
Référence : *Commission des services financiers et des services aux consommateurs c. McKellar et autre*, 2021 NBFCST 3

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK
TRIBUNAL DES SERVICES FINANCIERS ET DES SERVICES AUX CONSOMMATEURS
VU LA *LOI SUR LES AGENTS IMMOBILIERS*, L.R.N.-B. 2011, ch. 215, LA *LOI SUR LES COURTIERS EN HYPOTHÈQUES*, L.N.-B. 2014, ch. 41, ET LA *LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES*, L.N.-B. 2004, ch. S-5.5

Dossier : MS-001-2021

ENTRE

Commission des services financiers et des services aux consommateurs,

requérante,

– et –

John Albert McKellar et 668054 N.B. LTD.,

intimés.

DÉCISION

RESTRICTION À LA PUBLICATION : La présente ordonnance protège l'anonymat, en conformité avec la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, L.N.-B. 2009, ch. R-10.6.

COMITÉ : Lucie LaBoissonnière, membre du Tribunal.

DATE DE L'AUDIENCE : le 27 mai 2021.

MOTIFS ÉCRITS : le 14 juin 2021.

COMPARUTIONS : Mark McElman, pour la Commission des services financiers et des services aux consommateurs;
John Albert McKellar, en son propre nom;
personne n'a comparu pour la 668054 N.B. LTD.

[TRADUCTION]

I. DÉCISION

1. La demande de la Commission des services financiers et des services aux consommateurs (la Commission) visant à changer la forme de l'audience est rejetée.

II. APERÇU

2. La Commission a déposé la présente motion dans laquelle elle demande que le Tribunal change la forme de l'audience de la présente instance de mise en application de la loi de la forme habituelle à une audience orale avec la production de preuve par *Affidavit* parce que les intimés ont omis de déposer une *Défense* dans le délai prescrit. Dans le cadre de la présente motion, la Commission soutient également que les droits de participation des intimés à la présente instance devraient être réduits compte tenu de leur omission de déposer une *Défense*. Il s'agit de la première fois depuis l'adoption de ses *Règles de procédure* en 2018 que le Tribunal est appelé à se prononcer sur un changement de forme d'audience dans le cadre d'une instance de mise en application de la loi.
3. John McKellar a comparu à l'audition de la motion et se représente lui-même dans la présente instance. Un représentant de la 668054 N.B. LTD. n'a pas comparu à l'audition de la motion et il se peut qu'il y ait un problème avec la signification de l'*Exposé des allégations* à cette intimée, problème qui sera examiné lors de l'éventuelle audience sur le fond.

III. QUESTIONS EN LITIGE

4. Les questions qui sont soulevées dans la présente motion sont les suivantes :
 - a) Quels sont les droits de participation des intimés aux audiences sur le fond et sur les sanctions compte tenu de leur omission de déposer une *Défense*?
 - b) La forme des audiences sur le fond et sur les sanctions devrait-elle être changée afin que soit tenue une audience orale avec production de preuve par *Affidavit*?

IV. ANALYSE

A. DROITS DE PARTICIPATION DES INTIMÉS

5. La Commission soutient que l'omission des intimés de déposer une *Défense* les empêche de produire quelque preuve que ce soit aux audiences sur le fond et sur les sanctions, que celles-ci se déroulent sous forme d'audiences orales avec témoignages de vive voix ou sous forme d'audiences orales avec production de preuve par *Affidavit*. La Commission demande au Tribunal de traiter les intimés comme s'ils avaient été constatés en défaut, comme peut le faire un demandeur sous le régime de la règle 21 des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick lorsqu'un défendeur omet de déposer une défense dans le délai prescrit. La Commission soutient que l'omission de déposer une *Défense* devrait entraîner un processus qui est moins favorable aux intimés et que, dans ces circonstances, aucune injustice ne découle du fait d'interdire aux intimés de présenter de la preuve à l'audience. La Commission soutient

également qu'elle subirait un préjudice si l'on accordait aux intimés des pleins droits de participation à l'audience; elle a soutenu à l'audition de la motion qu'elle ne saurait pas ce qu'elle devrait prouver à l'audience si l'on accordait aux intimés des pleins droits de participation. Selon la Commission, cela équivaldrait à un procès par embuscade.

6. Je ne peux pas retenir la thèse de la Commission. Ni la législation en matière de services financiers et de services aux consommateurs ni les *Règles de procédure* du Tribunal n'accordent au Tribunal le pouvoir de constater en défaut un intimé ou encore de réduire ses droits de participation lorsqu'il omet de déposer une *Défense*. De plus, la règle 21 des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick ne s'applique pas aux instances introduites auprès de tribunaux administratifs et, par conséquent, ne fournit aucune orientation dans le cadre de la présente motion.
7. M. McKellar a précisé lors de l'audition de la motion qu'il n'avait pas déposé une *Défense* parce qu'il n'avait pas l'argent nécessaire pour retenir les services d'un avocat. En examinant la *Défense* (formule 5), je juge qu'il s'agit effectivement d'un document assez formel qui peut être difficile à naviguer pour des plaideurs qui se représentent eux-mêmes. Lorsqu'il remplit une *Défense*, l'intimé doit fournir les renseignements suivants :
 - les faits de l'*Exposé des allégations* qu'il admet ou qu'il ne [conteste] pas;
 - les faits de l'*Exposé des allégations* qu'il nie;
 - les faits de l'*Exposé des allégations* dont il n'a aucune connaissance;
 - sa version des faits;
 - les faits additionnels sur lesquels il se fonde pour contester les allégations ou les peines demandées dans l'*Exposé des allégations*.
8. La Commission n'a pas démontré qu'elle subit un préjudice lorsque l'intimé ne dépose pas une *Défense*. L'argument de la Commission selon lequel elle ne saura pas ce qu'elle doit prouver à l'audience si les intimés y participent et qu'ils n'ont pas déposé une *Défense* est sans fondement. Que les intimés déposent ou non une *Défense*, il incombe à la Commission de prouver ses allégations contre les intimés selon la prépondérance des probabilités.
9. J'estime également que l'argument de la Commission selon lequel le fait de permettre à un intimé qui n'a pas déposé une *Défense* de participer à l'audience, en présentant de la preuve et des arguments, équivaldrait à un procès par embuscade est sans fondement. Les *Règles de procédure* du Tribunal prévoient des procédures qui permettent à la Commission de connaître la position de l'intimé avant l'audience :
 - L'intimé doit remettre une copie des documents qu'il a l'intention d'introduire en preuve à l'audience (règle 10.3). L'intimé qui omet de remettre un document perd le droit d'y faire référence ou de le présenter en preuve à l'audience sans la permission du Tribunal, laquelle peut être assortie de conditions que le Tribunal juge justes (règle 10.5);

- L'intimé doit fournir une liste de tous les témoins qu'il a l'intention d'appeler à l'audience et fournir une description du témoignage prévu de chacun d'eux (règle 10.2). L'intimé qui omet d'inclure un témoin dans sa liste de témoins ou de fournir un résumé du témoignage prévu d'un témoin ne peut appeler cette personne à témoigner sans la permission du Tribunal, laquelle peut être assortie de conditions que le Tribunal juge justes (règle 10.5);
 - L'intimé qui entend faire témoigner un témoin expert doit informer la Commission de son intention et préciser la question sur laquelle l'expert témoignera. L'intimé doit aussi remettre à la Commission une copie du rapport d'expert (règle 10.6). Encore une fois, l'intimé qui omet de se conformer à cette exigence ne peut appeler l'expert à témoigner, faire référence au rapport d'expert ni le présenter en preuve à l'audience sans la permission du Tribunal, laquelle peut être assortie de conditions que le Tribunal juge justes (règle 10.7);
 - L'intimé doit remettre un *Exposé de position* dans lequel il présente ses arguments juridiques relatifs à l'audience.
10. Bien que cette question n'ait pas été débattue par les parties, je souligne que d'autres autorités provinciales en matière de valeurs mobilières au Canada n'exigent pas que l'intimé dépose une défense. Un examen rapide permet de constater que c'est le cas en Ontario et en Colombie-Britannique.
11. Comme nous le verrons plus loin dans mes motifs, dans les instances de mise en application de la loi, le Tribunal est tenu de faire preuve d'un degré élevé d'équité procédurale à l'endroit des parties. À mon avis, réduire les droits de participation des intimés parce qu'ils ont omis de déposer une *Défense*, en l'absence d'un pouvoir explicite de le faire, ne répond pas au degré élevé d'équité procédurale requis dans la présente instance.

B. CHANGEMENT DE FORME D'AUDIENCE

12. L'audience dans le cadre d'une instance de mise en application de la loi se déroule habituellement sous forme d'audience orale, la preuve étant produite au moyen de témoignages et de documents et pièces présentés en preuve. Il y a interrogatoire principal, contre-interrogatoire et réinterrogatoire des témoins. Les parties peuvent aussi participer aux débats. Bref, l'audience ressemble à un procès devant une cour.

1. Fardeau

13. La Commission soutient que l'omission des intimés de déposer une *Défense* dans le délai prescrit ou à tout autre moment au cours de la présente instance de mise en application de la loi inverse le fardeau de prouver que la forme d'audience devrait être changée. Selon la Commission, dans ces circonstances, il revient aux intimés de prouver qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la tenue de l'audience de forme différente qu'elle sollicite, soit une audience orale avec production de preuve par *Affidavit*.

14. Cet argument est sans fondement. Les *Règles de procédure* imposent manifestement à la partie qui demande le changement de forme d'audience le fardeau de convaincre le Tribunal qu'il y a lieu d'ordonner ce changement. La règle 7.10, qui s'applique précisément aux instances de mise en application de la loi, impose manifestement à la Commission le fardeau de demander le changement de forme de l'audience :

7.10 L'audience

Application de la partie 13

- (1) La partie 13 régissant les audiences s'applique aux instances de mise en application de la loi.

Demande d'audience de forme différente à défaut du dépôt d'une Défense

- (2) En cas d'omission d'un intimé de déposer une *Défense* dans le délai prescrit dans les *Règles*, la Commission peut demander que l'audience devienne une combinaison d'audience orale et écrite conformément à la partie 13, les preuves étant produites par *Affidavit* (formule 10).

15. On fait référence à la partie 13 dans la règle 7.10. La partie 13 impose aussi clairement le fardeau à la partie qui demande le changement de forme d'audience :

13.2 Forme de l'audience

[...]

Forme habituelle de l'audience

- (2) Sous réserve de la règle 13.2(2) ou sauf directive ou ordonnance contraires du Tribunal, la forme habituelle d'une audience est l'audience orale.

[...]

Demander un changement de forme

- (4) Une partie peut demander que la forme de l'audience soit changée, en déposant une motion en conformité avec la partie 9.

16. Puisque la Commission n'a présenté aucune jurisprudence à l'appui de l'inversion du fardeau, je conclus qu'il lui incombe de prouver que le critère pour changer la forme d'audience est rempli.

2. Analyse fondée sur la règle 13.2(5) des *Règles de procédure*

17. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime que changer la forme de l'audience à une audience avec production de preuve par *Affidavit* risquerait de causer un préjudice important à M. McKellar. Par

conséquent, je refuse de changer la forme de l'audience et l'audience se déroulera dans sa forme habituelle, soit une audience orale avec témoignages et présentation en preuve de documents et pièces.

18. J'en arrive à mon analyse fondée sur la règle 13.2(5), qui prévoit les critères dont je dois tenir compte pour décider s'il y a lieu de changer la forme de l'audience. Cette règle dispose que je dois déterminer si changer la forme d'audience « risque de causer un préjudice important à l'une des parties ». Le critère et les facteurs à considérer sont les suivants :

13.2 Forme de l'audience

[...]

(5) Avant de changer la forme d'audience, le Tribunal doit se demander si une forme d'audience autre que l'audience orale risquerait de causer un préjudice important à l'une des parties et peut tenir compte de tout facteur pertinent, tels :

- a) l'objet de l'audience;
- b) la nature de la preuve, s'agissant de savoir notamment si la crédibilité est en jeu et dans quelle mesure les faits sont contestés;
- c) dans quelle mesure les questions en litige sont des questions de droit;
- d) les convenances des parties;
- e) le coût, l'efficacité et la rapidité de l'instance;
- f) la prévention de longueurs ou de retards inutiles;
- g) l'accès à un processus équitable et simple;
- h) la participation ou l'accès du public au processus suivi par le Tribunal;
- i) tout autre facteur pertinent par rapport à l'accomplissement du mandat légal du Tribunal.

19. Je souligne que M. McKellar ne s'est pas prononcé à l'égard du critère ou des facteurs prévus dans cette règle. La Commission soutient que la prépondérance des inconvénients milite en faveur d'une audience de forme différente.

a) L'objet de l'audience

20. La Commission soutient que l'objet de l'audience est le suivant :

- John McKellar a-t-il agi à titre d'agent immobilier et de courtier en hypothèques sans détenir les permis d'exercice nécessaires?
- John McKellar a-t-il fait preuve d'inconduite en agissant à titre d'agent immobilier ou de courtier en hypothèques ne détenant pas de permis d'exercice?
- John McKellar et la 668054 N.B. Ltd. ont-ils émis des valeurs mobilières au Nouveau-Brunswick en contravention du droit des valeurs mobilières du Nouveau-Brunswick?

- Y-a-t-il lieu d'ordonner des pénalités ou des sanctions contre les intimés?

21. À mon avis, il faut tenir compte de l'objet de l'audience dans un contexte plus large. La présente instance de mise en application de la loi est de nature quasi judiciaire et semblable à une instance disciplinaire. Les instances de mise en application de la loi peuvent avoir de graves conséquences pour les intimés. Après examen de l'*Exposé des allégations* déposé par la Commission en l'espèce, je constate qu'elle sollicite une panoplie de sanctions contre les intimés, telles que des interdictions d'effectuer des activités réglementées dans les secteurs de l'immobilier, du courtage hypothécaire et des valeurs mobilières, la restitution de toutes les sommes obtenues par les intimés par suite de leur défaut de se conformer à la législation et le paiement de pénalités administratives.
22. J'ai déjà conclu que le Tribunal n'a pas le pouvoir de réduire les droits de participation des intimés du fait qu'ils ont omis de déposer une *Défense*. J'ajoute que bon nombre de tribunaux ont reconnu qu'un degré élevé d'équité procédurale est requis dans le cadre d'instances à caractère disciplinaire [*Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B.*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Sherwood c. New Brunswick*, [1985] A.N.-B. n° 268; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653].
23. À mon avis, ce degré élevé d'équité procédurale signifie que les instances de mise en application de la loi devraient se dérouler de manière similaire à un procès devant une cour, avec la présentation de pièces, des témoignages et la présentation d'arguments juridiques [*Crandall c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières*, 2019 NBFCS 7]. Je ne peux pas accepter que l'omission d'un intimé de déposer une *Défense* entraîne automatiquement une diminution du degré d'équité procédurale requis dans les instances de mise en application.
24. Ce facteur milite clairement en faveur du maintien de la forme habituelle d'audience. J'ajouterais que, sauf dans des situations exceptionnelles, la forme d'audience dans une instance de mise en application de la loi devrait toujours être une audience orale complète avec témoignages de vive voix afin de garantir que l'obligation en matière d'équité procédurale soit remplie.

b) La nature de la preuve

25. La Commission soutient que la preuve en l'espèce se prête à une audience avec production de preuve par *Affidavit*. Elle soutient que la crédibilité n'est pas en jeu puisque la preuve des allégations peut se résumer, essentiellement, à un examen de la preuve documentaire.
26. Même s'il appert que la preuve documentaire jouera un rôle important à l'audience, je ne suis pas d'avis que la crédibilité n'est pas en jeu. Le paragraphe 7 de l'*Affidavit* de Mike Guitar soulève une question de crédibilité entre la déclaration de M. McKellar pendant son entrevue et la preuve documentaire :

[TRADUCTION]

Pendant l'entrevue, M. McKellar a essentiellement soutenu que R.P., le propriétaire de la propriété M, s'était adressé à lui pour qu'il aide à la rénovation de la propriété H, afin que la propriétaire, M^{me} P., soit en mesure de vendre la propriété

et conclure l'achat de la propriété M. Il a expliqué qu'il avait joué un rôle dans la documentation des transactions pour rendre service à R.P. Toutefois, cette thèse est directement contredite par d'autres documents.

27. À mon avis, les paragraphes 11, 18, 21 et 22 de l'*Affidavit de Mike Guitar* soulèvent aussi des questions de crédibilité.

c) Les questions de droit

28. La Commission soutient qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où l'on s'attendrait à ce qu'il y ait une contestation importante des questions de droit; les allégations qu'avance la Commission reposent en grande partie sur les faits de l'affaire.
29. À mon avis, ce facteur penchera en faveur d'une audience de forme différente lorsque les questions en litige sont majoritairement des questions de droit qui peuvent être traitées par argumentation écrite ou orale. Compte tenu de l'assertion de la Commission selon laquelle l'instance en l'espèce repose sur les faits, j'estime que ce facteur penche en faveur d'une audience orale.

d) La convenance des parties

30. La Commission soutient qu'il est difficile d'évaluer les questions de prépondérance des inconvénients lorsque les intimés ont omis de déposer une *Défense* et qu'on ne sait pas jusqu'à quel point ils prévoient participer à l'audience éventuelle. La Commission ajoute que, compte tenu de la pandémie actuelle de la COVID-19, le facteur de convenance penche en faveur d'une audience de forme différente.
31. Je souligne que tant la Commission que les intimés sont dans la région de Saint John. La forme d'audience sollicitée par la Commission est une audience orale avec preuve produite par *Affidavit*. Par conséquent, peu importe que l'audience se déroule dans sa forme habituelle ou dans la forme sollicitée par la Commission, les parties comparaitront devant le Tribunal, soit en personne soit virtuellement, selon les restrictions sanitaires relatives à la pandémie de la COVID-19. Je n'estime pas que ce facteur soit déterminant pour ce qui a trait à la demande de changement de forme d'audience.

e) Autres facteurs

32. La Commission soutient que les autres facteurs énoncés à la règle 13.2(5) ne sont pas particulièrement pertinents quant aux faits de l'espèce. Je conviens que les facteurs e), f) et h) ne sont pas particulièrement utiles pour trancher la présente motion. Toutefois, le facteur g) – l'accès à un processus équitable et simple – est très pertinent.
33. M. McKellar se représente lui-même. À mon avis, la rédaction d'*Affidavits* en vue d'une audience sur le fond et sur les sanctions dans le cadre d'une instance de mise en application de la loi est un exercice complexe pour quiconque ne possède pas de formation juridique. Les *Affidavits* doivent être conformes à la règle 9.6(3) des *Règles de procédure* et s'en tenir aux faits que l'auteur de l'*Affidavit* connaît personnellement et à ceux que l'auteur de l'*Affidavit* a appris ou qu'il croit être vrais, pourvu

que l'auteur de l'*Affidavit* y indique les sources de ses renseignements et de sa conviction. Les *Affidavits* doivent se limiter aux faits et ne doivent pas contenir d'arguments. Ils ne doivent pas non plus contenir de témoignage d'opinion inadmissible. Les *Affidavits* doivent être préparés pour chaque personne qui aurait témoigné à l'audience. Ces *Affidavits* devraient fournir de la preuve sur les allégations contenues dans l'*Exposé des allégations* de la Commission, y compris les éléments de ces allégations. À mon avis, très peu de plaideurs qui se représentent eux-mêmes seraient capables de préparer des *Affidavits* appropriés et admissibles en vue de leur usage dans une instance de mise en application de la loi.

34. J'ai considéré l'énoncé qu'a fait M. McKellar à l'audition de la présente motion, dans lequel il indiquait qu'il ne s'oppose pas à ce que la preuve soit produite par *Affidavit* à l'audience sur le fond et sur les sanctions. Toutefois, cela ne permet pas de trancher la question. Le Tribunal doit considérer la demande de la Commission compte tenu des facteurs énoncés dans les *Règles de procédure*.
35. Je conclus que le recours au dépôt de la preuve par *Affidavit* lorsqu'on a affaire à un plaideur qui se représente lui-même et qui prévoit participer à l'audience n'assurerait pas un processus équitable et véritable; cela réduirait la participation véritable du plaideur. Procéder dans la forme habituelle avec les témoignages est davantage susceptible d'assurer l'accès à un processus équitable et simple à M. McKellar et aux intimés qui se représentent eux-mêmes en général. Il est beaucoup plus facile pour les intimés de témoigner à l'audience et de « raconter leur histoire ». Ils peuvent aussi poser des questions aux témoins lors de l'interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire.

V. CONCLUSION

36. La motion de la Commission est rejetée. L'audience se déroulera dans la forme habituelle.

FAIT le 14 juin 2021.

Lucie LaBoissonnière

Lucie LaBoissonnière