

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

80-10-CA  
81-10-CA

SNC-SNAM, G.P., a partnership between SNC-LAVALIN INC. and SNAMPROGETTI CANADA INC.

(Applicant) APPELLANT

- and -

OPRON MARITIMES CONSTRUCTION LTD. and ICS STATE, A DIVISION OF THE STATE GROUP INC.

(Respondents) RESPONDENTS

SNC-SNAM, G.P., a partnership between SNC-LAVALIN INC. and SNAMPROGETTI CANADA INC. v. Opron Maritimes Construction Ltd. et al., 2011 NBCA 60

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision  
of the Court of Queen's Bench:  
May 4, 2010

History of case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
[2010] N.B.J. No. 219 (QL)  
[2010] N.B.J. No. 221 (QL)

Appeals heard:  
November 25, 2010

Judgment rendered:  
July 14, 2011

SNC-SNAM, S.E.N.C., société en nom collectif ayant comme associés SNC-LAVALIN INC. et SNAMPROGETTI CANADA INC.

(Requérante) APPELANTE

- et -

OPRON MARITIMES CONSTRUCTION LTD. et ICS STATE, DIVISION DE THE STATE GROUP INC.

(Intimées) INTIMÉES

SNC-SNAM, S.E.N.C., société en nom collectif ayant comme associés SNC-LAVALIN INC. et SNAMPROGETTI CANADA INC., c. OPRON MARITIMES CONSTRUCTION LTD. et autre, 2011 NBCA 60

CORAM :

L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision  
de la Cour du Banc de la Reine :  
Le 4 mai 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
[2010] A.N.-B. n° 219 (QL)  
[2010] A.N.-B. n° 221 (QL)

Appels entendus :  
Le 25 novembre 2010

Jugement rendu :  
Le 14 juillet 2011

Reasons for judgment:  
The Honourable Justice Richard

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Richard

Concurred in by:  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Robertson

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
David M. Norman, Q.C.  
and Rodney E. Larsen

Pour l'appelante :  
David M. Norman, c.r.,  
et Rodney E. Larsen

For the respondents:  
David N. Rogers,  
for Opron Maritimes Construction Ltd.

Pour les intimées :  
David N. Rogers,  
pour Opron Maritimes Construction Ltd.

Andy W. Lodge,  
for ICS State, a Division of The State Group Inc.

Andy W. Lodge,  
pour ICS State, division de The State Group Inc.

#### THE COURT

#### LA COUR

The appeals are allowed with one set of costs payable by Opron to SNC in the amount of \$2,500. The decisions of the judge of the Court of Queen's Bench are set aside and a new hearing is ordered.

Les appels sont accueillis et Opron est condamnée à verser à SNC des dépens de 2 500 \$ payables en une seule masse. Les décisions du juge de la Cour du Banc de la Reine sont annulées et la tenue d'une nouvelle audience est ordonnée.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] These two appeals were heard together and raise common questions regarding the application of s. 7 of the *Arbitration Act*, S.N.B. 1992, c. A-10.1. This provision allows a court to stay proceedings in respect of a matter the parties had agreed would be submitted to arbitration. One of the appeals raises a separate issue: whether a cross-claim is allowed in an action under the *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6.

[2] The questions arise out of a number of actions involving SNC-SNAM, G.P., ("SNC") and Opron Maritimes Construction Ltd., ("Opron") who had entered into a subcontract agreement (the "Subcontract"), which contained a dispute resolution clause requiring arbitration. SNC sought to enforce that clause and have Opron's proceedings stayed pending arbitration, but a judge of the Court of Queen's Bench, in both a motion and an application, ruled the clause was not applicable in the circumstances. With leave, SNC appeals those decisions. It is now common ground that the basis upon which the judge excluded the application of the dispute resolution clause is no longer valid. For that reason, the judge's decisions would normally be set aside. However, this case raises a threshold issue, which is whether the judge's decisions can be appealed to this Court, in light of s. 7(6) of the *Arbitration Act*, which provides that "[t]here is no appeal from the court's decision." For the reasons below, I conclude s. 7(6) has no application in this case and that the judge's determinations that the dispute resolution clause does not apply are decisions that may be appealed. I would allow both appeals and set aside the decisions and, in the circumstances of this case, I would order a new hearing.

[3] Regarding the other issue, the judge of the Court of Queen's Bench ruled that a cross-claim may be made in a mechanics' lien action. In my view, that conclusion is correct. Amendments to the *Mechanics' Lien Act* have brought the mechanics' lien

procedure more in line with proceedings under the *Rules of Court*, and cross-claims are no longer precluded under the *Act* or the jurisprudence. The *Rules* contain safeguards to ensure judges can appropriately manage mechanics' lien actions to ensure the object of the *Act* is respected. Moreover, the object of the *Act* is consistent with the object of the *Rules*: "to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits" (Rule 1.03(2)). I would therefore dismiss this ground of appeal.

## II. Background

[4] These matters arise out of a construction project at the Canaport LNG Terminal in Saint John. The essential facts are not disputed. They are as follows.

[5] Effective May 28, 2007, SNC entered into a Subcontract with Opron for the construction of a number of buildings. The agreement contains a dispute resolution provision, which reads, in part, as follows:

### 36.0 DISPUTE RESOLUTION

#### 36.1 Informal Procedures

[...]

#### 36.2 Expert Action

[...]

#### 36.3 Expedited Arbitration

36.3.1 If either Party desires to submit a Dispute to binding arbitration under this subsection 36.3, such Party shall deliver notice to the other Party, stating that such Party desires arbitration of the Dispute, setting forth a description of the nature and subject matter of the Dispute.

36.3.2 All Disputes that cannot be resolved pursuant to subsection 36.1 will be finally settled by three arbitrators pursuant to and in accordance with this subsection 36.3 and in accordance with the Rules of

Conciliation and Arbitration of the London Court of International Arbitration in force at the date of the arbitration proceedings, which are deemed to be incorporated by reference into the Subcontract.

[...]

- (i) The agreement to arbitrate contained in this subsection 36.3 is specifically enforceable.

[...]

### 36.5 Excluded Disputes

Notwithstanding anything to the contrary in the Subcontract, no Dispute or other matter that arises out of or relates to the Subcontract (and/or the transactions contemplated hereby) that involves a third person that has not agreed in writing to be bound by the Dispute Resolution Procedure under the Subcontract (which, for the avoidance of doubt, shall not include a Sub-subcontractor) shall be subject to or resolved (or continue to be subject to or resolved) in accordance with the Dispute Resolution Procedure.

[6] In fulfilling its obligations under the Subcontract, Opron entered into sub-subcontracts with various parties (the "Lien Claimants") for the performance of work or provision of services and materials. The work or provision of services and materials under the Subcontract eventually became the subject of various liens under the *Mechanics' Lien Act*. In 2008, Opron brought an action against SNC, but, because of the dispute resolution clause contained in s. 36 of the Subcontract, the action was stayed pursuant to s. 7(1) of the *Arbitration Act* (See 2008 NBQB 202, [2008] N.B.J. No. 225 (QL)). In 2009, eight Lien Claimants filed a claim of lien and commenced actions against Opron, SNC and others. Seven of the eight actions have since settled, but one remains: the claim of ICS State, a division of The State Group Inc. (action S/C/272/09).

[7] In each of the Lien Claimants' actions, Opron filed a Statement of Defence, which included a cross-claim against SNC (the "cross-claims"). The Statements of Defence say that if Opron owes anything to the Lien Claimants, then Opron claims

such sums from SNC. As for the cross-claims, they allege that any delay in completing the project resulted in part from the negligence of SNC, or in the alternative that SNC requested and benefitted from the work of the Lien Claimants, but has not paid Opron for this work. As a result, Opron claims contribution or indemnity in respect of any sum the Lien Claimants may be entitled to recover against Opron.

[8] In each case, SNC filed a Statement of Defence to Cross-Claim (form 27G) stating that:

- (1) In an action under the *Mechanics' Lien Act* a party cannot include a counterclaim or cross-claim and the court has no jurisdiction to entertain such proceedings; and
- (2) Section 36 of the contract between Opron and SNC provides for the resolution of disputes arising out of the contract between them to be resolved by final and binding arbitration.

[9] Invoking s. 7(1) of the *Arbitration Act*, SNC applied, by Notice of Application, to strike out or stay Opron's Cross-Claims on the following grounds: (1) a cross-claim is not available in a mechanics' lien action; and, (2) any dispute between SNC and Opron must be resolved by the procedure stipulated in s. 36 of the Subcontract.

[10] In July 2009, Opron commenced another action, claiming a lien under the *Mechanics' Lien Act*, against SNC and others. Against SNC, Opron alleged breach of contract and breach of trust and also claimed damages in negligence. SNC sought to have Opron discontinue its action against it and, when Opron did not reply to its request, SNC applied, by Notice of Motion, for a stay of proceedings under s. 7(1) of the *Arbitration Act*.

[11] On May 4, 2010, in oral decisions, a judge of the Court of Queen's Bench dismissed both SNC's motion and application. The judge's unreported reasons for decision are reproduced verbatim since they provide the background to these appeals:

SNC was the contractor for major construction at the Canaport terminal in Saint John. It entered into a subcontract with Opron. Opron in turn entered into sub-contracts with a number of sub-subcontractors. One of those sub-subcontractors, Metcalf entered into sub-sub-subcontracts with – were more in the nature of agreements to purchase particular items with respect to small parts of that job.

Those sub-sub-subcontractors were not parties to the prime contract or the contract between SNC and Opron or between Opron and Metcalf.

Now there are a number of disputes between these parties and mechanics' liens have been filed by the sub-sub-subcontractors, by the sub-subcontractors, and by the subcontractor Opron with respect to this SNC project at Canaport.

Against this background by notice of motion and by application in these actions, S/C/370/09 and S/M/61/09, SNC applies for a stay of these various mechanics' lien actions brought by Opron and five sub-subcontractors and three sub-sub-subcontractors.

The legal basis for the application for a stay by SNC is found in section 7(1) of the *Arbitration Act*, which provides, if a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall on the motion of another party to the arbitration agreement stay the proceeding.

As well, SNC points to the dispute resolution provisions of the contract between itself and Opron, which in Article 36.1 and subsequent articles outlines the process of informal procedures, expert action, expedited arbitration and continuance of work at other points, including that the (*sic*) in Article 36.3.2, all disputes that cannot be resolved pursuant to subsection 36.1 will be finally settled by three arbitrators pursuant to and in accordance with this

subsection 36.3 and in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the London Court of International Arbitration in force at the date of the arbitration proceedings, which are deemed to be incorporated by reference into the subcontract 36.3.3, the following general provisions shall apply to an arbitration

- (a) arbitration shall be conducted in the English language, and the seat of the arbitration shall be Montreal, Province of Quebec, Canada
- (b) each party is responsible for the costs of its own experts' evidence and legal counsel, but the parties shall share the cost and expenses of the arbitration equally, and that continues with some detail.

Now against that background, SNC says that there is an arbitration clause between it and Opron. That section 7(1) of the Arbitration Act mandates the stay by the use of the word, shall. And that that's a proper remedy in this difficulty.

I would like to emphasize that the wording of section 7(1) deals with a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement. When I look further in the arbitration agreement or the contract which provides an arbitration clause, I see Article 36.5 says, excluded disputes. Notwithstanding anything to the contrary in the subcontract and no dispute or other matter that arises out or relates to the subcontract (and/or the transactions contemplated hereby) that involves a third person that has not agreed in writing to be bound by the dispute resolution procedures under the subcontract (which for the avoidance of doubt shall not include a sub-subcontractor), shall be subject to or resolved (or continue to be subject to or resolved) in accordance with the dispute resolution procedure.

That's an awkwardly worded paragraph. But when I read that paragraph, which seems to say that the no dispute that involves a third party that is not agreed to be in writing to be bound by the dispute resolution procedure under the subcontract, which it doesn't include a sub-subcontractor, shall be subject to or resolved in accordance with the dispute resolution procedure.



I see that and I see here we have these several sub-sub-subcontractors who did not agree in writing to be bound by the dispute resolution procedure. Then I am left with the conclusion and reading that Article 36 that this tangle of troubles includes matters which the parties SNC and Opron did not agree would be submitted to arbitration under the agreement. To the contrary they specifically excluded disputes involving sub-sub-subcontractors.

For these reasons, I have distinguished this situation from an earlier case involving another part of Canaport, SNC and Opron, where matters were not complicated by sub-sub-contractors.

As well, SNC has argued that there should be a deeming that the contract between itself and Opron was in effect, it included and extended to the relationship between Opron and its sub-subs or between the sub-subs and the sub-sub-subs.

In my view that is not an argument that stands against the clarity and the force of Article 36.5.

For these reasons, the motion and application by SNC for stays under section 7(1) of the *Arbitration Act* of the various mechanics' lien proceedings are dismissed.

Opron had made an argument in the alternative that [if] SNC was successful in getting a stay against them, or against Opron, that Opron should also achieve a stay against its sub-subs and sub-sub-subs. It is not necessary to say anything further about that, as the SNC motions and application for stay, stays of the mechanics' lien actions, the proceedings have failed because of the wording of 36.5.

[12] With respect to SNC's application in the matter involving the cross-claims, the judge added:

On this application under S/M/61/09, SNC seeks a stay of various crossclaims made against it by Opron Maritimes Construction Inc. with regard to part of the Canaport facility.

SNC entered into a construction contract with Opron. Opron entered into various subcontracts with other parties. There are now a number of mechanics' lien actions that have arisen. In the various mechanics' lien actions that have arisen, Opron makes a crossclaim against SNC. The wording of those crossclaims in a typical one in the action involving Flynn Canada Ltd. is as follows: "Further or in the alternative, the defendant, Opron states that the defendant, SNC has requested and benefited from the work of the plaintiff, but has not paid the defendant Opron in respect of all of the work done by the plaintiff. The defendant, SNC is therefore in breach of contract and has been unjustly enriched. The defendant, Opron further states that the aforementioned actions of the defendant, SNC constitute a breach of the contract between the defendant, SNC and the defendant, Opron."

The defendant, Opron, therefore claims against the defendant, SNC that it is entitled to indemnity, or in the alternative, contribution in respect of any sum which the plaintiff may recover against it on the grounds that the defendant, SNC's negligence and breach of contract caused or contributed to the delay that is alleged and alternatively on the basis that the defendant, SNC is in breach of contract for the failure to pay invoiced amounts related to the plaintiff's work and has been unjustly enriched as a result.

The classic rule in New Brunswick has been that mechanics' lien actions are not to be confused or complicated with counterclaims involving other subjects and other matters, other issues. There are cases such as *Atlantic Paving* make that point.

However, the *Mechanics' Lien* in Section 43(1) also emphasizes that at the mechanics' lien trial, "at the trial of the action, the judge shall proceed to determine all questions that arise therein". And also that the court is faced with the responsibility to "adjust the rights and liabilities" of the claimants.

As I understand the issues that are before the court in this series of mechanics' liens disputes, the crossclaims are part of the questions that exist between the various parties and all relate to the disputed work and disputed provision of materials and forms the basis of the mechanics' liens. I don't see them as comparable to separate counterclaims,

but rather as integral to the process described by the court as the -- or described by the Act as a duty of the court to "adjust the rights and liabilities" of the various claimants.

The application by SNC to stay the crossclaims against it in the various mechanics' liens actions will be dismissed. Costs will be in the cause.

### III. Issues on Appeal

[13] SNC appeals the dismissal of both the motion and the application. With regard to the dismissal of the motion for a stay of proceedings in the matter of Opron's action, SNC submits:

- (a) [The motion judge] erred in law in failing to stay the action of Opron pursuant to section 36 of the Subcontract, which requires all disputes between the Appellant and Opron to be resolved pursuant to that section of the subcontract;
- (b) [The motion judge] erred in law in refusing to stay the action of Opron pursuant to section 7 of the *Arbitration Act*; and
- (c) [The motion judge] erred in law or in mixed fact and law by misapprehending or misinterpreting the meaning of section 36.5 of the subcontract by finding that Opron's action is an "excluded dispute" within the meaning of the subcontract and thus not subject to the mandatory arbitration provisions of the subcontract.

[14] As for the dismissal of the application in the matter involving the cross-claims, SNC maintains:

- (a) [The application judge] erred in law in holding that cross-claims are permitted in actions commenced pursuant to the *Mechanics' Lien Act*, and thereby refusing to strike or stay the Cross-Claims of Opron against SNC;

- (b) [The application judge] erred in law in permitting the Cross-Claims to proceed despite section 36 of the Subcontract, which requires all disputes between SNC and Opron to be resolved by arbitration; and
- (c) [The application judge] erred in law in refusing to stay the Cross-Claims pursuant to section 7 of the *Arbitration Act*.

IV. Position of the parties

A. *The stay of proceedings*

[15] SNC submits Opron had no right to commence an action against it because the Subcontract contains a dispute resolution provision for the settlement of their differences. When Opron failed to discontinue its action, SNC applied by Notice of Motion to have it stayed pursuant to s. 7(1) of the *Arbitration Act*, which reads as follows:

7(1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

7(1) Si une partie à la convention d'arbitrage introduit une procédure à l'égard d'une affaire qui doit être présentée à l'arbitrage en vertu de la convention d'arbitrage, la cour devant laquelle la procédure est introduite doit, sur demande d'une autre partie à la convention d'arbitrage par voie de motion, suspendre la procédure.

[16] SNC maintains the judge erred in relying on s. 36.5 of the Subcontract because, in Opron's action against SNC, none of the sub-subcontractors are involved. According to SNC, the application of the *Arbitration Act* and the interpretation of s. 36 of the Subcontract raise questions of law in regard of which the standard of appellate review is correctness. SNC's position is simple: the *Arbitration Act* mandates a stay of Opron's action and the judge erred in law in failing to stay the action. The Subcontract states that all "Disputes" must be settled pursuant to the procedure stipulated in s. 36. According to

SNC, the issues raised in Opron's Statement of Claim fall squarely within the definition of "Dispute", which is defined in the Subcontract as follows:

"Dispute" shall mean any dispute or disagreement between the Parties as to the interpretation, application or administration of the Subcontract and/or the Work, the failure of the Parties to come to an agreement where agreement is called for under the Subcontract or the failure to come to an agreement within time specified or, if no time is specified, within a reasonable period of time;

[17] In support of its position, SNC refers to cases where courts have stayed mechanics' lien actions under s. 7 of the *Arbitration Act*, pending arbitration of the dispute.

[18] SNC also submits the motion judge erred in his interpretation of s. 36.5 of the Subcontract. SNC maintains "[t]he judge interpreted s. 36.5 to exclude from the mandatory arbitration provisions of the Subcontract any disputes involving third parties when in fact none of Opron's sub-contractors are parties to the Opron action." According to SNC, the judge was clearly wrong in relying on s. 36.5 in dismissing SNC's motion.

[19] With respect to the application for a stay in the matter that involves some of Opron's subcontractors, SNC maintains the judge did not address its arguments when he ruled on that application. SNC submits the issues between SNC and Opron are not the same as the issues between Opron and its own subcontractors, and argues that the dispute between SNC and Opron should be resolved via the dispute settlement mechanism contained in the Subcontract regardless of the situation between Opron vis-à-vis its own subcontractors. Moreover, SNC adds, the Subcontract required Opron to include a provision in any contract with its own subcontractors requiring them to be bound by the main provisions of the Subcontract. According to SNC, Opron should not be relieved from its obligations under s. 36 of the Subcontract if it did not respect this requirement.

[20] Replying to SNC's argument, Opron submits the judge correctly interpreted s. 36.5 of the Subcontract but says the point is now moot because the factual underpinnings have fundamentally changed. As the parties advised us at the opening of the hearing of the appeal, each of the parties who might have triggered s. 36.5 of the Subcontract has settled its claim. Recognizing there is no longer any basis for s. 36.5 to be applied, Opron submits the proper disposition is to dismiss the appeal and refer the case back to the Court of Queen's Bench judge.

[21] Opron points out that the Subcontract requires arbitration "except where... required by Law". According to Opron, the law in New Brunswick "requires that matters be determined in the most just, expeditious and least expensive manner possible, avoiding a multiplicity of proceedings." Opron therefore submits that the law requires all matters be determined by a judge of the Court of Queen's Bench. Opron adds it should not be subjected to the dispute resolution mechanism contained in the Subcontract because this could lead to inconsistent findings by different tribunals.

[22] Opron submits that notwithstanding the wording of s. 7(1) of the *Arbitration Act*, which says the court "shall stay the proceeding", the relief is nevertheless discretionary. Finally, Opron submits the appeal is precluded by operation of s. 7(6) of the *Arbitration Act*, which provides that "[t]here is no appeal from the court's decision."

[23] In reply to this last argument, SNC points to decisions from other courts of appeal that have held, in the face of identical provisions, that the bar created by s. 7(6) of the *Arbitration Act*, though at first blush seemingly absolute, does not always operate to prevent an appeal from a judge's determination that an arbitration clause does not apply.

B. *The cross-claims*

[24] SNC maintains "[t]he law is well settled that a party in an action under the *Mechanics' Lien Act* has no right to counterclaim" and submits there is no material

difference between a counterclaim and a cross-claim. According to SNC, the “proscription against counterclaims in mechanics’ lien actions should apply equally to cross-claims” because a cross-claim is not a proceeding made available under the *Mechanics’ Lien Act*, and because to permit it in those types of actions would frustrate the object of the *Act*.

[25] SNC acknowledges that the court’s jurisdiction in adjudicating an action commenced under the *Mechanics’ Lien Act* is found in s. 43(1), which says the judge is “to adjust the rights and liabilities of the persons appearing before him or upon whom the notice of trial was served”, but SNC claims the judge was wrong to interpret this provision liberally enough to allow cross-claims. According to SNC, *Atlantic Paving Co. Ltd v. Cameron Properties et al.* (1956), 37 M.P.R. 271, [1955] N.B.J. No. 10 (C.A.) (QL) is the leading case with respect to the inability of a party to counterclaim, and it has been followed in a number of other cases. SNC argues the rationale that prevents a counterclaim from being advanced in a mechanics’ lien action should also apply to a cross-claim: (1) the *Act* refers only to a Statement of Defence being filed; and, (2) the purpose of the mechanics’ lien legislation is to provide trade workers with an expeditious mechanism to secure payment for work performed and services rendered.

[26] In response, Opron claims “[t]here is no authority in this Province or elsewhere that a cross-claim for contribution or indemnity is not available in an action commenced to enforce a mechanics’ lien.” According to Opron, there is a fundamental difference between a counterclaim and a cross-claim. Opron argues its cross-claims “simply reflect the reality that if the lienholders’ actions are valid, they relate in whole or in part to amounts for extras that SNC requested or required, but did not make the related payment to Opron.” Thus, the argument continues, “[i]f a court accepts the lienholder’s claim that payment must be made for those items, similarly Opron must receive those funds through SNC.” In Opron’s view, this reflects the intent of s. 43 of the *Mechanics’ Lien Act*, which provides as follows:

**43(1)** At the trial of the action the judge shall proceed to determine all questions that arise therein, or that are necessary to be tried to dispose of the action completely and, subject to section 42, to adjust the rights and liabilities of the persons appearing before him or upon whom the notice of trial was served.

**43(2)** At the trial the judge shall take all accounts, make all inquiries, give all directions, and do all things necessary to try and otherwise finally dispose of the action and of all matters, questions and accounts arising in the action, and, subject to section 42, to adjust the rights and liabilities of and give all necessary relief to all parties to the action or who have been served with the notice of trial.

**43(1)** Lors du procès, le juge doit s'appliquer à régler toutes les questions qui y sont soulevées, ou sur lesquelles il faut statuer afin de prononcer un jugement définitif sur l'action et, sous réserve de l'article 42, à régler les droits et obligations des personnes qui comparaissent devant lui ou qui ont reçu signification de l'avis du procès.

**43(2)** Lors du procès, le juge doit examiner tous les comptes, faire toutes les enquêtes, donner toutes les directives et faire toutes les choses nécessaires afin de juger l'action et de statuer sur toutes les affaires, questions et comptes qui s'y rapportent, et, sous réserve de l'article 42, régler les droits et obligations de toutes les parties à l'action ou qui ont reçu signification de l'avis du procès et effectuer le désintéressement nécessaire.

[27] In sum, Opron says a cross-claim is not of the same nature as a counterclaim and a court should have to determine whether Opron is entitled to indemnity or contribution for any damage it may have to pay a Lien Claimant, because the cross-claims “reflects the reality that payment for valid accounts comes from SNC as contractor of the project or from the security posted to replace the lien.”

## V. Analysis

### A. *The stay of proceedings*

[28] In both the Notice of Motion in the matter of the action in which Opron is plaintiff, and the Notice of Application in the matter involving the cross-claims, in which both SNC and Opron are defendants, SNC sought a stay of Opron's proceedings against it on the grounds that the dispute between those two parties was to be resolved as provided in s. 36 of the Subcontract. SNC maintains the judge ruled on this point only with respect to the Notice of Motion and did not address SNC's arguments in the other case. That position is, with respect, untenable. The judge's reasons on the question of the stay of proceedings were clearly meant to apply to both matters. The judge said that “SNC applies for a stay of these various mechanics' lien actions brought by Opron and



five sub-subcontractors and three sub-sub-subcontractors”, and he ruled that “the motion and application by SNC for stays under section 7(1) of the *Arbitration Act* of the various mechanics’ lien proceedings are dismissed” (Emphasis added).

[29] The judge refused to stay the action and the cross-claims on the sole ground that s. 36.5 of the Subcontract excluded disputes that involve a party, other than a sub-subcontractor, who has not agreed in writing to be bound by the dispute resolution procedure outlined in the Subcontract. The judge held there were some “sub-sub-subcontractors” involved in some of the matters and concluded that, as a result, s. 7(1) of the *Arbitration Act* did not apply because s. 36.5 excluded this as a matter “to be submitted to arbitration under the agreement.”

[30] SNC submits the judge erred in his interpretation or application of s. 36.5 of the Subcontract. That may be, but, as Opron points out, the matter is now moot. The parties have advised us that the matters involving “sub-sub-subcontractors,” upon which the judge relied to exclude the dispute under s. 36.5, have been settled. Thus, there is no continued basis for any application of s. 36.5 of the Subcontract. This revelation can be considered fresh evidence on appeal, admitted by consent, and would normally be sufficient to set aside the judge’s decision on the question of the stay. There is, however, one potential obstacle to such a disposition. It is the effect of s. 7(6) of the *Arbitration Act*, which says “[t]here is no appeal from the court’s decision.”

[31] Section 7(6) must be considered in light of the object of the *Arbitration Act*, which is to give effect to the intentions of the parties in choosing to submit to arbitration. It must also be considered in context. In its entirety, s. 7 reads as follows:

7(1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

7(1) Si une partie à la convention d’arbitrage introduit une procédure à l’égard d’une affaire qui doit être présentée à l’arbitrage en vertu de la convention d’arbitrage, la cour devant laquelle la procédure est introduite doit, sur demande d’une autre partie à la convention d’arbitrage par voie de

7(2) However, the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:

- (a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity;
- (b) the arbitration agreement is invalid;
- (c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under New Brunswick law;
- (d) the motion was brought with undue delay; or
- (e) the matter is a proper one for default or summary judgment.

7(3) An arbitration of the dispute may be commenced and continued while the motion is before the court.

7(4) If the court refuses to stay the proceeding

- (a) no arbitration of the dispute shall be commenced, and
- (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court made its decision is without effect.

7(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that

- (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced, and
- (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.

motion, suspendre la procédure.

7(2) Cependant, la cour peut refuser de suspendre la procédure dans n'importe quel des cas suivants :

- a) une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle se trouvait dans un état d'empêchement juridique;
- b) la convention d'arbitrage est nulle;
- c) le différend en question ne peut faire l'objet d'un arbitrage en vertu de la loi du Nouveau-Brunswick;
- d) la motion a été faite avec un retard indû; ou
- e) l'affaire est appropriée à un jugement par défaut ou un jugement sommaire.

7(3) L'arbitrage du différend peut être introduit et poursuivi pendant que la motion est devant la cour.

7(4) Si la cour refuse de suspendre la procédure

- a) l'arbitrage du différend ne peut être introduit, et
- b) l'arbitrage qui a été introduit ne peut être poursuivi, et tout ce qui est fait en rapport avec l'arbitrage avant que la cour ne rende sa décision est sans effet.

7(5) La cour peut suspendre la procédure à l'égard des affaires traitées dans la convention d'arbitrage et permettre la continuation à l'égard des autres affaires si elle estime

- a) que la convention d'arbitrage ne traite que de certaines des affaires à l'égard desquelles la procédure a été introduite, et
- b) qu'il est raisonnable de dissocier les affaires traitées dans la convention d'arbitrage des autres affaires.

7(6) There is no appeal from the court's decision. 7(6) La décision de la cour est sans appel.

[32] The legislative intent reflected in s. 7 is unambiguous: the court must stay a proceeding if the conditions in s. 7(1) are met, unless at least one of the criteria enumerated in s. 7(2) exists. If a motion judge stays a proceeding on the grounds the conditions in s. 7(1) are met, there can be no appeal from that decision. Similarly, if a motion judge concludes that at least one of the criteria contained in s. 7(2) is met, and, as a result, refuses to stay the proceeding, there can be no appeal from that decision. Further, if a motion judge makes a determination under s. 7(5) of the *Act*, there can be no appeal from that decision either. In each of these instances, the motion judge would be exercising powers that are exclusively reserved for the Court of Queen's Bench.

[33] I pause here to note that there is authority in other provinces for the proposition that s. 7(5) "supports the existence of a discretion to refuse a stay where it is not reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters in dispute between parties": *Rosedale Motors Inc., v. Petro-Canada Inc.*, [1998] O.J. No. 5461 (Gen. Div.) (QL) at para. 19. See also *Hammer Pizza Ltd. v. Domino's Pizza of Canada Ltd.*, [1997] A.J. No. 67 (Q.B.) (QL); *Radewych v. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, [2007] O.J. No. 2483 (S.C.) (QL), *aff'd* 2007 ONCA 721, [2007] O.J. No. 4012 (QL) and *MacKay v. Applied Microelectronics Inc.*, 2001 NSSC 122, [2001] N.S.J. No. 342 (QL) at paras. 21-36. In the latter of these cases, Stewart J. addresses the relevant arguments and concludes as follows:

I do not interpret s. 9(5) [which reads as New Brunswick's s. 7(5)] as limiting the discretion of the court so that in a situation where granting a partial stay is not reasonable, the Court's only alternative is to grant a full stay and proceed to arbitration rather than refusing the stay request altogether. The Court has discretion to refuse to stay altogether under s. 9(5) if granting a partial stay is not reasonable. [para. 36]

[34] However, none of those circumstances arise in the present case: the judge did not stay the proceedings on the basis of a finding that the conditions set out in s. 7(1)

were met; he did not refuse a stay on any of the grounds listed in s. 7(2); and, he did not make any determination under s. 7(5). Instead, he found, on the basis of s. 36.5 of the Subcontract, that there was no arbitration agreement upon which the proceedings could be stayed. In other words, he did not make any of the determinations he might be called upon to make under s. 7 of the *Arbitration Act*. It follows that, since the judge's decision falls outside the scope of s. 7 of the *Act*, s. 7(6) has no application.

[35] Section 7(6) of the *Arbitration Act*, is not unique to New Brunswick. Other provinces have similar, if not identical, legislation. In Bristow, Glaholt, Reynolds and Wise, *Construction Builders' and Mechanics' Liens in Canada*, 7th ed., Vol. 2, looseleaf (Toronto: Carswell, 2005), the authors explain:

In Alberta, Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Ontario and Saskatchewan, if a party to an arbitration agreement commences court proceedings in respect of a dispute falling under the arbitration agreement, the court shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding. These provinces have adopted the Uniform Law Conference of Canada's model *Arbitration Act*. In these provinces with mandatory stay provisions, courts will stay lien actions despite arguments to the effect that arbitrations would cause a multiplicity of proceedings, that the arbitrations would be long and complicated or that they would be unlikely to succeed. [Note that for this last proposition the decision cited in support is the one that is subject to the present appeal.]

[p. 10-50, section 10.14.2]

[36] Other courts of appeal have had occasion to consider the effect of s. 7(6), and their reasoning is compelling. In *Huras v. Primerica Financial Services Ltd.*, [2000] O.J. No. 3772 (C.A.) (QL), a plaintiff brought a class action on behalf of people who had been involved in a training program without being paid. After completing the training program, the plaintiff had been hired on with Primerica and had signed agreements that contained an arbitration clause. Primerica sought to have the action stayed pursuant to s. 7(1) of the *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, but the motion judge dismissed the motion on the grounds the arbitration clause was inapplicable during the training period.

Primerica appealed. Invoking s. 7(6), the plaintiff brought a motion to quash the appeal. The motion was dismissed. For the Court, Finlayson J.A. explained:

This issue is resolved by the findings of the motions judge that the period covered by the action was not governed by the Basic Agreement and the arbitration clause it contained. While the record is not clear as to when the training period began and when the plaintiff commenced work under the three contracts that she signed, this was a matter to be resolved by the motions judge.

Section 7 governs the conduct of "a party to an arbitration agreement" (ss. 1). Subsection 2 provides for rulings as to the validity of a particular arbitration clause. It is to be noted that in this case, as obiter, the motions judge found that this clause was "unconscionable". Unless these findings are interfered with on appeal, they are binding on the parties and control the avenue of redress of the dissatisfied party: see Borins J. in *TIT2 Limited Partnership v. Canada* (1994), 23 O.R. (3d) 66 (Gen. Div.) at pp. 73-74:

It follows that on a motion to stay an action on the ground that the subject matter of the action is precluded by an arbitration provision or agreement, the court of necessity must, and accordingly has the jurisdiction to, interpret the arbitration provision or agreement. ... In other words, the court first must interpret the provision for the purpose of determining whether the action, to use the words of art. 8(1) "is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement." ... It is only after the court has interpreted the arbitration agreement and determined whether the subject matter of the action comes within the scope of the agreement that the court is able to address the issue of a stay.

Other authorities at the General Division level have held to the same effect. Where there is no arbitration clause, the *Arbitration Act, 1991* has no application, or putting it another way, the dispute lies beyond the scope of s. 7. It follows that if the court has decided that the *Act* is not applicable, then the prohibition against an appeal in s. 7(6) is equally not applicable: see *Deluce Holdings Inc. v. Air*

*Canada* (1992), 12 O.R. (3d) 131 (Gen. Div.) and *Simmons v. London (City)*, [1997] O.J. No. 3073 (Gen. Div.).

Accordingly the appeal is not barred by s. 7 of the *Arbitration Act* but is permitted to this court if it is a final order of a judge of the Superior Court of Justice: see s. 6(1)(b) of the *Courts of Justice Act*. [paras. 8-11]

[37] Declaring the arbitration clause inapplicable and invalid, Finlayson J.A. goes on to find that the decision affects a substantive right of Primerica and is therefore a final order, permitting appeal without leave. On that point, *Huras* was expressly followed in *Housten v. Exigen (Canada) Inc.* (2006), 299 N.B.R. (2d) 113, [2006] N.B.J. No. 53 (C.A.) (QL).

[38] The reasoning in *Huras* has been repeatedly applied in Ontario. In *Brown v. Murphy*, [2002] O.J. No. 1545 (C.A.) (QL), Charron J.A. (as she then was) explained that “a decision by the motions court that a matter was not subject to arbitration under the terms of the arbitration agreement fell outside the scope of s. 7 and a right of appeal lay to this court from that decision” (para. 8). In *Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, [2010] O.J. No. 177 (QL), Sharpe J.A., for a five-member panel, referred to *Huras* and other cases that followed its reasoning, and held as follows:

The *Arbitration Act*, s. 7(6) provides that "there is no appeal from the court's decision" on a stay application under the section. It is now well-established that this provision does not preclude an appeal from an order refusing to grant a stay on the ground that the matter is not subject to arbitration: *Huras v. Primerica Financial Services Ltd.* (2000), 137 O.A.C. 79 (C.A.); *Mantini v. Smith Lyons LLP* (2003), 64 O.R. (3d) 505 (C.A.); *Inforica Inc. v. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.* (2009), 97 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Smith OCA 2008*. As the motion judge found that the matter was not subject to arbitration, on the authority of these cases, it follows that s. 7(6) does not bar an appeal to this court.

[para. 25]

[39] The Manitoba Court of Appeal has also had occasion to consider s. 7(6) of the *Arbitration Act*, C.C.S.M., c. A120, which is identical to s. 7(6) of the Ontario and

New Brunswick *Acts*. In *Hnatiuk v. Court*, 2010 MBCA 20, [2010] M.J. No. 52 (QL), at paras. 26-35, Freedman J.A., for the Court, quoted the words of Charron J.A. in *Brown* and concluded that appellate intervention was, in some instances, permissible despite the “first blush” reading of s. 7(6).

[40] The Ontario cases persuade me to conclude, as stated above, that if a motion judge stays a proceeding on the grounds the conditions in s. 7(1) are met, there can be no appeal from that decision. Similarly, if a motion judge concludes that at least one of the criteria listed in s. 7(2) is met, and, as a result, refuses to stay the proceeding, there can be no appeal from that decision. Likewise, if a motion judge makes a determination under s. 7(5) of the *Act*, there can be no appeal from that decision. On the other hand, if the motion judge holds there is no applicable arbitration agreement upon which the proceedings could be stayed, or, in other words, if the judge does not make any of the determinations he or she might be called upon to make under s. 7 of the *Arbitration Act*, then s. 7(6) cannot be successfully invoked to bar an appeal.

[41] In the present case, the judge held the matters were not subject to arbitration because s. 36.5 of the Subcontract excluded disputes involving sub-sub-contractors. He did not, however, explain how this exclusion might be relevant to the action in which Opron is the Plaintiff. Nevertheless, whether or not he was right in his ruling is now of no moment. The admission of the parties before this Court, that there is no longer any basis to apply s. 36.5 of the Subcontract, makes it clear the judge’s decision is now wrong. The admission of the parties should be considered as “fresh evidence” admitted by consent, and, on the basis of that admission, I conclude the judge’s decision must be set aside.

[42] Opron submits the matters should be returned to the Court of Queen’s Bench judge because he only ruled with respect to the application of s. 36.5 of the Subcontract and never considered Opron’s other arguments. Moreover, Opron had filed its own motion arguing that, if the matters involving the cross-claims were to proceed by

arbitration, the issues involving the sub-subcontractors should also be stayed in order to proceed to arbitration. On that motion, the judge held as follows:

Opron had made an argument in the alternative that [if] SNC was successful in getting a stay against them, or against Opron, that Opron should also achieve a stay against its sub-subs and sub-sub-subs. It is not necessary to say anything further about that, as the SNC motions and application for a stay, stays of the mechanics' lien actions, the proceedings have failed because of the wording of 36.5.

[43] The powers of the Court of Appeal, articulated in Rule 62.21(7) of the *Rules of Court*, allow us to set aside a decision appealed from and order a new hearing. In my view, this is a case for the exercise of that power. When it enacted the *Arbitration Act*, the Legislature gave to the Court of Queen's Bench the exclusive power to rule on whether the conditions laid out in s. 7(1) are met, whether a stay should be refused on any of the grounds listed in s. 7(2), and to make any determination that might be necessary under s. 7(5). The judge did not rule on those matters, just as he did not rule on Opron's own motion, which was also before him. I therefore conclude that the proper disposition of this matter would be to allow the appeal, set aside the judge's decisions and order a new hearing of both the motion and the application.

B. *The cross-claims*

[44] SNC argues that: (1) *Atlantic Paving* stands for the proposition that counterclaims are not permitted in mechanics' lien actions; and, (2) it necessarily follows that cross-claims ought to not be allowed. As I will explain below, it is not necessary to address these arguments because amendments to the *Mechanics' Lien Act* make the decision in *Atlantic Paving* on this point no longer valid. I would add, however, that I do not agree with SNC's contention that because counterclaims might not have been allowed the same would apply to cross-claims.

[45] Cross-claims are very different from counterclaims. Rule 29.01 of the *Rules of Court*, which governs cross-claims, provides that "[a] defendant may cross-claim



against a co-defendant who is, or may be, liable to him for (a) all, or any part, of the claim of the plaintiff, or (b) any other relief relating to the subject matter of the main action” (emphasis added). On the other hand, the scope of a counterclaim can be much broader. Rule 28.01(1) provides that “[a] defendant may assert, by way of counterclaim, any right or claim which he may have against the plaintiff.” Thus, a counterclaim is not limited to the subject matter of the main action.

[46] My reason for not giving effect to this ground of appeal is that I do not believe *Atlantic Paving* properly reflects the current state of the law in this Province. The *Mechanics’ Lien Act* has undergone significant changes since *Atlantic Paving* was decided in 1955. Those changes make that decision, on the question of counterclaims, no longer applicable.

[47] *Atlantic Paving* involved a mechanics’ lien action relating to paving work undertaken in 1953. Not only was the action defended, but the defendants also sought to advance a counterclaim against the plaintiff for (1) loss of business and profits caused by the plaintiff’s delay in completing the work; (2) injury and damage to the corporate defendant’s credit; and, (3) loss or depreciation in value of certain “paving work”. The plaintiff argued a counterclaim could not be advanced in the course of an action under the *Mechanics’ Lien Act*, R.S.N.B. 1952, c. 142. With the concurrence of Richards C.J., Michaud C.J.Q.B. determined as follows:

Now coming to the question of the right of the defendants in an action under the *Mechanics’ Lien Act* to raise a counterclaim, while the matter is not too clearly defined or settled, I am of the opinion that while the defendants may be entitled to set off some matters against the claim of the plaintiff, his right does not extend to a counter-action or to what amounts to a cross-action. [para. 24]

[48] In reaching that conclusion, Michaud C.J.Q.B. reviewed the provisions of the *Act*, including s. 35, which specifically mentioned that “the defendant may enter a defence by filing in the court a statement of defence” (para. 25) and noted that “nowhere is there any mention of a right to counterclaim or bring a cross-action” (para. 26). He

also noted that the lien was “enforced in the County Court, [...] by virtue of the *Mechanics' Lien Act*, which does not make all the procedure of the *County Courts Act* applicable” (para. 27), and he determined that “a matter in the nature of a set-off, which is a defence proper to the plaintiff’s claim arising out of the subject-matter, could be considered, but not a cross-action in the nature of a counterclaim” (para. 27). In the result, the defendants were not allowed to claim for loss of business and profits or for injury and damage to the corporate defendant’s credit, but were allowed to advance their claim for loss or depreciation because that claim related to the subject-matter of the lien action and were “properly matters of defence or set-off” (para. 29). The evil *Atlantic Paving* wanted to prevent was having mechanics’ lien actions encumbered with claims that did not relate to the subject-matter of the lien.

[49] On several occasions, *Atlantic Paving* was applied as authority for the proposition that, in a mechanics’ lien action, a defendant can claim a set-off provided it arises out of the same subject-matter as the lien, but there is no right to counterclaim: *J.L. Simms & Sons, Limited v. Vigneron* (1955), 19 N.B.R. (2d) 426, [1955] N.B.J. No. 1 (Q.B.) (QL); *Lanier Construction Ltée v. Noel and Noel* (1982), 44 N.B.R. (2d) 513, [1982] N.B.J. No. 413 (Q.B.) (QL); *Entreprises Croussette Ltée v. St-Onge* (1983), 50 N.B.R. (2d) 414, [1983] N.B.J. No. 325 (Q.B.) (QL); *Jenkins Insulators & Acoustics Ltd. v. Marteau* (1985), 66 N.B.R. (2d) 297, [1985] N.B.J. No. 64 (Q.B.) (QL); *David T. Williams Ltd. v. Green*, [1990] N.B.J. No. 955 (Q.B.) (QL); *Jean v. Diamond* (1996), 180 N.B.R. (2d) 313, [1996] N.B.J. No. 357 (Q.B.) (QL) and *AMEC Americas Ltd. v. AV Nackawic Inc.*, 2009 NBQB 42, 345 N.B.R. (2d) 201.

[50] The effect of this rule is that if the amount of the set-off is greater than the quantum of the plaintiff’s claim, the defendant will not be able to recover the excess in the mechanics’ lien action and will be required to bring a separate proceeding. This is illustrated in *Jean v. Diamond*, where McIntyre J. pointed out that “the damages resulting from poor workmanship in the nature of costs and expenditures made to correct defects in workmanship are properly matters of defence or set-off and that they will well exceed the amount of the holdback [which was the value of the plaintiff’s claim]” (para. 11). He

noted that the counterclaim could not be considered and, as a result, simply dismissed the plaintiff's claim.

[51] In *David T. Williams Ltd. v. Green*, Dickson J. pointed out this effect and stated that if the damages claimed in the counterclaim, in that case, had exceeded the plaintiff's entitlement on his claim, he would have, "particularly in view of the present s. 43 of the *Mechanics' Lien Act*, [had] no hesitation in allowing the overplus as a judgment in the defendant's favour".

[52] When *Atlantic Paving* was decided in 1955, the *Mechanics' Lien Act* made reference to adopting "the ordinary procedure" of the County Court, "except where the same is varied by this Act" (s. 32(1)). The *Mechanics' Lien Act* contained a specific procedure for filing a statement of claim and a statement of defence. It was one that the Court held "varied" the usual procedure used in the County Court. The procedure set out in the Act did not make any mention of counterclaims or cross-actions. It provided as follows:

33 An action shall be commenced by filing in the court a statement of claim, entitled in the court and cause, giving grounds and particulars of the claim, verified by affidavit, and a copy of the statement of claim shall be delivered to the owner, or his agent, and such delivery may be effected either within or without the province.

[...]

35(1) Within twenty days after service upon him of the statement of claim, the defendant may enter a defence by filing in the court a statement of defence showing the nature of his defence, and by serving on the plaintiff or his solicitor a copy thereof.

(2) If the defendant fails to enter a defence within the time specified in subsection (1) he shall, unless otherwise ordered by a judge, be precluded from disputing the plaintiff's claim and right to a lien, and the plaintiff shall have the right to sign interlocutory judgment against the defendant.

(3) A defendant in default may, in a proper case, by order of the judge, be allowed to defend upon such terms as the judge shall think just.

[53] In the *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6, this particular procedure for mechanics' lien actions was retained: see ss. 33 – 43. In 1979, the *Act* was amended by *An Act to Provide for the Merger of the Supreme and County Courts of New Brunswick*, S.N.B. 1979, c. 41, s. 77, and it was again amended in 1980 when the Supreme Court became the Court of Queen's Bench: S.N.B. 1980, c. 32, s.20. From 1980 to date, s. 33 of the *Act* provides as follows:

**33** A lien may be enforced by action in the court, according to the ordinary procedure of that court, except where the same is varied by this Act.

**33** Le privilège peut s'exercer par voie d'action intentée devant la cour, conformément à la procédure ordinaire de cette cour, sauf lorsqu'elle est modifiée par les dispositions de la présente loi.

[54] Since 1980, "Court" is defined as "The Court of Queen's Bench of New Brunswick" and since 1982, the procedure in that Court is as provided in the *Rules of Court*, being Regulation 82-73 under the *Judicature Act* and the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1. Until 2002, however, the procedure for filing claims and statements of defence in mechanics' lien actions remained as set out in the *Mechanics' Lien Act*.

[55] In 1992, the Legislature adopted *An Act to amend the Mechanics' Lien Act*, S.N.B. 1992, c. 84, which repealed a number of sections, including ss. 34 to 37, which lay out the procedure for filing claims and statements of defence. On March 28, 2002, the 1992 amendments were proclaimed to come into force June 1, 2002. The purpose of these amendments is, without doubt, as stated in the Department of Justice *Law Reform Notes*, "to remove some outdated provisions, and to bring the mechanics' lien procedure more into line with other proceedings under the *Rules of Court*": See Department of Justice, *Law Reform Notes*, #15, September 2001, and #16, April 2002.

[56]               Until now, only one reported case has considered the effect of the 1992 amendments on the precedential significance of *Atlantic Paving*. In *AMEC Americas Ltd.*, Russell J. entertained a motion to strike out a defendant’s counterclaim in a mechanics’ lien action. He reasoned that although “one might be tempted [because of the repeal of certain provisions of the *Act*] to say the ordinary procedure [now] permits a counterclaim”, “[t]he *Act* is designed [...] to provide expeditious relief usually to trades people” and that a “counterclaim which may relate to a completely different subject matter from the mechanics’ lien claim could foil the intent of the *Act* by delaying the Plaintiff interminably.” He therefore ruled that “until the legislature specifically allows a counterclaim, as it did in Ontario, a counterclaim should not be permitted in this mechanics’ lien action” (para. 10).

[57]               With great respect, I do not agree that the precedential value of *Atlantic Paving* on the matter of counterclaims survives the 1992 amendments. In my view, one of the effects of the 1992 reform is to allow counterclaims in mechanics’ lien actions.

[58]               Section 33 of the *Mechanics’ Lien Act* says that “[a] lien may be enforced in the court, according to the ordinary procedure of that court, except where the same is varied by the *Act*”. There is no longer anything in the *Act* that can be said to vary the ordinary procedure of the Court of Queen’s Bench. In repealing some of the procedural provisions of the *Act*, the Legislature nevertheless retained s. 43(1), which provides that “[a]t the trial of the action the judge shall proceed to determine all questions that arise therein, or that are necessary to be tried to dispose of the action completely and, subject to section 42, to adjust the rights and liabilities of the persons appearing before him or upon whom the notice of trial was served.” It also retained s. 43(2), which requires the judge to attempt to “finally dispose of the action and of all matters, questions and accounts arising in the action, and subject to section 42, to adjust the rights and liabilities of and give all necessary relief to all parties to the action or who have been served with the notice of trial.” However, s. 61(2) was repealed. It provided as follows:

**61(2)** The object of this Act being to enforce liens at the least expense, the procedure shall be, as far as possible, of a summary character having regard to the amount and nature of the liens in question. [Emphasis added.]

**61(2)** Le but de la présente loi étant d'assurer l'exercice des privilèges avec le minimum de frais, la procédure doit être, autant que possible, d'un caractère sommaire, compte tenu du montant et de la nature des privilèges en question. [Je souligne.]

[59] It appears obvious to me that the intent of the 1992 amendments was to make the procedure provided in the *Rules of Court* applicable to mechanics' lien actions so that judges would follow that procedure in fulfilling their mandate under s. 43 of the *Act*. With the repeal of the provisions that had been found to vary the "ordinary procedure of the court," there is no longer any statutory impediment to making a counterclaim or a cross-claim in a mechanics' lien action. This is not to say, however, that the purpose of the *Mechanics' Lien Act* changes. The 1992 amendments simply reflect the reality that the object of the *Act* can be attained within the parameters of the ordinary procedure provided in the *Rules of Court*. After all, the purpose of the *Act* is not much different than the stated purpose of the *Rules*: "to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits" (Rule 1.03(2)).

[60] The "ordinary procedure" of the Court of Queen's Bench, as provided in the *Rules of Court*, allows counterclaims, cross-claims and third party claims. That is not to say, however, that courts will allow such proceedings to frustrate the object of the *Mechanics' Lien Act* or the right of a lien claimant to expeditious and cost-effective justice. The *Rules* provide judges with an arsenal of weapons by which cases can be properly managed to ensure the object of the *Act* is attained. In each of the rules that govern counterclaims, cross-claims and third party claims, there is provision for a judge to order that those proceedings be tried separately from the trial of the main action: Rules 28.06, 29.08 and 30.09(1). Moreover, Rules 28, 29 and 30 provide much flexibility. For example, in the case of a counterclaim, a judge can order separate trials or can even strike out the counterclaim without prejudice to the right of the defendant to assert the claim in a separate action, "[w]here it appears that a counterclaim may unduly complicate or delay the trial of the main action, or cause undue prejudice to a party" (Rule 28.07(1)). As for a cross-claim or a third party claim, the court may direct that such a proceeding be

a separate action, where such terms do not cause injustice to other parties (Rules 29.10 and 30.11).

[61] In *Construction Builders' and Mechanics' Liens in Canada*, the learned authors explain that in some provinces the Acts specifically provide for set-off and counterclaims, while, in other provinces, provisions that are similar to our s. 43 “would appear to include the power to adjudicate upon claims for set-off and for counterclaim” (p. 10-31, section 10.11). New Brunswick apparently stood alone in holding that a defendant had no right to counterclaim in a mechanics’ lien action. In my view, the 1992 amendments were meant to remedy this state of affairs and to allow more flexibility in these types of actions. The amendments simply recognize the flexibility in the *Rules of Court* for judges to apply, where necessary, appropriate safeguards to attain the object of the *Mechanics’ Lien Act* and fulfill their duties under s. 43.

[62] The learned authors also report that four provinces expressly allow third party proceedings in lien actions (p. 10-36, section 10.12). In Ontario, for example, the court can grant leave to add third parties and it is stated that before granting leave “the court must be satisfied that doing so would not unduly delay or complicate the plaintiff’s action” (p. 10-37, section 10.12). The effect of the 1992 amendments to the New Brunswick *Act* is to allow third party proceedings, and let the judge determine, if necessary, whether to grant relief to ensure that a plaintiff is not unnecessarily prejudiced or delayed because of a claim against a third party.

[63] In my view, the 1992 amendments to the *Mechanics Lien Act* sought to remedy situations where a narrow interpretation of *Atlantic Paving* might create unfairness and result in multiple proceedings. As pointed out, this was the case in *Jean v. Diamond*, where the court held that the damages suffered by the defendants would well exceed the amount of the plaintiff’s claim, but all the judge could do was apply a set-off. In *David T. Williams Ltd. v. Green*, Dickson J. expressed a willingness to depart from such a narrow interpretation of *Atlantic Paving*, and, two years later, the Legislature

adopted *An Act to amend the Mechanics' Lien Act*. The message is clear: allow the flexibility of the *Rules of Court* to govern these types of actions.

[64] In sum, since June 1, 2002, *Atlantic Paving* no longer stands as authority to prevent counterclaims in mechanics' lien actions. Counterclaims, cross-claims and third party claims are governed by the *Rules of Court*, which, by virtue of s. 33 of the *Act*, apply to mechanics' lien actions. These rules all have safeguards to ensure judges stand as guardians against unscrupulous parties who may attempt to foil the objects of the *Act* by bringing claims that are unrelated to the subject-matter of the main action or which would unduly complicate or delay the matter.

[65] For these reasons, I would dismiss this ground of appeal. In my view, the application judge was correct in holding that s. 43(1) empowers him "to determine all questions that arise" in the action, and that this provision allowed him to entertain a cross-claim. Whether the one remaining cross-claim could be said to require an order that it be tried separately is a question that does not appear to have been before the court and upon which I, therefore, express no opinion.

#### VI. Disposition

[66] I would allow the appeals, set aside the decisions of the Court of Queen's Bench refusing to stay Opron's action and cross-claim and order a new hearing of both the motion and the application. I would allow SNC one set of costs, which I would fix at \$2,500.00, to be paid by Opron.



LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Les deux appels ont été entendus ensemble et soulèvent les mêmes questions au sujet de l'application de l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage*, L.N.-B. 1992, ch. A-10.1. Cette disposition habilite un tribunal à suspendre une procédure à l'égard d'une affaire qui doit être présentée à l'arbitrage en vertu d'une convention passée par les parties. L'un des appels soulève une question distincte, à savoir s'il est possible de présenter une demande reconventionnelle dans une action intentée en vertu de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6.

[2] Les questions découlent d'un certain nombre d'actions mettant en cause SNC-SNAM, S.E.N.C., (« SNC ») et Opron Maritimes Construction Ltd. (« Opron ») qui avaient conclu un contrat de sous-traitance dont une clause de règlement des différends imposait le recours à l'arbitrage. SNC a cherché à faire exécuter cette clause et à obtenir la suspension de la procédure introduite par Opron en attendant l'arbitrage, mais un juge de la Cour du Banc de la Reine saisi à la fois d'une motion et d'une requête a conclu que la clause n'était pas applicable dans les circonstances. Avec l'autorisation de la Cour, SNC porte ces décisions en appel. Il est maintenant communément admis que le fondement sur lequel le juge s'est appuyé pour rejeter l'application de la clause de résolution des différends n'est plus valide. Pour ce motif, les décisions rendues par le juge devraient normalement être annulées. Toutefois, la présente instance soulève la question préjudicielle suivante : est-ce que les décisions du juge peuvent être portées en appel devant notre Cour compte tenu du libellé du par. 7(6) de la *Loi sur l'arbitrage* qui prévoit que « [l]a décision de la cour est sans appel »? Pour les motifs qui suivent, je conclus que le par. 7(6) ne s'applique aucunement en l'espèce et qu'il peut être interjeté appel des décisions du juge portant que la clause de résolution des différends ne s'applique pas. J'accueillerais les deux appels, j'annulerais les décisions rendues et,

compte tenu des circonstances de la présente instance, j'ordonnerais la tenue d'une nouvelle audience.

- [3] Pour ce qui est de l'autre question en litige, le juge de la Cour du Banc de la Reine a déclaré qu'il était possible de présenter une demande reconventionnelle dans le cadre d'une action en exercice de privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux. À mes yeux, cette conclusion est légitime. Par suite des modifications apportées à la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, une procédure introduite sous le régime de cette loi est plus conforme aux instances prévues par les *Règles de procédure* et les demandes reconventionnelles ne sont plus interdites par la *Loi* ou la jurisprudence. Les *Règles* renferment des dispositions visant à garantir que les juges puissent convenablement gérer les actions en exercice de privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux pour que l'objet de la *Loi* soit respecté. Qui plus est, l'objet de la *Loi* est conforme à celui des *Règles* : « assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » (règle 1.03(2)). Je rejeterais donc ce moyen d'appel.

## II. Contexte

- [4] Les présentes affaires découlent d'un projet de construction au terminal de Canaport LNG à Saint John. Les faits essentiels, qui ne sont pas contestés, sont les suivants.

- [5] Le 28 mai 2007, SNC a conclu avec Opron un contrat de sous-traitance pour la construction d'un certain nombre de bâtiments. Ce contrat renferme une clause de résolution des différends dont voici des extraits :

[TRADUCTION]

### 36.0 RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS

#### 36.1 Procédures informelles

[...]

## 36.2 Intervention des experts

[...]

## 36.3 Arbitrage accéléré

36.3.1 Si l'une des deux parties souhaite soumettre un différend à l'arbitrage obligatoire en application du paragraphe 36.3, cette partie doit remettre à l'autre partie un avis faisant état de sa volonté de soumettre le différend à l'arbitrage et décrivant la nature et l'objet de ce différend.

36.3.2 Tous les différends qui ne peuvent être résolus de la manière prévue au paragraphe 36.1 seront définitivement réglés par trois arbitres en application et en conformité du paragraphe 36.3 et en conformité des règles de conciliation et d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de Londres en vigueur à la date de la procédure d'arbitrage, lesquelles règles sont réputées incorporées par renvoi dans le contrat de sous-traitance.

[...]

- (i) La clause d'arbitrage que renferme le paragraphe 36.3 peut faire l'objet d'une mise à exécution spécifique.

[...]

## 36.5 Différends exclus

Nonobstant toute clause contraire du contrat de sous-traitance, aucun différend ni aucune autre affaire découlant du contrat de sous-traitance ou lié à celui-ci (et/ou découlant des opérations prévues par les présentes ou liées à celles-ci) et mettant en cause un tiers qui n'a pas convenu par écrit d'être lié par la procédure de résolution des différends prévue par le contrat de sous-traitance (étant entendu que le terme « tiers » ne comprend pas un sous-traitant) ne doit être soumis à la procédure de résolution des différends ni être tranché conformément à cette procédure (ou continuer à l'être).

[6] En s'acquittant des obligations que lui impose le contrat de sous-traitance, Opron a conclu des contrats de sous-sous-traitance avec différentes parties (les « titulaires de privilège ») pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services et de matériaux. L'exécution de travaux ou la fourniture de services et de matériaux dans le cadre du contrat de sous-traitance ont finalement fait l'objet de différents privilèges sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*. En 2008, Opron a intenté une action contre SNC, mais du fait de la clause de résolution des différends que contenait l'article 36 du contrat de sous-traitance, cette action a été suspendue en application du par. 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage* (voir 2008 NBBR 202, [2008] A.N.-B. n° 225 (QL)). En 2009, huit titulaires de privilège ont déposé une revendication de privilège et introduit une action contre Opron, SNC et d'autres parties. Sept des huit actions ont été réglées depuis lors, mais il en reste une en suspens : la revendication de ICS State, division de The State Group Inc. (action n° S/C/272/09).

[7] Dans chacune des actions intentées par les titulaires de privilège, Opron a déposé un exposé de la défense qui comprenait une demande entre défendeurs contre SNC (les « demandes entre défendeurs »). Les exposés de la défense font valoir que si Opron doit quoi que ce soit aux titulaires de privilège, Opron revendique alors ces sommes à SNC. En ce qui concerne les demandes entre défendeurs, il y est allégué que tout retard dans l'achèvement du projet était en partie attribuable à la négligence de SNC ou, à titre subsidiaire, que les travaux effectués par les titulaires de privilège l'ont été à la demande et au profit de SNC qui n'a cependant pas payé Opron pour ces travaux. Il en découle que Opron réclame une contribution ou une indemnité relativement à toute somme que les titulaires de privilège pourraient être en droit de recouvrer d'Opron.

[8] Dans chaque cas, SNC a opposé une défense entre défendeurs dans laquelle elle déclare ce qui suit :

- (1) Dans une action intentée sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, une partie n'a pas le droit d'inclure une demande reconventionnelle ou une demande entre

défendeurs et la cour n'est pas compétente pour trancher de telles demandes.

- (2) L'article 36 du contrat passé entre Opron et SNC prévoit que les différends de nature contractuelle susceptibles de les opposer doivent être résolus au moyen d'un arbitrage définitif et exécutoire.

[9] Invoquant le par. 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, SNC a demandé, au moyen d'un avis de requête, la radiation ou la suspension des demandes entre défendeurs présentées par Opron en invoquant les motifs suivants : (1) il est impossible de présenter une demande entre défendeurs dans une action relative à un privilège de constructeur ou de fournisseur de matériaux et (2) tout différend opposant SNC et Opron doit être tranché en ayant recours à la procédure énoncée à l'article 36 du contrat de sous-traitance.

[10] En juillet 2009, Opron a intenté une autre action sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* dans laquelle elle revendiquait un privilège contre SNC et d'autres parties. Pour ce qui est de SNC, Opron alléguait avoir été victime de rupture de contrat et de violation de fiducie et revendiquait également des dommages-intérêts pour négligence. SNC a demandé à Opron de mettre un terme à l'action qu'elle lui avait intentée et lorsque Opron n'a pas répondu à sa demande, SNC a présenté un avis de motion dans lequel elle sollicitait la suspension de la procédure au titre du par. 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage*.

[11] Le 4 mai 2010, dans des décisions rendues oralement, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté à la fois la motion et la requête présentées par SNC. Les motifs inédits du juge sont reproduits intégralement étant donné qu'ils fournissent le contexte dans lequel s'inscrivent les présents appels :

[TRADUCTION]

SNC était le maître d'œuvre pour d'importants travaux de construction au terminal Canaport à Saint John. Elle a passé un contrat de sous-traitance avec Opron. Opron a conclu à

son tour un certain nombre de contrats de sous-traitance avec plusieurs sous-sous-traitants. L'un de ces sous-sous-traitants, Metcalf, a passé des sous-sous-sous-contrats qui ressemblaient plus à des conventions d'achat de certains articles concernant de petites parties de ces travaux.

Ces sous-sous-sous-traitants n'étaient pas parties au contrat principal ni au contrat passé entre SNC et Opron ou entre Opron et Metcalf.

Il existe un certain nombre de différends entre ces parties et des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux ont été déposés par les sous-sous-sous-traitants, par les sous-sous-traitants et par le sous-traitant Opron relativement à ce projet de SNC à Canaport.

C'est dans ce contexte que par avis de motion et par requête présentés dans le cadre des présentes actions portant les numéros S/C/370/09 et S/M/61/09, SNC demande la suspension de ces différentes actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux intentées par Opron, cinq sous-sous-traitants et trois sous-sous-sous-traitants.

Le fondement juridique de la demande de suspension formée par SNC se trouve au paragraphe 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, qui prévoit que si une partie à une convention d'arbitrage introduit une procédure à l'égard d'une affaire qui doit être présentée à l'arbitrage en vertu de la convention, la cour devant laquelle la procédure est introduite doit, sur demande d'une autre partie à la convention d'arbitrage par voie de motion, suspendre la procédure.

Par ailleurs, SNC invoque les clauses de résolution des différends du contrat qu'elle a passé avec Opron; ces clauses, qui se trouvent au paragraphe 36.1 et aux paragraphes suivants, précisent les différentes étapes à suivre, à savoir les procédures informelles, l'intervention des experts, l'arbitrage accéléré et la poursuite des travaux à d'autres endroits, et il est notamment prévu au paragraphe 36.3.2 que tous les différends qui ne peuvent être résolus de la manière prévue au paragraphe 36.1 seront définitivement réglés par trois arbitres en application et en conformité du paragraphe 36.3 et en conformité des règles de conciliation et d'arbitrage de la Cour d'arbitrage

international de Londres en vigueur à la date de la procédure d'arbitrage, lesquelles règles sont réputées incorporées par renvoi dans le contrat de sous-traitance. Par ailleurs, le paragraphe 36.3.3 renferme les clauses générales suivantes qui régissent les arbitrages :

- a) la procédure d'arbitrage se déroule en anglais et le siège de l'arbitrage est la ville de Montréal, province de Québec, Canada;
- b) chaque partie doit supporter les coûts des experts qu'elle appelle à la barre des témoins et de ses conseillers juridiques, mais les parties partagent également les coûts et frais de l'arbitrage, et le texte continue en donnant plus de précisions.

C'est dans ce contexte que SNC soutient qu'il existe une clause d'arbitrage dans le contrat qu'elle a passé avec Opron; que le paragraphe 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage* impose la suspension de la procédure par l'emploi du mot « doit » et qu'il s'agit là d'une mesure de redressement qui s'impose pour surmonter cette difficulté.

J'aimerais souligner que le libellé du paragraphe 7(1) traite d'une procédure à l'égard d'une affaire qui doit être présentée à l'arbitrage en vertu de la convention. Lorsque j'examine de façon plus approfondie la convention d'arbitrage ou le contrat qui renferme une clause d'arbitrage, je note que le paragraphe 36.5 fait état de différends exclus. Nonobstant toute clause contraire du contrat de sous-traitance, aucun différend ni aucune autre affaire découlant du contrat de sous-traitance ou lié à celui-ci (et/ou découlant des opérations prévues par les présentes ou liées à celles-ci) et mettant en cause un tiers qui n'a pas convenu par écrit d'être lié par la procédure de résolution des différends prévue par le contrat de sous-traitance (étant entendu que le terme « tiers » ne comprend pas un sous-traitant) ne doit être soumis à la procédure de résolution des différends ni être tranché conformément à cette procédure (ou continuer à l'être).

Il s'agit d'un paragraphe dont la rédaction laisse à désirer. Toutefois, lorsque je lis ce paragraphe, il semble dire qu'aucun différend mettant en cause un tiers qui n'a pas convenu par écrit d'être lié par la procédure de résolution des différends prévue par le contrat de sous-traitance,

lequel tiers ne comprend pas un sous-sous-traitant, ne doit être soumis à la procédure de résolution des différends ni être tranché conformément à cette procédure.

Je lis cette clause et je vois également que nous avons ici plusieurs sous-sous-sous-traitants qui n'ont pas convenu par écrit d'être liés par la procédure de résolution des différends. Mon interprétation de l'article 36 m'amène à conclure que cet enchevêtrement de problèmes comprend des affaires dont le renvoi à l'arbitrage en vertu de la convention n'a pas été convenu par les parties SNC et Opron. Bien au contraire, elles ont expressément exclu les litiges mettant en cause des sous-sous-sous-traitants.

Pour ces motifs, j'ai établi une distinction entre la présente situation et une affaire antérieure mettant en cause une autre partie de Canaport, SNC et Opron, affaire dans laquelle la présence de sous-sous-traitants ne venait pas compliquer les choses.

De plus, SNC a fait valoir qu'il devrait être réputé que le contrat qui la lie avec Opron était en vigueur et qu'il comprenait et englobait les rapports entre Opron et ses sous-sous-traitants ou entre les sous-sous-traitants et les sous-sous-sous-traitants.

Selon moi, cet argument ne tient pas compte tenu de la clarté et du poids du paragraphe 36.5.

Pour ces motifs, la motion et la demande de suspension des différentes procédures relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux que SNC a présentées en vertu du paragraphe 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage* sont rejetées.

Opron avait fait valoir à titre subsidiaire que [si] SNC réussissait à obtenir une suspension contre eux, ou contre Opron, Opron devrait également obtenir une suspension des procédures engagées par ses sous-sous-traitants et ses sous-sous-sous-traitants. Il est superflu d'ajouter quoi que ce soit sur la question puisque les motions de SNC ainsi que sa demande de suspension, de suspension des actions relatives à un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux, ces procédures ont échoué en raison du libellé du par. 36.5.



[12] En ce qui concerne la requête que SNC a présentée dans l'affaire concernant les demandes entre défendeurs, le juge a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Dans la présente requête présentée dans le cadre de l'action n° S/M/61/09, SNC sollicite une suspension des différentes demandes entre défendeurs formées contre elle par Opron Maritimes Construction Inc. relativement à une partie du projet Canaport.

SNC a passé un contrat de construction avec Opron. Opron a conclu différents contrats de sous-traitance avec d'autres parties. Un certain nombre d'actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux ont maintenant été intentées. Dans les différentes actions en question, Opron a formé une demande entre défendeurs contre SNC. On peut trouver un libellé typique de ces demandes entre défendeurs dans l'action mettant en cause Flynn Canada Ltd., libellé qui est le suivant : [TRADUCTION] « De plus ou à titre subsidiaire, Opron affirme que les travaux effectués par la demanderesse l'ont été à la demande et au profit de la défenderesse SNC qui n'a pas payé la défenderesse Opron relativement à la totalité des travaux effectués par la demanderesse. La défenderesse SNC a donc commis une rupture de contrat et bénéficié d'un enrichissement sans cause. La défenderesse Opron affirme en outre que les actes susmentionnés de la défenderesse SNC constituent une violation du contrat passé entre la défenderesse SNC et la défenderesse Opron. »

La défenderesse Opron fait donc valoir contre la défenderesse SNC qu'elle a droit à une indemnité ou, subsidiairement, à une contribution relativement à toute somme que la demanderesse pourrait recouvrer d'elle au motif que la négligence et la rupture de contrat dont la défenderesse SNC s'est rendue coupable a provoqué le retard allégué ou y a contribué et, subsidiairement, au motif que la défenderesse SNC s'est rendue coupable de rupture de contrat en omettant de régler les sommes que la demanderesse lui avait facturées pour ses travaux et s'est donc injustement enrichie de ce fait.

Il existe au Nouveau-Brunswick une règle classique selon laquelle il ne faut pas compliquer les actions relatives à des

privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux en présentant des demandes reconventionnelles portant sur d'autres sujets et d'autres affaires, d'autres questions. C'est ce qui ressort d'affaires comme *Atlantic Paving*.

Toutefois, le paragraphe 43(1) de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* précise également, s'agissant de l'instruction d'une action en revendication d'un privilège, que « [l]ors du procès, le juge doit s'appliquer à régler toutes les questions qui y sont soulevées » et qu'il appartient également à la cour de « régler les droits et obligations » des titulaires de privilège.

Selon ma compréhension des questions dont notre cour est saisie dans cette série de litiges portant sur des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux, les demandes entre défendeurs font partie des questions qui opposent les différentes parties et elles visent toutes des contestations entourant des travaux effectués et des matériaux fournis et constituent le fondement des privilèges en cause. Je ne les considère pas comme comparables à des demandes reconventionnelles distinctes, mais plutôt comme une partie intégrale du processus décrit par la cour comme – ou décrit par la *Loi* comme une obligation imposée à la cour de « régler les droits et obligations » des différents titulaires de privilège.

La requête de SNC visant à obtenir la suspension des demandes entre défendeurs formées contre elle dans les différentes actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux sera donc rejetée. Les dépens suivront l'issue de la cause.

### III. Questions en litige en appel

[13] SNC interjette appel du rejet de sa motion ainsi que de sa requête. En ce qui concerne le rejet de sa motion visant à obtenir une suspension de la procédure dans l'affaire de l'action intentée par Opron, SNC fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION]

- a) [Le juge saisi de la motion] a commis une erreur de droit en omettant de suspendre l'action intentée par

Opron en application de l'article 36 du contrat de sous-traitance, qui stipule que tous les litiges opposant l'appelante et Opron doivent être tranchés conformément à cet article;

- b) [le juge saisi de la motion] a commis une erreur de droit en refusant de suspendre l'action intentée par Opron en application de l'article 7 de la *Loi sur l'arbitrage*;
- c) [le juge saisi de la motion] a commis une erreur de droit ou une erreur mixte de fait et de droit dans son appréciation ou son interprétation erronée du paragraphe 36.5 du contrat de sous-traitance en concluant que l'action intentée par Opron constituait un « différend exclu » au sens du contrat de sous-traitance et n'était donc pas soumise aux clauses d'arbitrage obligatoire du contrat de sous-traitance.

[14] Pour ce qui est du rejet de la requête dans l'affaire mettant en cause les demandes entre défendeurs, SNC affirme ce qui suit :

[TRADUCTION]

- a) [Le juge saisi de la requête] a commis une erreur de droit en concluant que les demandes entre défendeurs sont autorisées dans des actions intentées sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, et en refusant de ce fait de radier ou de suspendre les demandes entre défendeurs qu'Opron a formées contre SNC;
- b) [le juge saisi de la requête] a commis une erreur de droit en permettant que les demandes entre défendeurs aillent de l'avant malgré l'article 36 du contrat de sous-traitance, qui stipule que tous les litiges opposant SNC et Opron doivent être tranchés par voie d'arbitrage;
- c) [le juge saisi de la requête] a commis une erreur de droit en refusant de suspendre les demandes entre défendeurs en application de l'article 7 de la *Loi sur l'arbitrage*.

IV. Position des parties

A. *La suspension des procédures*

[15] SNC fait valoir qu'Opron n'était aucunement en droit d'intenter une action contre elle étant donné que le contrat de sous-traitance renferme une clause de résolution des différends pour trancher les litiges qui les opposent. Lorsque Opron a omis de mettre un terme à son action, SNC a présenté un avis de motion dans lequel elle sollicitait la suspension de cette action au titre du par. 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage* dont voici le texte :

7(1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

7(1) Si une partie à la convention d'arbitrage introduit une procédure à l'égard d'une affaire qui doit être présentée à l'arbitrage en vertu de la convention d'arbitrage, la cour devant laquelle la procédure est introduite doit, sur demande d'une autre partie à la convention d'arbitrage par voie de motion, suspendre la procédure.

[16] SNC soutient que le juge a commis une erreur en se fondant sur le par. 36.5 du contrat de sous-traitance au motif que dans l'action que lui a intentée Opron, aucun des sous-sous-traitants n'était en cause. Selon SNC, l'application de la *Loi sur l'arbitrage* et l'interprétation de l'art. 36 du contrat de sous-traitance soulèvent des questions de droit qui doivent être tranchées en appel au moyen de la norme de contrôle de la décision correcte. La position de SNC est simple : la *Loi sur l'arbitrage* impose une suspension de l'action d'Opron et le juge a commis une erreur de droit en refusant de suspendre l'action. Le contrat de sous-traitance prévoit que tous les « différends » doivent être résolus conformément à la procédure énoncée à l'art. 36. Aux yeux de SNC, les questions soulevées dans l'exposé de la demande d'Opron cadrent parfaitement avec la définition suivante du terme « différend » qui est énoncée au contrat de sous-traitance :

[TRADUCTION]

« Différend » Tout conflit ou désaccord entre les parties au sujet de l'interprétation, de l'application ou de

l'administration du contrat de sous-traitance et/ou des travaux, le défaut des parties de parvenir à un accord dans les cas où un tel accord est exigé par le contrat de sous-traitance ou l'omission de parvenir à un accord dans les délais impartis ou, si aucun délai n'est fixé, dans un laps de temps raisonnable.

[17] À l'appui de sa thèse, SNC invoque des précédents dans lesquels des tribunaux ont suspendu des actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux en application de l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage*, en attendant l'issue de l'arbitrage du différend.

[18] SNC fait également valoir que le juge saisi de la motion a commis une erreur dans son interprétation du par. 36.5 du contrat de sous-traitance. SNC soutient que [TRADUCTION] « [l]e juge a donné au par. 36.5 une interprétation qui soustrait tous litiges mettant en cause des tiers à l'application des clauses d'arbitrage obligatoire du contrat de sous-traitance alors même qu'aucun des sous-traitants d'Opron n'est partie à l'action d'Opron ». Selon SNC, il est clair que le juge a eu tort de se fonder sur le par. 36.5 pour rejeter la motion de SNC.

[19] Pour ce qui est de la demande de suspension dans l'affaire mettant en cause certains sous-traitants d'Opron, SNC affirme que le juge n'a fait aucun cas de ses arguments lorsqu'il a statué sur cette requête. SNC plaide que les différends qui l'opposent à Opron ne sont pas les mêmes que ceux qui opposent Opron à ses propres sous-traitants, et elle fait valoir que le différend qui existe entre SNC et Opron devrait être résolu par le recours au mécanisme de règlement des différends que renferme le contrat de sous-traitance, indépendamment du litige qui oppose Opron à ses propres sous-traitants. SNC ajoute par ailleurs que le contrat de sous-traitance imposait à Opron l'obligation d'inclure dans tout contrat passé avec ses propres sous-traitants une clause les obligeant à être liés par les principales clauses du contrat de sous-traitance. De l'avis de SNC, Opron ne devrait pas être relevée des obligations que lui impose l'art. 36 du contrat de sous-traitance si elle ne les a pas respectées.

[20] En réponse à l'argument de SNC, Opron soutient que le juge a convenablement interprété le par. 36.5 du contrat de sous-traitance, ajoutant toutefois que la question est devenue purement théorique étant donné que les fondements factuels ont changé de manière fondamentale. Comme les parties nous l'ont précisé au commencement de l'audition de l'appel, chacune des parties qui aurait pu déclencher l'application du par. 36.5 du contrat de sous-traitance a conclu un règlement amiable. Reconnaissant qu'il n'existe plus aucun fondement à l'application du par. 36.5, Opron soutient que le dispositif qui convient en appel consiste à rejeter l'appel et à renvoyer l'affaire devant le juge de la Cour du Banc de la Reine.

[21] Opron souligne que le contrat de sous-traitance impose l'arbitrage [TRADUCTION] « sauf lorsque [...] la loi l'exige ». Selon Opron, au Nouveau-Brunswick, la loi [TRADUCTION] « exige que les questions en litige soient tranchées de la manière la plus juste, la plus expéditive et la moins coûteuse, en évitant une multiplicité d'actions ». Opron fait donc valoir que la loi exige que toutes les questions soient tranchées par un juge de la Cour du Banc de la Reine. Opron ajoute qu'elle ne devrait pas être soumise au mécanisme de résolution des différends figurant dans le contrat de sous-traitance car cela risquerait d'amener différents tribunaux à tirer des conclusions contradictoires.

[22] Opron affirme que malgré le libellé du par. 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, qui précise que la cour « doit [...] suspendre la procédure », cette mesure de redressement reste discrétionnaire. Finalement, Opron plaide que l'appel est interdit par le par. 7(6) de la *Loi sur l'arbitrage*, qui prévoit que « [l]a décision de la cour est sans appel ».

[23] En réponse à ce dernier argument, SNC invoque des arrêts dans lesquels d'autres cours d'appel ont décidé, dans un contexte où les dispositions étaient identiques, que l'interdiction créée par le par. 7(6) de la *Loi sur l'arbitrage*, même si elle semblait à première vue absolue, n'a pas toujours pour effet d'empêcher de porter en appel une décision dans laquelle un juge a conclu qu'une clause d'arbitrage ne s'appliquait pas.

B. *Les demandes entre défendeurs*

[24] SNC affirme qu'[TRADUCTION] « il est bien établi en droit qu'une partie à une action intentée sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* n'a pas le droit de présenter une demande reconventionnelle » et fait valoir qu'il n'existe pas de différence importante entre une demande reconventionnelle et une demande entre défendeurs. Selon SNC, [TRADUCTION] « l'interdiction de former des demandes reconventionnelles dans des actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux devrait également s'appliquer aux demandes entre défendeurs » étant donné qu'une demande entre défendeurs n'est pas une procédure dont il est possible de se prévaloir sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, et parce que la permettre dans ces types d'actions contrecarrerait l'objet de la *Loi*.

[25] SNC reconnaît que c'est bien le par. 43(1) qui confère à la cour la compétence de statuer sur une action introduite en vertu de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*; cette disposition prévoit que le juge doit s'appliquer « à régler les droits et obligations des personnes qui comparaissent devant lui ou qui ont reçu signification de l'avis du procès », mais SNC prétend que le juge a eu tort de donner à cette disposition une interprétation suffisamment libérale pour autoriser la présentation de demandes entre défendeurs. Selon SNC, *Atlantic Paving Co. Ltd. c. Cameron Properties et al.* (1956), 37 M.P.R. 271, [1955] A.N.-B. n° 10 (C.A.) (QL), est l'arrêt de principe relativement à l'incapacité d'une partie de former une demande reconventionnelle, et cet arrêt a été suivi dans un certain nombre d'autres décisions. SNC plaide que la logique qui empêche de présenter une demande reconventionnelle dans une action relative à un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux devrait également s'appliquer à une demande entre défendeurs : (1) la *Loi* ne prévoit que le dépôt d'un exposé de la défense et (2) la mesure législative qui régit les privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux a pour objet de mettre à la disposition des gens de métier un mécanisme expéditif pour obtenir le paiement des travaux effectués et des services fournis.

[26] En réponse, Opron fait valoir qu' [TRADUCTION] « [i]l n'existe aucun précédent, tant dans notre province qu' ailleurs, voulant qu' une demande entre défendeurs visant à obtenir une contribution ou une indemnité ne puisse être présentée dans une action engagée pour faire respecter un privilège de constructeur ou de fournisseur de matériaux ». Selon Opron, il existe une différence fondamentale entre une demande reconventionnelle et une demande entre défendeurs. Opron soutient que ses demandes entre défendeurs [TRADUCTION] « reflètent simplement la réalité que si les actions des titulaires de privilège sont valides, elles portent en totalité ou en partie sur des sommes correspondant à des travaux supplémentaires que SNC a demandés ou dont elle avait besoin, mais pour lesquels elle n'a pas versé les paiements voulus à Opron ». Pour continuer cette argumentation, [TRADUCTION] « [s]i un tribunal accepte la prétention du titulaire de privilège selon laquelle ces travaux doivent être payés, il en découle qu' Opron doit recevoir ces sommes de SNC ». Selon Opron, cela reflète l'objet de l'art. 43 de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* dont voici le texte :

**43(1)** At the trial of the action the judge shall proceed to determine all questions that arise therein, or that are necessary to be tried to dispose of the action completely and, subject to section 42, to adjust the rights and liabilities of the persons appearing before him or upon whom the notice of trial was served.

**43(2)** At the trial the judge shall take all accounts, make all inquiries, give all directions, and do all things necessary to try and otherwise finally dispose of the action and of all matters, questions and accounts arising in the action, and, subject to section 42, to adjust the rights and liabilities of and give all necessary relief to all parties to the action or who have been served with the notice of trial.

**43(1)** Lors du procès, le juge doit s'appliquer à régler toutes les questions qui y sont soulevées, ou sur lesquelles il faut statuer afin de prononcer un jugement définitif sur l'action et, sous réserve de l'article 42, à régler les droits et obligations des personnes qui comparaissent devant lui ou qui ont reçu signification de l'avis du procès.

**43(2)** Lors du procès, le juge doit examiner tous les comptes, faire toutes les enquêtes, donner toutes les directives et faire toutes les choses nécessaires afin de juger l'action et de statuer sur toutes les affaires, questions et comptes qui s'y rapportent, et, sous réserve de l'article 42, régler les droits et obligations de toutes les parties à l'action ou qui ont reçu signification de l'avis du procès et effectuer le désintéressement nécessaire.

[27] En résumé, Opron soutient qu' une demande entre défendeurs n'a pas la même nature qu' une demande reconventionnelle et qu' un tribunal devrait déterminer si



Opron a droit à une indemnité ou à une contribution au titre des dommages-intérêts qu'elle pourrait devoir verser à un titulaire de privilège puisque les demandes entre défendeurs [TRADUCTION] « reflètent le fait que le règlement des comptes valides provient de SNC en sa qualité de maître d'œuvre du projet ou de la garantie fournie pour remplacer le privilège ».

V. Analyse

A. *La suspension des procédures*

[28] À la fois dans l'avis de motion présenté dans l'affaire dans laquelle Opron est la demanderesse et dans l'avis de requête présenté dans l'affaire mettant en cause les demandes entre défendeurs, dans laquelle SNC et Opron sont toutes deux défenderesses, SNC a sollicité une suspension des procédures qu'Opron avait engagées contre elle au motif que le différend entre ces deux parties devait être tranché de la manière prévue par l'art. 36 du contrat de sous-traitance. SNC affirme que le juge a statué sur ce point uniquement en ce qui concerne l'avis de motion et qu'il n'a pas pris en considération les arguments que SNC a fait valoir dans l'autre cause. En toute déférence, cette thèse est indéfendable. Les motifs du juge sur la question de la suspension des procédures étaient clairement destinés à s'appliquer aux deux affaires. Le juge a déclaré que [TRADUCTION] « SNC demande la suspension de ces différentes actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux intentées par Opron, cinq sous-sous-traitants et trois sous-sous-sous-traitants », et il a conclu que [TRADUCTION] « la motion et la demande de suspension des différentes procédures relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux que SNC a présentées en vertu du paragraphe 7(1) de la Loi sur l'arbitrage sont rejetées » (le soulignement est de moi).

[29] Le juge a refusé de suspendre l'action et les demandes entre défendeurs pour le seul motif que le par. 36.5 du contrat de sous-traitance excluait les différends mettant en cause une partie, autre qu'un sous-sous-traitant, qui n'a pas convenu par écrit d'être liée par la procédure de résolution des différends décrite dans le contrat de sous-traitance. Le juge a décidé qu'il y avait des « sous-sous-sous-traitants » en cause dans

certaines des affaires avant de conclure que de ce fait, le par. 7(1) de la *Loi sur l'arbitrage* ne s'appliquait pas étant donné que le par. 36.5 avait pour effet d'exclure la présente affaire de celles « qui doi[vent] être présentée[s] à l'arbitrage en vertu de la convention ».

[30] SNC fait valoir que le juge a commis une erreur dans la manière dont il a interprété ou appliqué le par. 36.5 du contrat de sous-traitance. Cela se peut, mais comme le souligne Opron, la question est désormais théorique. Les parties nous ont en effet informés du règlement des affaires mettant en cause les « sous-sous-sous-traitants », sur lesquelles le juge s'est fondé pour exclure le différend en vertu du par. 36.5. Par conséquent, l'application du par. 36.5 du contrat de sous-traitance ne repose plus sur aucun fondement. Cette révélation peut être considérée comme une nouvelle preuve en appel; elle a été admise sur consentement et suffirait normalement à annuler la décision du juge sur la question de la suspension. Il se pourrait cependant qu'il existe un obstacle à un tel dispositif. Il s'agit de l'effet du par. 7(6) de la *Loi sur l'arbitrage* qui prévoit que « [l]a décision de la cour est sans appel ».

[31] Le paragraphe 7(6) doit être examiné à la lumière de l'objet de la *Loi sur l'arbitrage*, qui est de donner effet aux intentions des parties qui ont choisi de se soumettre à l'arbitrage. Il doit aussi être examiné dans son contexte. Le texte complet de l'art. 7 est le suivant :

7(1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

7(1) Si une partie à la convention d'arbitrage introduit une procédure à l'égard d'une affaire qui doit être présentée à l'arbitrage en vertu de la convention d'arbitrage, la cour devant laquelle la procédure est introduite doit, sur demande d'une autre partie à la convention d'arbitrage par voie de motion, suspendre la procédure.

7(2) However, the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:

7(2) Cependant, la cour peut refuser de suspendre la procédure dans n'importe quel des cas suivants :

(a) a party entered into the arbitration agreement while under a legal

a) une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle se trouvait dans

|   |  |
|---|--|
| incapacity;   | un état d'empêchement juridique;   |
| (b) the arbitration agreement is invalid;   | b) la convention d'arbitrage est nulle;  |
| (c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under New Brunswick law;   | c) le différend en question ne peut faire l'objet d'un arbitrage en vertu de la loi du Nouveau-Brunswick;  |
| (d) the motion was brought with undue delay; or   | d) la motion a été faite avec un retard indu [sic]; ou   |
| (e) the matter is a proper one for default or summary judgment.   | e) l'affaire est appropriée à un jugement par défaut ou un jugement sommaire.  |
| <b>7(3)</b> An arbitration of the dispute may be commenced and continued while the motion is before the court.  | <b>7(3)</b> L'arbitrage du différend peut être introduit et poursuivi pendant que la motion est devant la cour.  |
| <b>7(4)</b> If the court refuses to stay the proceeding   | <b>7(4)</b> Si la cour refuse de suspendre la procédure  |
| (a) no arbitration of the dispute shall be commenced, and   | a) l'arbitrage du différend ne peut être introduit, et   |
| (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court made its decision is without effect.             | b) l'arbitrage qui a été introduit ne peut être poursuivi, et tout ce qui est fait en rapport avec l'arbitrage avant que la cour ne rende sa décision est sans effet.                    |
| <b>7(5)</b> The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that | <b>7(5)</b> La cour peut suspendre la procédure à l'égard des affaires traitées dans la convention d'arbitrage et permettre la continuation à l'égard des autres affaires si elle estime |
| (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced, and   | a) que la convention d'arbitrage ne traite que de certaines des affaires à l'égard desquelles la procédure a été introduite, et  |
| (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.  | b) qu'il est raisonnable de dissocier les affaires traitées dans la convention d'arbitrage des autres affaires.  |
| <b>7(6)</b> There is no appeal from the court's decision.   | <b>7(6)</b> La décision de la cour est sans appel.   |

[32]

L'intention du législateur que reflète l'art. 7 est sans ambiguïté : la cour doit suspendre la procédure si les conditions du par. 7(1) sont réunies, sauf si au moins l'un des critères énoncés au par. 7(2) existe. Si le juge saisi d'une motion suspend une

procédure au motif que les conditions prévues au par. 7(1) sont réunies, cette décision ne peut être portée en appel. De la même façon, si un juge saisi d'une motion conclut qu'il est satisfait à au moins l'un des critères énumérés au par. 7(2) et refuse par conséquent de suspendre la procédure, il ne peut être interjeté appel de cette décision. Enfin, si un juge saisi d'une motion rend une décision en se fondant sur le par. 7(5) de la *Loi*, elle ne peut non plus être portée en appel. Dans chacun de ces cas, le juge saisi de la motion exercerait des pouvoirs qui sont exclusivement conférés à la Cour du Banc de la Reine.

[33] Je fais une pause pour noter qu'il existe dans d'autres provinces une jurisprudence appuyant la proposition que le par. 7(5) [TRADUCTION] « appuie l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension dans les cas où il n'est pas raisonnable de dissocier les affaires traitées dans la convention des autres affaires qui opposent les parties » : *Rosedale Motors Inc. c. Petro-Canada Inc.*, [1998] O.J. No. 5461 (Div. gén.) (QL), au par. 19. Voir également *Hammer Pizza Ltd. c. Domino's Pizza of Canada Ltd.*, [1997] A.J. No. 67 (C.B.R.) (QL), *Radewych c. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, [2007] O.J. No. 2483 (C.S.) (QL), confirmé par 2007 ONCA 721, [2007] O.J. No. 4012 (QL), et *MacKay c. Applied Microelectronics Inc.*, 2001 NSSC 122, [2001] N.S.J. No. 342 (QL), par. 21-36. Dans la dernière de ces causes, le juge Stewart examine les arguments pertinents et tire la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Je n'interprète pas le par. 9(5) [dont le libellé est identique à celui du par. 7(5) du Nouveau-Brunswick] comme limitant le pouvoir discrétionnaire de la cour de façon telle que dans les cas où l'octroi d'une suspension partielle n'est pas raisonnable, la cour n'a d'autre choix que d'accorder une pleine suspension et de renvoyer l'affaire à l'arbitrage plutôt que de rejeter carrément la demande de suspension. La cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser de suspendre complètement la procédure en vertu du par. 9(5) si l'octroi d'une suspension partielle n'est pas raisonnable. [Par. 36]

[34] Cependant, aucune de ces circonstances n'existe dans la présente instance : le juge n'a pas suspendu les procédures au motif que les conditions énoncées au par. 7(1) étaient remplies; il n'a pas refusé de les suspendre en raison de l'un des

motifs énoncés au par. 7(2); et il n'a pris aucune décision fondée sur le par. 7(5). Il a plutôt conclu, sur le fondement du par. 36.5 du contrat de sous-traitance, qu'il n'existait pas de convention d'arbitrage permettant de suspendre les procédures. Autrement dit, il n'a pris aucune des décisions qu'il pourrait être appelé à rendre en vertu de l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage*. Puisque la décision du juge ne relève pas de l'art. 7 de la *Loi*, il s'ensuit que le par. 7(6) ne s'applique pas.

[35] Le paragraphe 7(6) de la *Loi sur l'arbitrage* n'est pas unique au Nouveau-Brunswick. D'autres provinces possèdent une disposition analogue, sinon identique. Dans leur ouvrage intitulé *Construction Builders' and Mechanics' Liens in Canada*, 7<sup>e</sup> éd., vol. 2, feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 2005), les auteurs Bristow, Glaholt, Reynolds et Wise donnent l'explication suivante :

[TRADUCTION]

En Alberta, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, en Ontario et en Saskatchewan, si une partie à une convention d'arbitrage une action en justice relativement à un différend relevant de cette convention, le tribunal doit, sur réception d'une motion d'une autre partie à la convention d'arbitrage, suspendre la procédure. Ces provinces ont adopté la *Loi sur l'arbitrage* type proposée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Dans ces provinces où il existe des dispositions imposant une suspension, les tribunaux ordonnent la suspension des actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux malgré l'existence d'arguments voulant que les arbitrages risqueraient de provoquer une multiplicité de procédures, que les arbitrages seraient longs et complexes ou qu'il est peu probable qu'ils aboutiraient au règlement des différends. [Il faut noter que la décision invoquée à l'appui de cette dernière proposition est celle qui fait l'objet du présent appel.]

[P. 10-50, section 10.14.2]

[36] D'autres cours d'appel ont eu l'occasion d'examiner l'effet du par. 7(6) et leur raisonnement est convaincant. Dans l'arrêt *Huras c. Primerica Financial Services Ltd.*, [2000] O.J. No. 3772 (C.A.) (QL), une demanderesse a présenté un recours collectif

au nom de personnes qui avaient suivi un programme de formation sans être payées. Après avoir terminé le programme de formation, la demanderesse avait été engagée par Primerica et avait signé des contrats renfermant une clause d'arbitrage. Primerica a sollicité la suspension de l'action sur le fondement du par. 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, ch. 17, mais le juge saisi de la motion a rejeté cette demande au motif que la clause d'arbitrage était inapplicable pendant la période de formation. Primerica a interjeté appel. Invoquant le par. 7(6), la demanderesse a introduit une motion en annulation de l'appel. La motion a été rejetée. Au nom de la cour d'appel, le juge Finlayson a donné l'explication suivante :

[TRADUCTION]

La question est tranchée par les conclusions du juge saisi de la motion selon lesquelles la période couverte par l'action n'était pas régie par la convention fondamentale et la clause d'arbitrage qu'elle renfermait. Bien que le dossier n'indique pas clairement à quelle date la période de formation a commencé et quand la demanderesse a commencé à effectuer le travail visé par les trois contrats qu'elle avait signés, il s'agissait d'une question qui relevait du juge saisi de la motion.

L'article 7 régit la conduite d'une « partie à la convention d'arbitrage » (par. 1). Le paragraphe 2 habilite la cour à statuer sur la validité d'une clause d'arbitrage donnée. Il faut noter que dans la présente instance, le juge saisi de la motion a conclu, de manière incidente, que la clause en cause était [TRADUCTION] « abusive ». À moins que ces conclusions ne soient modifiées en appel, elles lient les parties et contrôlent la voie de recours dont dispose la partie mécontente : voir le juge Borins dans *TIT2 Limited Partnership c. Canada* (1994), 23 O.R. (3d) 66 (Div. gén.) aux p. 73-74 :

[TRADUCTION]

Il s'ensuit que lorsqu'elle est saisie d'une motion en suspension d'une action au motif que l'objet de cette action est couvert par une clause ou une convention d'arbitrage, la cour a nécessairement l'obligation, et est donc investie du pouvoir, d'interpréter la clause ou la convention d'arbitrage en cause. [...] Autrement dit, la cour doit

interpréter au préalable la clause dans le but de déterminer si l'action, pour reprendre le libellé du par. 8(1) [TRADUCTION] « est intentée dans une affaire qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage ». [...] C'est seulement après avoir interprété la convention d'arbitrage et déterminé que l'objet de l'action relève de cette convention que la cour peut statuer sur la demande de suspension.

D'autres décisions rendues au palier de la Division générale ont eu le même résultat. S'il n'y a pas de clause d'arbitrage, la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* ne s'applique pas ou, pour dire les choses autrement, le différend n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 7. Il en découle que si la cour a décidé que la *Loi* n'est pas applicable, alors l'interdiction d'interjeter appel prévue au par. 7(6) ne s'applique pas non plus : voir *Deluce Holdings Inc. c. Air Canada* (1992), 12 O.R. (3d) 131 (Div. gén.) et *Simmons c. London (City)*, [1997] O.J. No. 3073 (Div. gén.).

Par conséquent, l'appel n'est pas interdit par l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage* mais autorisé devant notre cour s'il s'agit d'une ordonnance définitive d'un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario : voir l'al. 6(1)b) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. [Par. 8-11]

[37] Après avoir déclaré la clause d'arbitrage inapplicable et invalide, le juge d'appel Finlayson conclut que la décision porte atteinte à un droit fondamental de Primerica et qu'il s'agit donc d'une ordonnance définitive, ce qui permet d'en interjeter appel sans autorisation. Sur ce point, *Huras* a été expressément suivi dans l'arrêt *Houston c. Exigen (Canada) Inc.* (2006), 299 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 113, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 53 (C.A.) (QL).

[38] Le raisonnement suivi dans *Huras* a été appliqué maintes et maintes fois en Ontario. Dans l'arrêt *Brown c. Murphy*, [2002] O.J. No. 1545 (C.A.) (QL), le juge d'appel Charron (tel était alors son titre) a expliqué qu'[TRADUCTION] « une décision du tribunal saisi d'une motion portant qu'une affaire ne devait pas être renvoyée à l'arbitrage en raison de la convention d'arbitrage échappait à la portée de l'art. 7 et [qu']il était possible d'interjeter appel de cette décision devant notre Cour » (par. 8). Dans *Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, [2010] O.J. No. 177 (QL), le juge d'appel

Sharpe, au nom des cinq magistrats, a invoqué l'arrêt *Huras* et d'autres décisions qui suivaient son raisonnement avant de statuer comme suit :

Le par. 7(6) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* prévoit que « [l]a décision du tribunal judiciaire n'est pas susceptible d'appel » lorsqu'il statue sur une demande de suspension présentée en vertu de l'article en question. Il est maintenant bien établi que cette disposition n'interdit pas de porter en appel une ordonnance refusant d'accorder une suspension au motif que l'affaire n'est pas soumise à l'arbitrage : *Huras c. Primerica Financial Services Ltd.* (2000), 137 O.A.C. 79 (C.A.); *Mantini c. Smith Lyons LLP* (2003), 64 O.R. (3d) 505 (C.A.); *Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.* (2009), 97 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Smith OCA 2008*. Étant donné que le juge saisi de la motion a conclu que l'affaire n'était pas soumise à l'arbitrage, sur le fondement de ces précédents, il s'ensuit que l'art. 7(6) n'interdit pas d'interjeter appel devant notre Cour.

[Par. 25]

[39] La Cour d'appel du Manitoba a également eu l'occasion de se pencher sur le par. 7(6) de la *Loi sur l'arbitrage*, c. A120 de la C.P.L.M., dont le texte est identique à celui du par. 7(6) des lois de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick. Dans l'arrêt *Hnatiuk et al. c. Court et al.*, 2010 MBCA 20, [2010] M.J. No. 52 (QL), aux par. 26 à 35, le juge d'appel Freedman, au nom de la Cour, a cité les termes que la juge d'appel Charron avait employés dans l'arrêt *Brown* et conclu qu'une intervention en appel était possible dans certains cas malgré la lecture à première vue du par. 7(6).

[40] Les précédents ontariens me portent à conclure, comme je l'ai dit plus haut, que si le juge saisi d'une motion suspend une procédure au motif que les conditions prévues au par. 7(1) sont réunies, il ne peut être interjeté appel de cette décision. De la même façon, si le juge saisi d'une motion conclut à l'existence d'au moins un des critères énoncés au par. 7(2) et refuse de ce fait de suspendre la procédure, cette décision ne peut être portée en appel. Dans le même ordre d'idées, si le juge saisi d'une motion prend une décision sous le régime du par. 7(5) de la *Loi*, il est impossible d'en interjeter appel. Par



contre, si le juge saisi d'une motion décide qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage applicable justifiant une suspension des procédures ou, pour dire les choses autrement, si le juge refuse de rendre une des décisions qu'il pourrait être appelé à rendre en application de l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage*, alors le par. 7(6) ne peut être invoqué avec succès pour interdire un appel.

[41] Dans la présente instance, le juge a conclu que les affaires en cause n'étaient pas soumises à l'arbitrage au motif que le par. 36.5 du contrat de sous-traitance excluait les différends auxquels les sous-sous-sous-traitants étaient parties. Il n'a cependant pas expliqué en quoi cette exclusion pourrait être pertinente à l'action dans laquelle Opron est la demanderesse. Néanmoins, la question de savoir s'il a eu raison ou non de rendre cette décision n'a plus aucune importance. En effet, de l'aveu même des parties devant notre Cour, le fait qu'il n'y a plus aucun fondement pour appliquer le par. 36.5 du contrat de sous-traitance indique clairement que la décision du juge est maintenant erronée. L'aveu des parties devrait être considéré comme une « nouvelle preuve » admise sur consentement, et c'est sur la base de cet aveu que je conclus que la décision du juge doit être annulée.

[42] Opron affirme que les affaires devraient être renvoyées devant le juge de la Cour du Banc de la Reine au motif qu'il n'a statué que sur l'application du par. 36.5 du contrat de sous-traitance et ne s'est jamais penché sur les autres arguments d'Opron. De plus, Opron a déposé sa propre motion dans laquelle elle a fait valoir que si les affaires dans lesquelles des demandes entre défendeurs ont été introduites devaient aller à l'arbitrage, les différends mettant en cause les sous-sous-traitants devraient également être suspendus afin d'être tranchés par voie d'arbitrage. Le juge a statué comme suit sur cette motion :

[TRADUCTION]

Opron avait fait valoir à titre subsidiaire que [si] SNC réussissait à obtenir une suspension contre eux, ou contre Opron, Opron devrait également obtenir une suspension des procédures engagées par ses sous-sous-traitants et ses sous-sous-sous-traitants. Il est superflu d'ajouter quoi que ce soit

sur la question puisque les motions de SNC ainsi que sa demande de suspension, de suspension des actions relatives à un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux, ces procédures ont échoué en raison du libellé du par. 36.5.

[43] Les pouvoirs de la Cour d'appel, qui sont énoncés dans la règle 62.21(7) des *Règles de procédure*, nous habilitent à annuler une décision portée en appel et à ordonner une nouvelle audience. À mon avis, la présente cause se prête bien à l'exercice de ce pouvoir. Lorsqu'il a adopté la *Loi sur l'arbitrage*, le législateur a conféré à la Cour du Banc de la Reine le pouvoir exclusif de déterminer si les conditions énoncés au par. 7(1) sont réunies et si une suspension devrait être refusée pour l'un des motifs énumérés au par. 7(2), et de rendre toute décision qui pourrait être nécessaire en vertu du par. 7(5). Le juge n'a pas statué sur ces questions, de la même façon qu'il n'a pas statué sur la motion même d'Opron dont il était saisi. J'arrive donc à la conclusion que la façon de trancher convenablement la présente instance serait d'accueillir l'appel, d'annuler les décisions du juge et d'ordonner une nouvelle audition de la motion et de la demande de suspension.

B. *Les demandes entre défendeurs*

[44] SNC fait valoir : (1) qu'*Atlantic Paving* appuie la proposition selon laquelle les demandes reconventionnelles ne sont pas autorisées dans des actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux et (2) qu'il en découle nécessairement que les demandes entre défendeurs ne devraient pas être permises. Comme je l'explique plus loin, il n'est pas nécessaire de traiter de ces arguments car des modifications apportées à la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* font que la décision qui a été rendue sur ce point dans *Atlantic Paving* n'est plus valide. J'ajouterais toutefois que je ne souscris pas à la thèse de SNC selon laquelle étant donné que l'introduction de demandes reconventionnelles n'aurait peut-être pas été autorisée, il en irait de même des demandes entre défendeurs.

[45] Les demandes entre défendeurs sont très différentes des demandes reconventionnelles. La règle 29.01 des *Règles de procédure*, qui régit les demandes entre défendeurs, prévoit que « [t]out défendeur peut introduire une demande entre défendeurs contre un codéfendeur qui lui est redevable ou qui est susceptible de le devenir a) pour la totalité ou pour une partie de la demande principale ou b) à l'égard de toute autre mesure de redressement reliée à l'objet de la demande principale » (je souligne). Par contre, la portée d'une demande reconventionnelle peut être beaucoup plus large. La règle 28.01(1) prévoit en effet que « [t]out défendeur peut, par reconvention, revendiquer tout droit ou former toute demande opposable au demandeur ». Une demande reconventionnelle ne se limite donc pas à l'objet de l'action principale.

[46] Je refuse d'accueillir ce motif d'appel parce que je ne crois pas que l'arrêt *Atlantic Paving* reflète convenablement l'état actuel du droit dans notre province. La *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* a fait l'objet d'importants changements depuis que l'affaire *Atlantic Paving* a été tranchée en 1955. Ces changements sont tels que la décision rendue relativement à la question des demandes reconventionnelles n'est plus applicable.

[47] Dans *Atlantic Paving*, il s'agissait d'une action relative à un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux visant des travaux de revêtement entrepris en 1953. Non seulement les défendeurs ont-ils opposé une défense, mais ils ont également tenté d'introduire une demande reconventionnelle contre la demanderesse pour (1) perte de possibilités d'affaires et de profits provoquée par le retard de la demanderesse dans l'achèvement des travaux; (2) préjudice et atteinte au crédit de la société défenderesse et (3) perte ou diminution de valeur de certains [TRADUCTION] « travaux de revêtement ». La demanderesse a fait valoir qu'il était impossible d'introduire une demande reconventionnelle dans le cadre d'une action intentée sous le régime de la *Mechanic's Lien Act*, R.S.N.B. 1952, ch. 142. Avec l'approbation du juge en chef Richards, le juge Michaud, juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, a statué comme suit :

[TRADUCTION]

Si j'en viens maintenant à la question du droit des défendeurs en cause dans une action sous le régime de la *Mechanics' Lien Act* d'introduire une demande reconventionnelle, bien que la question ne soit pas très clairement définie ou établie, je suis d'avis que même si les défendeurs sont peut-être en droit d'opposer une défense de compensation contre la demande formée par la demanderesse, leur droit ne s'étend pas à une demande reconventionnelle ou à ce qui équivaut à une demande entre défendeurs. [Par. 24]

[48] Pour tirer cette conclusion, le juge en chef Michaud a passé en revue les dispositions de la loi en question, notamment l'art. 35 qui prévoyait expressément que [TRADUCTION] « le défendeur peut produire ses moyens de défense en déposant à la cour un exposé de la défense » (par. 25), et observé qu'il [TRADUCTION] « n'est nulle part fait état d'un droit d'introduire une demande reconventionnelle ou une demande entre défendeurs » (par. 26). Il a également précisé que le privilège pouvait [TRADUCTION] « s'exercer par voie d'action intentée devant la cour de comté, [...] en vertu de la *Mechanics' Lien Act* qui ne rend pas applicable l'ensemble de la procédure de la *County Courts Act* » (par. 27), et il a conclu qu'[TRADUCTION] « une affaire ayant la nature d'une demande compensatoire, qui est une défense opposable à la revendication de la demanderesse découlant de l'objet du différend, pouvait être envisagée, mais pas une demande entre défendeurs ayant la nature d'une demande reconventionnelle » (par. 27). Les défendeurs n'ont donc pas été autorisés à présenter une revendication au titre d'une perte de possibilités d'affaires et de profits ou d'un préjudice et d'une atteinte au crédit de la société défenderesse, mais elles ont pu faire valoir leur revendication pour la perte ou la diminution de valeur car cette revendication était liée à l'objet de l'action en exercice de privilège et était [TRADUCTION] « bel et bien une question de défense ou de compensation » (par. 29). Le mal qu'*Atlantic Paving* voulait éviter était que des demandes n'ayant aucun lien avec l'objet du privilège viennent encombrer les actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux.

[49] À plusieurs reprises, l'arrêt *Atlantic Paving* a été appliqué à l'appui de la proposition voulant que, dans une action relative à un privilège de constructeur et de

fournisseur de matériaux, un défendeur puisse former une demande en compensation à condition qu'elle découle du même objet que le privilège, mais qu'il ne soit pas en droit d'introduire une demande reconventionnelle : *J.L. Simms & Sons, Limited c. Vigneron* (1955), 19 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 426, [1955] A.N.-B. n<sup>o</sup> 1 (C.B.R.) (QL), *Lanier Construction Ltée c. Noel and Noel* (1982), 44 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 513, [1982] A.N.-B. n<sup>o</sup> 413 (C.B.R.) (QL), *Entreprises Croussette Ltée c. St-Onge* (1983), 50 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 414, [1983] A.N.-B. n<sup>o</sup> 325 (C.B.R.) (QL), *Jenkins Insulators and Acoustics Ltd. c. Marteau* (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 297, [1985] A.N.-B. n<sup>o</sup> 64 (C.B.R.) (QL), *David T. Williams Ltd. c. Green*, [1990] A.N.-B. n<sup>o</sup> 955 (C.B.R.) (QL), *Jean c. Diamond* (1996), 180 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 313, [1996] A.N.-B. n<sup>o</sup> 357 (C.B.R.) (QL) et *AMEC Amériques c. AV Nackawic*, 2009 NBBR 42, 345 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201.

[50] Il découle de cette règle que si le montant de la demande en compensation est supérieur à celui de la revendication du demandeur, le défendeur ne sera pas en mesure de recouvrer la différence dans l'action relative au privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux et devra obligatoirement introduire une instance distincte. C'est ce qu'illustre l'affaire *Jean c. Diamond* dans laquelle le juge McIntyre a souligné que [TRADUCTION] « les dommages résultant du travail mal exécuté, en termes de coûts ou de dépenses engagés pour rectifier les travaux non conformes, sont effectivement des questions de défense ou de compensation et [ils] dépassent de beaucoup le montant de la retenue [qui était la valeur de la revendication du demandeur] » (par. 11). Il a observé que la demande reconventionnelle ne pouvait être examinée, et il a donc tout simplement rejeté la demande du demandeur.

[51] Dans *David T. William Ltd. c. Green*, le juge Dickson a souligné cette conséquence et déclaré que si, dans cette affaire, les dommages-intérêts réclamés dans la demande reconventionnelle avaient été supérieurs au montant auquel le demandeur avait droit dans le cadre de sa revendication, il n'aurait, [TRADUCTION] « compte tenu notamment de l'art. 43 actuel de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, [eu] aucune hésitation à accorder la différence dans le cadre d'un jugement en faveur [des] défendeur[s] ».

[52] Lorsque la décision dans l'affaire *Atlantic Paving* a été rendue en 1955, la *Mechanics' Lien Act* prévoyait l'adoption de [TRADUCTION] « la procédure ordinaire » de la Cour de comté, [TRADUCTION] « sauf lorsqu'elle est modifiée par les dispositions de la présente loi » (par. 32(1)). La *Mechanics' Lien Act* renfermait une procédure particulière pour déposer un exposé de la demande et un exposé de la défense. Il s'agissait d'une procédure qui, selon ce qu'a statué la Cour, [TRADUCTION] « modifiait » la procédure ordinaire de la Cour de comté. La procédure énoncée dans la *Loi* ne faisait aucunement mention de la possibilité d'introduire des demandes reconventionnelles ou des demandes entre défendeurs. Elle était ainsi libellée :

[TRADUCTION]

**33** Une action est intentée en déposant auprès de la cour un exposé de la revendication, attesté par un affidavit, renfermant un intitulé de la cour et de la cause et exposant les motifs et les détails de la revendication, et une copie de l'exposé de la revendication doit être remise au propriétaire ou à son représentant, cette remise pouvant s'effectuer à l'intérieur comme à l'extérieur de la province.

[...]

**35(1)** Dans les vingt jours de la signification de l'exposé de la revendication, le défendeur peut produire ses moyens de défense en déposant à la cour un exposé de la défense établissant le caractère de celle-ci, et en en signifiant une copie au demandeur ou à son avocat.

(2) Si le défendeur omet d'opposer une défense dans le délai fixé au paragraphe (1), il lui est interdit de contester la revendication du demandeur et son droit à un privilège à moins que le juge n'ordonne autrement, et le demandeur est alors en droit d'obtenir la signature d'un jugement interlocutoire contre le défendeur.

(3) Un défendeur en défaut peut, dans un cas approprié, sur ordonnance du juge, être autorisé à opposer une défense selon les modalités que le juge estime équitables.

[53] Dans la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6, cette procédure particulière applicable aux actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux a été conservée :

voir les art. 33 à 43. En 1979, la *Loi* a été modifiée par la *Loi visant à fusionner la Cour suprême et la Cour de comté du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1979, ch. 41, art. 77, et elle a de nouveau été modifiée en 1980 lorsque la Cour suprême est devenue la Cour du Banc de la Reine : L.N.-B. 1980, ch. 32, art. 20. Depuis 1980 jusqu'à aujourd'hui, l'article 33 de la *Loi* prévoit ce qui suit :

**33** A lien may be enforced by action in the court, according to the ordinary procedure of that court, except where the same is varied by this Act.

**33** Le privilège peut s'exercer par voie d'action intentée devant la cour, conformément à la procédure ordinaire de cette cour, sauf lorsqu'elle est modifiée par les dispositions de la présente loi.

[54] Depuis 1980, le terme « Cour » est défini comme étant « la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick » et depuis 1982, la procédure devant cette Cour est celle que prévoient les *Règles de procédure*, règlement 82-73 pris en vertu de la *Loi sur l'organisation judiciaire* et de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1. Jusqu'en 2002, toutefois, la procédure de dépôt des revendications et des exposés de la défense dans des actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux restait celle qui est énoncée dans la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*.

[55] En 1992, l'Assemblée législative a adopté la *Loi modifiant la Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.N.-B. 1992, ch. 84, qui abrogeait un certain nombre de dispositions, notamment les articles 34 à 37, qui exposaient la procédure à suivre pour déposer des revendications et des exposés de la défense. Le 28 mars 2002, les modifications de 1992 ont été promulguées pour entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002. Ces modifications avaient sans aucun doute pour objet, comme le précise le *Bulletin de la réforme du droit* du ministère de la Justice, « d'éliminer quelques dispositions obsolètes et de rendre cette procédure plus compatible avec les *Règles de procédure* » : Voir *Bulletin de la réforme du droit* du ministère de la Justice, n° 15, septembre 2001, et n° 16, avril 2002.

[56] Jusqu'à présent, seulement une cause éditée s'est penchée sur l'effet des modifications de 1992 sur la valeur de précédent de l'arrêt *Atlantic Paving*. Dans *AMEC Amériques*, le juge Russell était saisi d'une motion en radiation d'une demande reconventionnelle qu'une défenderesse avait introduite dans le cadre d'une action relative à un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux. Il a observé que même si [TRADUCTION] « on pourrait croire [en raison de l'abrogation de certaines dispositions de la *Loi*] que la procédure ordinaire autorise [maintenant] la présentation d'une demande reconventionnelle », « [l]a *Loi* est conçue pour [...] assurer des mesures réparatoires rapides à des personnes qui sont d'habitude des gens de métier » et une « demande reconventionnelle pouvant avoir trait à une question totalement différente de celle soulevée dans le cadre de la revendication de privilège pourrait compromettre l'objectif de la *Loi* en retardant interminablement l'action du demandeur ». Il a donc conclu que [TRADUCTION] « tant que le législateur n'autorisera pas expressément le dépôt d'une demande reconventionnelle – comme l'a fait le législateur de l'Ontario – la présentation d'une demande reconventionnelle ne devrait pas être autorisée dans le cadre d'une action en revendication d'un privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux » (par. 10).

[57] En toute déférence, je ne souscris pas à la thèse selon laquelle la valeur de précédent d'*Atlantic Paving* sur la question des demandes reconventionnelles a survécu aux modifications apportées en 1992. À mon avis, l'un des effets de la réforme de 1992 est d'autoriser l'introduction de demandes reconventionnelles dans le cadre d'actions relatives à un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux.

[58] L'article 33 de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* dispose que « [l]e privilège peut s'exercer par voie d'action intentée devant la cour, conformément à la procédure ordinaire de cette cour, sauf lorsqu'elle est modifiée par les dispositions de la présente loi ». Il n'existe désormais dans la *Loi* aucune disposition dont on puisse dire qu'elle modifie la procédure ordinaire de la Cour du Banc de la Reine. Lorsqu'il a abrogé certaines des dispositions de procédure de la *Loi*, le législateur a néanmoins conservé le par. 43(1) qui prévoit que « [l]ors du procès, le juge doit s'appliquer à régler toutes les questions qui y sont



soulevées, ou sur lesquelles il faut statuer afin de prononcer un jugement définitif sur l'action et, sous réserve de l'article 42, à régler les droits et obligations des personnes qui comparaissent devant lui ou qui ont reçu signification de l'avis du procès ». Il a également gardé le par. 43(2), qui impose au juge l'obligation de « juger l'action et de statuer sur toutes les affaires, questions et comptes qui s'y rapportent, et, sous réserve de l'article 42, régler les droits et obligations de toutes les parties à l'action ou qui ont reçu signification de l'avis du procès et effectuer le désintéressement nécessaire ». Cependant, le par. 61(2) a été abrogé. Il se lisait comme suit :

**61(2)** The object of this Act being to enforce liens at the least expense, the procedure shall be, as far as possible, of a summary character having regard to the amount and nature of the liens in question. [Emphasis added.]

**61(2)** Le but de la présente loi étant d'assurer l'exercice des privilèges avec le minimum de frais, la procédure doit être, autant que possible, d'un caractère sommaire, compte tenu du montant et de la nature des privilèges en question. [Je souligne.]

[59] Il me semble évident que l'intention qui sous-tendait les modifications de 1992 était de rendre la procédure énoncée dans les *Règles de procédure* applicable aux actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux afin que les juges suivent cette procédure pour s'acquitter du mandat que leur impose l'art. 43 de la *Loi*. Avec l'abrogation des dispositions dont il avait été conclu qu'elles modifiaient la « procédure ordinaire de la cour », il n'existe plus aucun obstacle d'origine législative à l'introduction d'une demande reconventionnelle ou d'une demande entre défendeurs dans une action relative à un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux. Toutefois, cela ne signifie aucunement que l'objet de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* change pour autant. Les modifications de 1992 reflètent simplement la réalité qu'il est possible de donner effet à l'objet de la *Loi* en respectant les paramètres de la procédure ordinaire énoncée dans les *Règles de procédure*. Après tout, l'objet de la *Loi* n'est guère différent de celui qui est précisé dans les *Règles* : « assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » (règle 1.03(2)).

[60] La « procédure ordinaire » de la Cour du Banc de la Reine, qui est énoncée dans les *Règles de procédure*, autorise les demandes reconventionnelles, les demandes entre défendeurs et les mises en cause. Cependant, cela ne signifie pas que les tribunaux sont prêts à accepter que de telles demandes aient pour effet de contrecarrer l'objet de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* ou le droit dont jouit tout revendicateur de privilège d'obtenir justice de façon expéditive et peu coûteuse. Les *Règles* donnent aux juges les armes voulues pour gérer convenablement les causes afin de veiller à ce que l'objet de la *Loi* soit réalisé. Dans chacune des règles qui régissent les demandes reconventionnelles, les demandes entre défendeurs et les mises en cause, il existe une disposition habilitant le juge à ordonner que ces procédures soient instruites séparément de la demande principale : les règles 28.06, 29.08 et 30.09(1). De plus, les règles 28, 29 et 30 sont très souples. Ainsi, dans le cas d'une demande reconventionnelle, la cour peut ordonner la tenue de procès distincts ou même radier la demande reconventionnelle sans toutefois empêcher le défendeur de former la même demande dans une action distincte « si elle estime qu'une demande reconventionnelle compliquera ou retardera indûment l'instruction de la demande principale ou causera un préjudice indu à une partie » (règle 28.07(1)). S'agissant d'une demande entre défendeurs ou une mise en cause, la cour peut prescrire par directive que la demande entre défendeurs se poursuive comme une action distincte. Pareilles mesures ne doivent cependant causer aucune injustice aux autres parties (règles 29.10 et 30.11).

[61] Dans leur ouvrage intitulé *Construction Builders' and Mechanics' Liens in Canada*, les éminents auteurs expliquent que dans certaines provinces, les lois prévoient expressément la possibilité d'introduire des demandes compensatoires et des demandes reconventionnelles, tandis que dans d'autres, des dispositions analogues à notre art. 43 [TRADUCTION] « sembleraient inclure le pouvoir de statuer sur une demande compensatoire et une demande reconventionnelle » (p. 10-31, section 10.11). Apparemment, le Nouveau-Brunswick était la seule province dans laquelle un défendeur n'avait pas le droit d'introduire une demande reconventionnelle dans une action relative à un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux. Je suis d'avis que les

modifications de 1992 avaient pour but de remédier à cet état de fait et à introduire plus de souplesse dans ces types d'actions. Les modifications reconnaissent simplement que les *Règles de procédure* sont suffisamment souples pour permettre aux juges de prendre les mesures nécessaires pour réaliser l'objet de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* et pour s'acquitter des fonctions que leur confère l'art. 43.

[62] Les éminents auteurs indiquent également que quatre provinces autorisent expressément les mises en cause dans des actions relatives à des privilèges (p. 10-36, section 10.12). En Ontario, par exemple, la cour peut autoriser une mise en cause et il est prévu que l'autorisation ne peut être accordée que si [TRADUCTION] « le tribunal est convaincu que l'instruction de la mise en cause n'aura pas pour effet de retarder ou d'entraver le règlement de l'action sur le privilège » (p. 10-37, section 10.12). Les modifications apportées en 1992 à la *Loi* du Nouveau-Brunswick ont pour effet de permettre les mises en cause et de laisser au juge le soin de déterminer au besoin s'il doit accorder un redressement pour garantir que la demande formée contre une tierce partie ne portera pas indûment atteinte au demandeur et ne retardera pas inutilement l'instruction de sa revendication.

[63] À mon avis, les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux* visaient à remédier à des situations dans lesquelles une interprétation étroite d'*Atlantic Paving* aurait pu entraîner une injustice et une multiplication des procédures. Comme je l'ai déjà souligné, c'était le cas dans *Jean c. Diamond*, une cause dans laquelle la cour a conclu que les dommages subis par les défendeurs seraient très supérieurs au montant de la revendication du demandeur, mais que tout ce que le juge pouvait faire, c'était accorder une compensation. Dans *David T. Williams Ltd. c. Green*, le juge Dickson s'est dit disposé à s'écarter d'une interprétation aussi étroite d'*Atlantic Paving* et, deux ans plus tard, l'Assemblée législative a adopté la *Loi modifiant la Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*. Le message est clair : permettre à la souplesse des *Règles de procédure* de régir ces types d'actions.

[64] En résumé, depuis le 1<sup>er</sup> juin 2002, *Atlantic Paving* ne fait plus jurisprudence pour interdire l'introduction de demandes reconventionnelles dans des actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux. Les demandes reconventionnelles, les demandes entre défendeurs et les mises en cause sont régies par les *Règles de procédure* qui, en vertu de l'art. 33 de la *Loi*, s'appliquent aux actions relatives à des privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux. Ces règles renferment toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que les juges s'interposent pour empêcher des parties sans scrupules de tenter de faire échec à l'objet de la *Loi* en introduisant des revendications qui n'ont aucun lien avec l'action principale ou qui pourraient en retarder ou entraver indûment le règlement.

[65] Pour ces motifs, je rejetterais ce moyen d'appel. À mon avis, c'est à bon droit que le juge saisi de la requête a conclu que le par. 43(1) l'habilite à « régler toutes les questions qui [...] sont soulevées » dans l'action et que cette disposition lui permettait de se saisir d'une demande entre défendeurs. La question de savoir s'il est possible de dire que la seule demande entre défendeurs restante exige que la cour ordonne qu'elle soit instruite séparément est une question qui ne semble pas avoir été soumise à la cour et sur laquelle je ne me prononce donc pas.

#### VI. Dispositif

[66] J'accueillerais les appels, j'annulerais les décisions de la Cour du Banc de la Reine refusant de suspendre l'action et la demande entre défendeurs introduites par Opron et j'ordonnerais la tenue d'une nouvelle audition tant de la motion que de la requête. Je condamnerais Opron à verser à SNC des dépens de 2 500 \$ payables en une seule masse.