux dépens.
- Une autre décision qui mérite d'être prise en considération si on décide d'appliquer les dispositions étoffées de l'article 265.6 aux affaires de congédiement injustifié est l'arrêt *Morrow c. Aviva Canada Inc.*, 2004 NBCA 100 (CanLII). Dans une décision rendue en application de la règle 47.03(3), la Cour a statué que les dommages-intérêts tenant lieu de préavis raisonnable étaient des dommages-intérêts particuliers au Nouveau-Brunswick. (Apparemment, dans d'autres provinces, il sont considérés comme des dommages-intérêts généraux; cf. *Jean c. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10 (CanLII), par. 74.)

c) Arguments qui militent en faveur d'un champ d'application élargi

Le principe de l'article 265.6 – l'idée de permettre à un demandeur d'obtenir des paiements anticipés même avant que la responsabilité du défendeur soit établie – devrait-il s'appliquer dans les causes autres que les accidents d'automobile? Nous croyons que oui. Comme nous l'avons mentionné précédemment dans le présent *Bulletin*, au départ, le champ d'application de l'article 265.6 a été limité aux accidents d'automobile à cause du contexte stratégique à l'époque et en raison du fait que les accidents d'automobile paraissaient un contexte sûr pour mettre l'idée à l'essai, étant donné que le régime impose à tous l'obligation de souscrire une police d'assurance.

Toutefois, du point de vue de la partie demanderesse, il n'y a aucune différence entre un accident d'automobile et une autre cause de dommages corporels comme une chute ou un accident médical. Dans le même ordre d'idées, des événements comme des dommages matériels ou un congédiement injustifié peuvent aussi exercer une pression financière sur la partie demanderesse pendant que sa demande est contestée. Nous croyons que la véritable question qui se pose maintenant pour le Nouveau-Brunswick n'est pas de savoir *si* le champ d'application de l'article 265.6 devrait être élargi au-delà des accidents d'automobile, mais bien s'il y a des limites en ce qui concerne *jusqu'ou* il devrait être élargi.

Plusieurs limites pourraient être imposées. Aux points *d)* à *g)* ci-dessous, nous nous pencherons sur les limites possibles selon la nature de la demande, les caractéristiques de la partie demanderesse, les caractéristiques de la partie défenderesse et les catégories de dommages-intérêts en cause. Aux points *h)* et *i)*, nous examinerons ensuite certains enjeux supplémentaires qui concernent les frais d'avocat et les débours ainsi que le fardeau de la preuve.

d) La nature de la demande

Les commissions de réforme du droit du Manitoba et de la Nouvelle-Écosse se sont toutes deux dites d'avis que les paiements anticipés, qu'ils soient ordonnés avant ou après que la responsabilité a été établie, devraient être permis dans toutes les instances civiles, étant donné que la partie demanderesse peut se trouver dans une situation difficile, peu importe

la nature de sa demande (rapport du Manitoba, p. 8; rapport de la Nouvelle-Écosse, p. 25). Les deux commissions considéraient les demandes fondées sur des dommages corporels comme étant la norme, mais elles ont néanmoins recommandé de ne pas restreindre la possibilité d'obtenir des paiements anticipés aux affaires de dommages corporels ou à d'autres genres particuliers de demandes.

Nous sommes d'accord. Au Nouveau-Brunswick, il est déjà possible d'obtenir des paiements par anticipation en vertu de la règle 47.03(3) pour tous les genres de demandes une fois que la responsabilité a été établie. Nous ne voyons aucun motif d'appliquer des restrictions plus sévères dans le cadre d'une disposition étoffée sur les paiements par anticipation avant que la responsabilité soit établie.

Cela signifie que certains des cas qui seraient admissibles à des paiements anticipés pourraient être très différents de celui du demandeur pauvre qui s'efforce de survivre jusqu'au procès. Par exemple, en Angleterre, la décision rendue dans l'affaire *Heidelberg Graphic Equipment Ltd. v. Revenue and Customs*, [2009] EWHC 870 (BAILII), concernait apparemment (les faits ne sont pas clairs) une action d'une grande société contre le ministère du Revenu en vue de récupérer des impôts qui avaient été indûment perçus. Cependant, il semble préférable d'accepter que l'article 265.6 étoffé s'applique à des cas comme celui-là, que d'en réduire la portée en faisant référence à la nature de la demande, ce qui exclurait même les demandeurs pauvres parce qu'il se trouve que la nature de leur demande n'est pas la bonne en droit strict.

Dans les cas de paiements avant que la responsabilité ait été établie (mais pas dans les cas de paiements après que la responsabilité a été établie), la règle anglaise exige aussi que la cour soit convaincue que la partie demanderesse va obtenir un jugement lui octroyant une somme importante avant de lui accorder un paiement par anticipation. Nous ne sommes pas portés à reproduire cette condition. On peut penser qu'elle a pour objet de jouer le rôle de mécanisme de filtrage et de limiter aux cas graves les paiements par anticipation avant que la responsabilité soit établie. Cependant, il est difficile de déterminer ce que représente une « somme importante ». Celle-ci peut aussi être

bien différente d'un demandeur à l'autre. Il nous semble préférable de laisser simplement le loisir à la partie demanderesse de décider s'il serait utile dans sa situation de faire une demande de paiement par anticipation, considérant qu'elle pourrait être tenue de payer les dépens si sa motion était jugée mal fondée.

e) Les caractéristiques de la partie demanderesse

Est-ce que l'identité de la partie demanderesse devrait avoir de l'importance pour l'application d'une disposition étoffée sur le paiement par anticipation? Cette disposition devrait-elle s'appliquer uniquement aux personnes physiques, par exemple? Devrait-elle être limitée aux demandeurs qui sont dans le besoin?

Nous croyons que non dans les deux cas. Les commissions de réforme du droit du Manitoba et de la Nouvelle-Écosse ne se sont même pas penchées sur la question de savoir si la partie demanderesse devait être une personne morale ou une personne physique (ou autre) et nous ne sommes pas portés à faire ces distinctions. Même si ce sont normalement des personnes physiques qui se sont prévaluées de ces dispositions, il peut arriver qu'une société ait réellement intérêt à obtenir un paiement partiel par anticipation, et il se peut bien que des personnes physiques dépendent d'une société.

Restreindre le champ d'application de la disposition aux cas où la partie demanderesse est dans le besoin est plus discutable. Certes, la principale raison d'être d'une disposition applicable avant l'établissement de la responsabilité, comme l'article 265.6, est d'atténuer les difficultés financières, mais on compliquerait considérablement les motions visant à obtenir un paiement anticipé s'il fallait prouver le besoin dans chaque cas. Dans son rapport, la commission manitobaine n'a pas envisagé de poser le besoin comme condition préalable, et le rapport de la Nouvelle-Écosse contenait une recommandation qui y était opposée (p. 29-3). C'est aussi ce que nous recommandons, mais nous suggérons au point g) ci-dessous un scénario précis dans lequel la preuve du besoin serait essentielle sous le régime d'une disposition étoffée.

f) Les caractéristiques de la partie défenderesse
Est-ce que l'identité de la partie défenderesse devrait avoir de l'importance pour l'application

d'une disposition étoffée sur les paiements par anticipation, en particulier sur les paiements anticipés avant que la responsabilité soit établie? L'une des raisons pour lesquelles il a semblé prudent de mettre l'article 265.6 à l'essai dans les cas d'accident d'automobile (seulement) était le contexte de l'assurance universelle obligatoire. Comme la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Smith v. Agnew* (par. 31), il faut reconnaître que l'article 265.6 ne se limite pas en réalité aux cas où le défendeur est assuré. Quoi qu'il en soit, à toutes fins utiles, le régime d'assurance automobile signifie que dans la plupart des cas, s'il y a un paiement en trop en vertu de cet article – c'est-à-dire si un défendeur a reçu l'ordre de faire un paiement anticipé plus élevé que le montant du jugement définitif – et si le défendeur est incapable de recouvrer le solde de la partie demanderesse, le paiement en trop sera probablement absorbé par le régime d'assurance automobile, au lieu d'être supporté directement par le défendeur en question.

Pour qu'un paiement par anticipation soit ordonné avant que la responsabilité ait été établie, la règle anglaise exige en certains cas que la partie défenderesse soit assurée ou qu'elle soit un organisme public. La Law Reform Commission de la Nouvelle-Écosse a jugé que la disposition devait être limitée au cas où la partie défenderesse pouvait payer (p. 38). Toutefois, de l'avis de la commission manitobaine, il est préférable de régler les questions qui concernent la situation financière de la partie défenderesse en disant que le tribunal devrait tenir compte des moyens et des ressources du défendeur lorsqu'il décide d'ordonner ou de ne pas ordonner un paiement par anticipation ou lorsqu'il détermine le montant de celui-ci (p. 14).

Nous préférons la façon de procéder du Manitoba. Même si elle pourrait théoriquement permettre à un demandeur bien nanti de demander un paiement par anticipation à un défendeur pauvre, nous croyons que la partie défenderesse dispose de mécanismes de protection juridique et pratique. Elle jouit d'une protection juridique en raison du fait que le juge peut prendre en considération les moyens et les ressources limités du défendeur lorsqu'il décide d'ordonner ou de ne pas ordonner le paiement anticipé. Elle jouit aussi d'une protection pratique en raison du fait qu'il ne vaut souvent pas la peine de poursuivre un défendeur pauvre

et que toute ordonnance de paiement anticipé qui serait obtenue devrait encore être exécutée avant d'avoir finalement une incidence sur la situation financière du défendeur. Qui plus est, le juge pourrait aussi se voir conférer le pouvoir d'assortir de conditions l'exécution de l'ordonnance pour conserver l'équilibre entre la partie demanderesse et la partie défenderesse.

Donc, tous comptes faits, la possibilité qu'une ordonnance de paiement anticipé soit obtenue et soit exécutée contre un défendeur qui dispose de moyens modestes paraît faible.

g) Tous les genres de dommages-intérêts?

L'article 265.6 et la règle 47.03(3) s'appliquent tous deux uniquement aux dommages-intérêts spéciaux. La nouvelle disposition législative devrait-elle aller plus loin en permettant aussi le paiement par anticipation de dommages-intérêts généraux? C'est ce que fait la règle anglaise et c'est ce qu'a recommandé la Law Reform Commission de la Nouvelle-Écosse (p. 28). La Commission manitobaine de réforme du droit ne l'a pas fait (p. 11).

Au Nouveau-Brunswick (mais peut-être pas ailleurs), il est entendu que l'expression « dommages-intérêts spéciaux » désigne « une perte pécuniaire passée qu'il est possible de quantifier à la date du procès » : *Morrow c. Aviva Canada Inc.*, 2004 NBCA 100 (CanLII). Une disposition qui se limiterait aux « dommages-intérêts spéciaux » éliminerait donc toute possibilité de paiement par anticipation au titre d'une perte non pécuniaire ou d'une perte pécuniaire consécutive au procès, qui sont toutes deux des éléments de « dommages-intérêts généraux ».

Une disposition étoffée devrait-elle être limitée de la même façon? À l'heure actuelle, nous répondons oui, mais avec certaines modifications.

Notre réponse « oui » traduit l'idée selon laquelle l'objet principal de la disposition est d'aider la partie demanderesse pendant la période qui va jusqu'au jugement que le juge est confiant de la voir obtenir, même si sa portée au sens propre est peut-être plus vaste. Les dommages-intérêts spéciaux sont une évaluation naturelle de la perte réelle de la partie demanderesse pendant cette période.

Notre bémol « mais avec certaines modifications », par contre, vient du fait qu'il faut reconnaître que dans certains cas, le maximum qui sera octroyé en dommages-intérêts spéciaux pourrait ne pas suffire à répondre aux besoins financiers immédiats de la partie demanderesse. Un exemple tiré de la jurisprudence anglaise est celui du demandeur gravement blessé qui a besoin d'un logement adapté, de préférence plus tôt que plus tard, mais qui ne peut absolument pas se le permettre grâce aux seuls dommages-intérêts spéciaux (p. ex. : *Cobham Hire Services Ltd. v. Eeles*, [2009] EWCA Civ 204 (BAILII)).

En ce qui concerne les dommages-intérêts spéciaux et généraux, nous suggérons donc de remanier l'article 265.6 en tenant compte des grandes lignes suivantes :

- Selon la règle normale, le montant octroyé à titre de paiement par anticipation équivaldrait aux dommages-intérêts spéciaux préalables au procès, déduction faite de toute compensation susceptible d'être prélevée sur ce montant. Il ne serait pas nécessaire de prouver le « besoin ».
- Si ces compensations réduisent le paiement anticipé, mais si des dommages-intérêts généraux seront accordés au procès, le juge peut tenir compte des dommages-intérêts généraux pour « compenser les compensations », jusqu'à concurrence de 100 % des dommages-intérêts spéciaux. Là encore, il ne serait pas nécessaire de prouver le « besoin ».
- Toutefois, si la partie demanderesse peut faire la preuve d'un besoin spécial avant le procès qui serait imputable aux actes de la partie défenderesse et auquel il serait impossible de pourvoir au moyen du paiement anticipé et de toutes les autres ressources disponibles, le juge pourra ordonner le paiement par anticipation de dommages-intérêts généraux pour répondre à ce besoin. Le juge devra être convaincu que le paiement anticipé accru demeure dans les limites des sommes qui seront subséquemment octroyées à titre de dommages-intérêts, et il pourra imposer des modalités et des conditions pour faire en sorte que l'argent soit exclusivement consacré aux fins pour lesquelles il a été accordé.

h) Autres enjeux (n° 1) : frais d'avocat et débours

Dans le même ordre d'idées, le juge devrait-il pouvoir ordonner le paiement anticipé des frais et des débours juridiques nécessaires. On peut aussi se demander si une nouvelle disposition sur les paiements par anticipation devrait prévoir qu'un paiement anticipé pourra être utilisé ou ne pourra pas être utilisé pour couvrir les honoraires conditionnels d'un avocat ou d'autres frais.

Notre suggestion à ce sujet, c'est que les débours devraient pouvoir faire l'objet d'un paiement anticipé s'ils représentent des versements nécessaires à des tiers dans le but de permettre à la partie demanderesse de faire la preuve de sa réclamation, mais pas les frais d'avocat. Les débours sont des sorties de fonds nécessaires préalables au procès que la partie demanderesse pourra recouvrer si elle réussit à obtenir un jugement en sa faveur. Permettre qu'ils soient payés d'avance entre naturellement dans les cadres d'un article 265.6 étoffé, même si nous ajouterions ici aussi les mêmes réserves que celles que nous avons suggérées en ce qui concerne le paiement par anticipation de dommages-intérêts généraux, c'est-à-dire que la partie demanderesse devra prouver qu'elle en a besoin et que le juge pourra imposer des conditions pour faire en sorte que le paiement par anticipation destiné aux débours serve uniquement à payer des débours.

Les frais d'avocat sont une question distincte. Bien qu'ils soient susceptibles d'être accordés en temps et lieu si un paiement anticipé est ordonné, il n'est pas aussi urgent, du point de vue de la partie demanderesse, qu'ils soient payés plus tôt que plus tard. Nous suggérons donc qu'il ne devrait pas être possible d'ordonner un paiement par anticipation pour couvrir les frais d'avocat. En fait, nous suggérons que la loi aille plus loin et précise qu'un mandat de représentation qui donne le droit à un avocat de déduire ses honoraires de tout montant accordé par un tribunal ne s'applique pas à un montant accordé à titre de paiement par anticipation. Cette restriction n'empêcherait pas la partie demanderesse de payer l'avocat à même les fonds reçus si elle est en mesure de le faire. Cependant, elle ferait en sorte que le montant intégral octroyé à titre de paiement par anticipation se rende jusqu'à la partie demanderesse.

i) Autres enjeux (n° 2) : fardeau de la preuve

L'autre grande question dont nous souhaitons discuter est celle du fardeau de la preuve. Nous ne proposons aucun changement à cet égard, mais nous désirons préciser ce que signifie « aucun changement » dans ce contexte, surtout à cause du fait que les rapports du Manitoba et de la Nouvelle-Écosse, s'appuyant sur la jurisprudence anglaise, recommandaient tous les deux que le fardeau de la preuve soit plus exigeant que la norme civile ordinaire de la « prépondérance des probabilités ».

L'arrêt *Smith c. Agnew* confirme que la norme civile ordinaire s'applique au Nouveau-Brunswick. Mais surtout, la Cour a pris la peine d'expliquer ce que cela signifie dans ce contexte :

[Traduction] Je viens à la conclusion qu'une ordonnance peut être rendue sous le régime de l'article 265.6 dès que le tribunal est judiciairement convaincu par la preuve qu'il est plus probable qu'improbable que le demandeur prouvera au procès que le défendeur est responsable des dommages-intérêts spéciaux en question (*Roy v. St-Pierre et al., supra*). Le demandeur réussira à se décharger de ce fardeau si le juge des motions est certain à plus de 50 pour cent qu'il sera établi au procès que le défendeur est responsable des dommages-intérêts spéciaux. Si, après avoir pris en considération l'ensemble de la preuve, le juge des motions est dans l'indécision quant à l'issue probable du procès, il doit rejeter la motion. (par. 66)

Même si les mots plus probable qu'improbable sont soulignés dans le jugement, c'est l'explication subséquente au sujet du moment où la norme est atteinte qui est importante. La Cour a fait une distinction entre les cas où le juge des motions est « certain à plus de 50 pour cent » et les cas où il est « dans l'indécision ». Cela paraît une bonne façon d'expliquer comment la norme de la « prépondérance des probabilités » devrait s'appliquer au libellé de l'article 265.6. Ce libellé est catégorique : un paiement anticipé peut être accordé si le juge « est convaincu » que le plaignant « prouvera » que le défendeur est responsable de ces dommages-intérêts. « Est convaincu » (« is

satisfied») est une expression forte et « prouvera » (« *will prove* ») est une condition forte. Si la disposition législative place la barre à ce niveau, faire la preuve par prépondérance des probabilités sera un fardeau raisonnablement exigeant sans qu'il soit nécessaire d'établir une norme de preuve particulière.

Toutefois, dans certaines décisions sur motion, la norme civile ordinaire a été formulée plus vaguement, parfois même de manière incompatible avec la loi. Par exemple, « convaincu à plus de 50 % qu'un jugement définitif statuera probablement (...) » (« *more than 50% satisfied, that a final judgment will probably provide [...]* »; *Steeves v. McLong* 2001 NBQB 270 (CanLII), par. 24) n'est pas la même chose que « est convaincu » que le demandeur « prouvera ». Il n'y a toutefois pas moyen d'éviter ces différences dans la façon de l'exprimer et il est peu probable que des efforts visant à clarifier la loi produiraient de meilleurs résultats que l'arrêt *Smith v. Agnew*. Nous sommes donc portés à laisser le fardeau de la preuve tel quel, mais en faisant simplement remarquer que la norme civile ordinaire de la « prépondérance des probabilités » devra être appliquée en tenant compte du libellé de la disposition législative.

Résumé

Compte tenu de la longue analyse qui précède, voici nos suggestions en ce qui concerne les principales caractéristiques d'une disposition étoffée sur le paiement par anticipation de dommages-intérêts :

- Il devrait y avoir une disposition législative unique sur le paiement par anticipation de dommages-intérêts, qu'il serait préférable d'intégrer à la *Loi sur l'organisation judiciaire*. Elle devrait permettre les paiements anticipés avant que la responsabilité soit établie de même que les paiements anticipés après qu'elle a été établie.
- La disposition devrait être inspirée de l'article 265.6 et son libellé devrait être similaire, sauf si on désire y apporter des changements au fond. L'arrêt *Smith v. Agnew* continuera donc de faire autorité là où aucun changement au fond ne sera apporté.
- Il devrait n'y avoir aucune restriction quant aux genres de demandes, de demandeurs ou de défendeurs auxquels la disposition s'appliquera. Toutefois, elle devrait offrir une certaine protection aux défendeurs qui n'ont pas les ressources nécessaires pour verser un paiement anticipé. Le juge devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner un paiement anticipé ou d'imposer des modalités et des conditions à l'égard des paiements exigés du défendeur en vertu de l'ordonnance ou à l'égard de son exécution par le demandeur.
- Le paiement par anticipation devrait normalement représenter uniquement des dommages-intérêts spéciaux (c'est-à-dire les pertes pécuniaires passées ou à venir avant la date du procès).
- Si une somme doit être déduite du montant total des dommages-intérêts spéciaux en raison d'une négligence contributive ou d'une défense semblable, le juge des motions pourra tenir compte des dommages-intérêts généraux qui seront probablement accordés au procès et il pourra octroyer une plus grande part des dommages-intérêts spéciaux à titre de paiement par anticipation (jusqu'à concurrence de 100 % des dommages-intérêts spéciaux).
- Un paiement par anticipation de dommages-intérêts généraux (c'est-à-dire de dommages-intérêts pour pertes non pécuniaires ou pour pertes pécuniaires après la date du procès) pourra être ordonné si la partie demanderesse peut remplir les trois conditions suivantes :
 - a) elle a droit à un paiement par anticipation de dommages-intérêts spéciaux;
 - b) elle a besoin de faire des dépenses spéciales avant le jugement à cause du préjudice que lui a causé la partie défenderesse;
 - c) les paiements anticipés de dommages-intérêts spéciaux et de dommages-intérêts généraux combinés ne sont pas susceptibles de donner lieu à un paiement en trop, compte tenu des compensations ou

des défenses que le juge des motions considère plausibles.

- Si un paiement anticipé de dommages-intérêts généraux est octroyé, le juge pourra imposer des conditions pour faire en sorte qu'il soit utilisé aux fins pour lesquelles il est destiné.
- Un avocat n'aura pas le droit de déduire des honoraires d'un paiement anticipé.
- La partie demanderesse pourra réclamer les débours nécessaires pour faire la preuve de sa demande comme s'il s'agissait d'une catégorie de dommages-intérêts spéciaux. Le juge pourra imposer

des conditions en ce qui concerne l'utilisation de l'argent accordé au titre des débours nécessaires.

Les réponses et les réactions à toute question abordée ci-dessus doivent être envoyées à l'adresse figurant en tête du présent bulletin, à l'attention de Tim Rattenbury, ou par courriel à lawreform-reformedudroit@gnb.ca. Nous aimerions recevoir vos réponses au plus tard le 15 juillet 2012.

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.