

## Bulletin de la réforme du droit

Cabinet du procureur général  
Pièce 416, Édifice du Centenaire  
C. P. 6000, Fredericton (N-B), Canada E3B 5H1  
Tél. : (506) 453-2569; Téléc. : (506) 457-7342  
Courriel : Tim.Rattenbury@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. 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.*

*La Direction remercie tous ceux et celles 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 la Direction 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 présentent des positions adoptées par le Cabinet du procureur général 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. Loi sur les recours collectifs

La Loi sur les recours collectifs a été sanctionnée en juin 2006, mais elle n'est pas encore entrée en vigueur. Nous sommes en train d'examiner s'il faudrait apporter des modifications aux Règles de procédure avant qu'elle soit proclamée en vigueur, et nous avons récemment demandé l'avis du Comité des règles à ce sujet. Les autres provinces qui ont adopté des mesures législatives comparables ont édicté peu de

règles, mais la seule que toutes les administrations provinciales ont jugée nécessaire est l'obligation de déclarer qu'une poursuite introduite en vertu de la loi est un recours collectif. Cette obligation est prévue au paragraphe 3(2) de la loi du Nouveau-Brunswick.

S'il n'est pas nécessaire d'édicter de nouvelles règles, nous espérons que la Loi pourra entrer



en vigueur en février 2007. S'il faut édicter des règles, la date de la proclamation en vigueur dépendra de leur complexité.

### 2. Loi sur le transfert des valeurs mobilières

Dans les numéros 22 et 23 du *Bulletin de la réforme du droit*, nous avons indiqué que la plupart des provinces songent à sanctionner des mesures législatives inspirées de la *Loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Nous avons également donné un bref résumé de cette loi.

L'Ontario et l'Alberta ont sanctionné leurs mesures législatives respectives, dont le libellé est pratiquement identique. D'autres provinces devraient suivre leur exemple en 2007. Nous avons recommandé que le Nouveau-Brunswick emboîte le pas.

### 3. Prescription des actions

Parmi les autres grands projets dont nous nous occupons, il convient de mentionner la nouvelle *Loi sur la prescription des actions*. Dans les numéros 23 et 24 du *Bulletin*, nous vous avons demandé votre opinion au sujet de certaines grandes questions.

Nous n'avons pas encore apporté la touche finale à nos recommandations à ce sujet, mais nous prévoyons le faire bientôt. Si vous désirez nous faire part de votre opinion, agissez le plus tôt possible. Nous ne pourrions probablement pas tenir compte des commentaires reçus après la première semaine de janvier 2007.

## **B. QUESTIONS NOUVELLES**

### 4. Loi sur les personnes déficientes – Questions diverses

Nous avons reçu plusieurs suggestions au sujet de la modification de la *Loi sur les personnes déficientes*. Nous ne pourrions malheureusement pas donner suite à certaines d'entre elles, étant

donné qu'elles nécessiteraient un remaniement plus important de la *Loi* que celui que nous pouvons entreprendre à l'heure actuelle. À titre d'exemple, quelqu'un a suggéré que la *Loi* donne davantage d'indications au sujet de la façon dont les décisions médicales devraient être prises. Nous avons bien constaté que la *Loi* ne contient aucune indication à ce sujet. Cependant, étant donné qu'elle est aussi pratiquement muette à propos d'autres aspects des soins personnels, nous pensons qu'il serait difficile de traiter de l'un de ces sujets sans aborder les autres. Une autre personne a suggéré de combiner les dispositions sur la procuration irrévocable des articles 58.1 à 58.7 de la *Loi sur les biens* avec les dispositions sur la procuration pour soins personnels des articles 40 à 44 de la *Loi sur les personnes déficientes*. Là encore, nous comprenons la suggestion, mais compte tenu de l'ensemble cohérent des principes de common law et de droit législatif qui régissent actuellement les procurations au Nouveau-Brunswick et étant donné que seulement quelques parties des mesures législatives traitent de près ou de loin de la question de l'incapacité mentale, nous ne pensons pas que le remaniement de ces dispositions législatives serait une opération simple.

Il reste donc un certain nombre de suggestions auxquelles nous pouvons facilement donner suite dans le cadre actuel de la *Loi sur les personnes déficientes*. Nous allons discuter de quatre d'entre elles ci-dessous, et nous espérons pouvoir nous pencher sur les autres très bientôt. Voici les quatre questions auxquelles nous tenterons de répondre dans les paragraphes qui suivent : a) L'expression « personnes frappées d'incapacité à cause d'une déficience » de l'article 39 devrait-elle être définie? b) Les dispositions conférant le pouvoir de faire un testament devraient-elles être modifiées pour tenir compte de la décision dans l'affaire *MacDavid*? c) Le montant du cautionnement du curateur devrait-il être fixé par la *Loi*? d) La Cour devrait-elle avoir le pouvoir de renoncer à exiger un cautionnement ou d'en réduire le montant?

Les autres suggestions que nous examinerons plus tard sont les suivantes : a) Le curateur devrait-il être tenu de faire rapport chaque année à la Cour? b) L'obligation de donner un avis au plus proche parent devrait-elle être modifiée, étant donné que le plus proche parent peut lui



aussi être incapable mental? c) La *Loi* devrait-elle être modifiée afin de reconnaître d'une façon quelconque le rôle des aidants naturels?

Si nos lecteurs pensent que nous devrions examiner d'autres questions, nous les invitons à nous le faire savoir.

a) L'expression « personnes frappées d'incapacité à cause d'une déficience » de l'article 39 devrait-elle être définie?

Même si cette suggestion a été présentée sous forme de question au sujet d'une définition, nous y avons répondu différemment. Pour ce qui est de la définition elle-même, nous pensons que l'article 39 donne une description aussi claire de l'expression « personnes frappées d'incapacité à cause d'une déficience » que la définition qu'on trouve à l'article 1 de l'expression « incapacité mentale ». Mais la difficulté vient du fait que ces descriptions se recoupent, ce qui rend floue la démarcation entre l'article 39 et l'article 3 (la principale disposition sur l'incapacité mentale). Cette difficulté n'est pas nouvelle, mais ses ramifications se sont multipliées lorsque la portée de l'article 39 a été élargie en 2000.

Toutefois, nous ne pensons pas actuellement qu'il faut légiférer pour corriger la situation, étant donné que nous sommes d'avis que ce recoupement ne cause pas autant de problèmes qu'il n'y paraît de prime abord. Pour expliquer notre point de vue, nous pensons qu'il serait utile de faire un résumé de l'origine législative de l'article 39.

La *Loi sur les personnes déficientes* est entrée en vigueur en 1943. À l'époque, la loi s'intitulait la *Loi sur l'incapacité mentale* (ch. 41, 1943). Son titre a été changé par la *Loi modifiant la Loi sur l'incapacité mentale* (ch. 61, 1961-1962).

La loi de 1943 contenait des éléments tirés d'au moins quatre sources, que voici :

a) la compétence *parens patriæ* de la Cour;

b) les pouvoirs que conféraient à la Cour les règles 43 à 55 de l'ancienne

ordonnance 56 à l'égard des biens des « aliénés »;

c) les pouvoirs que conféraient à la Cour les règles 83 à 109 de l'ancienne ordonnance 56 à l'égard des biens des « ivrognes d'habitude »;

d) les diverses dispositions de la *Loi sur les fiduciaires* qui concernaient les « aliénés » et les « débiles mentaux ».

La loi qui en a résulté est très semblable à celle qui est en vigueur aujourd'hui. Elle se composait de 38 articles qui traitaient de « l'incapacité mentale » et d'une disposition supplémentaire, l'article 39, qui permettait d'adapter les pouvoirs conférés à la Cour par les articles 1 à 38 en matière de gestion des biens au cas d'une « personne frappée d'incapacité à cause d'une déficience mentale », c'est-à-dire « toute personne (...) à l'égard de laquelle il a été établi (...) qu'elle est, en raison d'une déficience mentale provoquée par la maladie, l'âge ou tout autre motif, ou pour cause d'ivresse habituelle ou d'usage de drogues, incapable de gérer ses affaires ».

Depuis 1943, trois modifications importantes ont été apportées à l'article 39. En 1951 (ch. 185), l'expression « déficience mentale » a été remplacée par « déficience physique ou mentale », comme dans la version actuelle. En 1995, les dispositions qui ont été ajoutées à la *Loi* afin de conférer le pouvoir de faire un testament ont été déclarées applicables aux dispositions sur « l'incapacité mentale » et à celles sur les « personnes frappées d'incapacité à cause d'une déficience » [par le jeu du paragraphe 39(5)]. Mais les modifications les plus importantes pour notre propos sont celles qui ont été apportées en 2000 avec l'ajout des dispositions sur la procuration pour soins personnels. Les modifications de 2000 :

a) ont ajouté les décisions sur les soins personnels à l'article 39;

b) ont établi clairement que l'article 39 s'applique si la personne est incapable de s'occuper d'une « partie » de ses affaires ou de ses soins personnels;



c) ont établi clairement que la Cour peut ordonner la nomination d'une personne autorisée à accomplir des actes spécifiés ou lui conférer des pouvoirs généraux à titre de curateur aux biens, de curateur à la personne ou de curateur aux biens et à la personne;

d) ont éliminé la confusion qui pouvait régner au sujet de la question de savoir si les notions de « personne incapable mentale » et de « personne frappée d'incapacité à cause d'une déficience » sont mutuellement exclusives afin qu'elles ne le soient plus.

L'ajout des soins personnels à l'article 39 est une nouveauté [voir l'affaire *West* (1978) DLR (3d) 182 pour l'interprétation qui en était faite avant 2000]. Les autres changements ont surtout servi à éliminer des ambiguïtés et des incertitudes.

Grâce aux modifications de 2000, l'article 39 est devenu une disposition polyvalente et souple. À première vue, l'article 39 permet de pratiquement tout faire, y compris certaines choses qui seraient impossibles sous le régime de l'article 3. Toutefois, tous les pouvoirs conférés par l'article 39 sont des pouvoirs discrétionnaires qui doivent être exercés sous contrôle judiciaire et sous réserve des autres dispositions de la *Loi*. Autrement dit, même si l'article 39 permet en théorie à la Cour de faire certaines choses, cela ne signifie qu'elle va effectivement les faire.

Compte tenu de cette démarche et de l'absence de jurisprudence sur l'interprétation de la version postérieure à 2000 de l'article 39, nous avons formulé notre avis au sujet de la relation qui existe entre l'article 3 et l'article 39 sous forme de quelques règles empiriques pour déterminer la disposition qu'un requérant devrait invoquer dans diverses situations. Dans la liste ci-dessous, l'expression « ordonnance sans restriction » signifie une ordonnance portant nomination du requérant à titre de curateur aux biens, de curateur à la personne ou de curateur aux biens et à la personne. L'expression « ordonnance limitative » signifie toute ordonnance qui confère moins de pouvoirs qu'une ordonnance sans restriction, même si en pratique nous prévoyons que la plupart des ordonnances limitatives seront de nature spécifique (p. ex. : « exploiter l'entreprise »,

« gérer les placements », « vendre la maison », « faire un testament »).

- Si vous désirez obtenir une ordonnance sans restriction et si la personne est incapable mentale, vous devez invoquer l'article 3, même si on peut dire que la personne est aussi frappée d'incapacité à cause d'une déficience mentale, au sens de l'article 39.
- Si vous désirez obtenir une ordonnance sans restriction et si la personne est frappée d'une incapacité à cause d'une déficience physique, et non mentale, vous devez invoquer l'article 39. C'est la seule solution.
- Si vous désirez obtenir une ordonnance sans restriction et si la personne est frappée d'une incapacité à cause d'une déficience mentale sans être incapable mentale, vous devez invoquer l'article 39, mais il ne sera pas facile d'expliquer au juge pourquoi la demande d'ordonnance devrait être accueillie.
- Si vous désirez obtenir une ordonnance limitative de quelque nature que ce soit, vous devez invoquer l'article 39, même si la personne est incapable mentale, mais vous devez (i) avoir une bonne explication pour justifier le fait que vous ne demandez rien d'autre que l'ordonnance en question, et (ii) être prêt à expliquer pourquoi vous ne demandez pas une ordonnance sans restriction, si les faits le justifieraient.

La dernière chose que nous avons constatée (avec surprise) en examinant à nouveau l'article 39 est que cette disposition ne confère pas expressément à la Cour le pouvoir de prendre des décisions ou des mesures. Le paragraphe 39(3) permet seulement à la Cour de nommer d'autres personnes pour le faire. Nous pensons que le paragraphe 39(1) accorde implicitement à la Cour le pouvoir d'agir, mais nous sommes d'avis qu'il serait préférable de l'énoncer explicitement. Il s'agit donc d'une modification à l'article 39 que nous envisageons actuellement de recommander.



b) *Les dispositions conférant le pouvoir de faire un testament devraient-elles être modifiées pour tenir compte de la décision dans l'affaire MacDavid?*

Dans l'affaire *MacDavid* (2003 NBJ n° 405), le requérant a réussi dans sa demande de faire déclarer M<sup>me</sup> MacDavid incapable mentale, mais pas à convaincre la Cour de faire un testament pour elle. Le tribunal a statué que la *Loi* conférait expressément au curateur aux biens le droit de demander qu'un testament soit fait. À son avis, un requérant donataire d'une procuration irrévocable qui n'avait pas demandé d'être nommé curateur ne pouvait donc pas se prévaloir de cette disposition de la *Loi*.

Nous croyons qu'il s'agit d'une interprétation erronée des dispositions de la *Loi* qui traitent du pouvoir de faire un testament. En effet, le paragraphe 3(1) de la *Loi* confère à la Cour « plénitude de compétence et de pouvoirs » à l'égard des personnes des incapables mentaux, et le paragraphe 3(4) prévoit que cette compétence et ces pouvoirs s'entendent également du pouvoir de faire, de modifier ou de révoquer un testament. C'est à la Cour qu'il revient se décider si un curateur doit être nommé ou non. Et si un curateur est nommé – comme il se doit normalement – il revient à la Cour de décider si le curateur aura le pouvoir de faire un testament. Si la Cour lui confère ce pouvoir, il lui incombe quand même d'approuver la façon dont il est exercé en vertu de l'article 15.1. L'absence d'un curateur ne devrait donc pas empêcher de faire un testament. Le pouvoir appartient à la Cour, pas au curateur. Si le problème s'arrêtait là, nous serions d'avis qu'il serait souhaitable de recommander une modification dans le but de changer le résultat de l'affaire *MacDavid*.

Mais il faut aussi tenir compte de l'article 39. Étant donné que le paragraphe 39(5) renvoie expressément au pouvoir de faire un testament que confère l'article 11.1, nous sommes d'avis que l'article 39 pourrait être invoqué dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *MacDavid*, dans laquelle tout ce que désirait apparemment le requérant, c'était qu'un testament soit fait. Compte tenu de l'analyse de l'article 39 dans le contexte du sujet qui précède, nous ne pensons donc pas que l'affaire *MacDavid* a ouvert une brèche importante dans la *Loi*. Si un curateur aux biens est nommé, on

peut se prévaloir du pouvoir de faire un testament que confèrent les articles 3 et 11.1. Sinon, ce pouvoir peut être obtenu sous le régime de l'article 39.

Le dernier point qui doit être mentionné au sujet du testament touche la relation entre la « capacité de tester » et la *Loi sur les personnes déficientes*. Nous sommes d'avis que l'article 39 s'applique inévitablement au cas d'une personne qui n'a pas la capacité de tester, étant donné qu'elle ne peut pas pourvoir à la gestion d'une partie de ses affaires car elle ne peut pas faire un testament. Cependant, la relation entre la capacité de tester et l'incapacité mentale peut être plus complexe. Une personne pourrait théoriquement être incapable mentale au sens de la *Loi sur les personnes déficientes*, tout en étant assez « saine d'esprit » pour tester au moment précis où elle fait son testament. Il peut s'agir d'une personne qui a eu ce qu'on appelle un « intervalle lucide » ou d'une personne qui a très peu de biens et dont le testament est si simple qu'elle comprend véritablement la signification de ce qu'elle est en train de faire. Une telle situation ne doit pas se présenter très souvent, mais elle est possible en théorie. Il convient donc de signaler que l'un des effets du paragraphe 11.1(2) de la *Loi*, selon lequel « tout testament fait en vertu de la présente loi est à toutes fins, y compris toute révocation et modification subséquente, le testament de la personne au nom et pour le compte de laquelle le testament est fait », est de permettre à une personne incapable mentale de révoquer ou de modifier le testament fait ou approuvé par la Cour à tout moment, dans la mesure où elle a la capacité de tester.

c) *Le montant du cautionnement du curateur devrait-il être fixé par la Loi?*

Les paragraphes 1(3), 10(4) et 10(5) exigent que le curateur aux biens constitue une sûreté, mais ils n'en précisent pas le montant. Quelqu'un a suggéré que le montant y soit précisé. Notre interlocuteur n'a recommandé aucun chiffre en particulier, car il souhaitait surtout que la *Loi* établisse une norme quelconque plutôt que de fixer le seuil à un niveau en particulier. Toutefois, quelques-uns de nos interlocuteurs ont suggéré de fixer le montant à la valeur des biens ou à la valeur des biens plus une majoration correspondant au revenu d'une année, par



exemple. Un montant de ce genre paraît raisonnable, compte tenu du paragraphe 10(4) de la *Loi*. Le paragraphe 10(4) exige que le curateur constitue une sûreté du montant que fixe la Cour « garantissant la reddition régulière des comptes relatifs aux biens qu'il a en sa possession », etc.

Nous sommes au courant que la plupart des autres provinces exigent un cautionnement, mais pas toutes. Cependant, pour autant que nous sachions, seulement deux d'entre elles ont légiféré au sujet du montant. Au Manitoba, l'article 77 de la *Loi sur la santé mentale* exige que le montant de la sûreté corresponde au double de la valeur des biens. En Saskatchewan, le paragraphe 55(2) du *Adult Guardianship and Co-Decision-Making Act* crée une présomption selon laquelle le cautionnement doit être au moins égal à la valeur des biens, sauf ordre contraire de la Cour.

Pour les besoins de la discussion, nous pensons qu'il serait raisonnable de fixer le montant du cautionnement à la valeur des biens majorée du revenu d'une année. Nous aimerions recevoir des commentaires à ce sujet. Nous invitons également tous ceux qui désirent se prononcer à nous dire si le fait pour la Cour d'avoir ou non le pouvoir discrétionnaire de renoncer au cautionnement ou d'en réduire le montant, comme nous le verrons au point suivant, influencerait leur opinion.

d) *La Cour devrait-elle avoir le pouvoir de renoncer à exiger un cautionnement ou d'en réduire le montant?*

Nous savons que neuf des provinces et territoires de common law exigent formellement une sûreté et que six de ces ressorts permettent à la Cour de renoncer à exiger un cautionnement. Les trois provinces qui exigent un cautionnement et qui ne permettent pas à la Cour d'y renoncer sont le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse et l'Île-du-Prince-Édouard. Toutefois, dans son ouvrage intitulé *Mental Disability and the Law in Canada* (1994, p. 28), Gerald Robertson signale que le pouvoir de renoncer au cautionnement n'est pas exercé souvent dans les ressorts où il existe.

La Cour devrait-elle avoir le pouvoir de renoncer à exiger un cautionnement ou d'en réduire le

montant au Nouveau-Brunswick? Bien des gens nous ont indiqué qu'elle devrait pouvoir exercer ce pouvoir, car ils étaient généralement d'avis qu'il est plus compliqué qu'avantageux dans la majorité des cas (mais pas tous) d'obtenir, de garder en vigueur et d'éventuellement libérer un cautionnement. En revanche, il faut bien reconnaître que le cautionnement procure à la personne incapable une protection en cas d'imprévu.

À l'heure actuelle, nous pensons que la Cour devrait bénéficier du pouvoir de renoncer à exiger un cautionnement. La Cour devrait probablement avoir aussi le pouvoir de réduire le montant du cautionnement. Mais il se peut que ce pouvoir soit moins utile, car un cautionnement réduit risque d'être aussi compliqué à obtenir, à garder en vigueur et à libérer qu'un cautionnement non réduit.

Si la *Loi* donne à la Cour le pouvoir de renoncer à un cautionnement, devrait-elle aussi énoncer les critères applicables à son exercice? Les autres provinces ne semblent pas avoir opté pour cette solution, et nous avons trouvé une seule décision à ce sujet, soit l'affaire *Macht c. British Columbia (Public Trustee)* (1991) 78 DLR (4th) 438. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a énoncé cinq facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour décider s'il accepte de renoncer à un cautionnement. Elle a également statué qu'il ne convenait pas de renoncer à exiger un cautionnement du curateur qui était le frère et l'exécuteur testamentaire de la personne incapable, mais qui n'avait pas démontré qu'il avait de l'expérience dans l'administration des affaires d'autrui ou qu'il comprenait ce que cela comportait.

Nous pensons que si un pouvoir discrétionnaire est conféré à la Cour, il serait préférable que la *Loi* énonce les critères applicables à son exercice. Nous n'avons pas encore réfléchi à ce que ces critères pourraient être, mais pour les besoins de la discussion, nous suggérons une disposition semblable à celle-ci : « La Cour peut renoncer à exiger un cautionnement du curateur si elle est convaincue qu'il est peu probable que les biens soient utilisés autrement que conformément à la présente loi ». Des facteurs comme une compétence financière manifeste et l'absence de conflit d'intérêts sont des indices qui permettraient de déterminer s'il est « peu

probable » que les biens soient utilisés à mauvais escient.

#### 5. Loi sur l'interprétation

Nos collègues de la section de rédaction législative, division des services législatifs, espèrent être en mesure de débiter la révision de la *Loi sur l'interprétation* prochainement. Ils sont conscients que certains problèmes devront être abordés, c'est pourquoi ils apprécieraient d'en apprendre d'avantage. Si certains d'entre nos lecteurs sont conscients de problèmes touchant la Loi, que ce soit au niveau de ce qu'elle dit ou qu'elle omet, veuillez nous en aviser. Nous ferons en sorte que vos commentaires soient considérés.

*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 1 février 2007.*

*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.*