

Re Malic

AFFAIRE INTÉRESSANT :

**Les Règles de l'Organisme canadien de réglementation du commerce
des valeurs mobilières**

et

Gordon Albert Malic

2020 OCRCVM 37

Formation d'instruction de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières
(section de l'Alberta)

Audience tenue le 6 octobre 2020 (par vidéoconférence)

Décision rendue le 6 octobre 2020

Motifs de la décision publiés le 16 octobre 2020

Formation d'instruction

Eric Spink, c.r.

Comparutions

Tayen Godfrey, pour le personnel de l'OCRCVM

Jeremy L. Taylor, pour Gordon Albert Malic

Donald J. McGarvey, c.r., pour HW

MOTIFS DE LA DÉCISION SUR REQUÊTE

L'introduction

¶ 1 La requête a été entendue par vidéoconférence le 6 octobre 2020. J'ai rendu ma décision sur la requête durant l'audience et indiqué que les motifs écrits allaient suivre. Mes motifs sont énoncés ci-dessous.

Le contexte

¶ 2 M. Malic est l'intimé visé par la présente procédure (la procédure de l'OCRCVM). Il fait également l'objet d'une poursuite civile intentée par HW (la procédure devant la Cour du Banc de la Reine). HW est un ancien client de M. Malic et le plaignant dans la procédure de l'OCRCVM. Les deux procédures découlent des mêmes événements.

¶ 3 Conformément à l'exigence de communication énoncée au paragraphe 8417(1) des Règles de l'OCRCVM, le personnel de l'OCRCVM a fourni à M. Malic certains documents qui font l'objet de la requête. Les documents ont été joints comme pièces A et B à la déclaration sous serment de M. Malic datée du 3 septembre 2020 et déposée à l'appui de la requête. La pièce A est une copie de la lettre de plainte adressée à l'OCRCVM par l'avocat de HW, et la pièce B est une copie de la transcription de l'entrevue de HW avec le

personnel de l'OCRCVM. Ensemble, ces documents comprennent des renseignements que je désignerai parfois comme les « renseignements de l'OCRCVM ».

¶ 4 M. Malic a présenté la requête pour demander la permission à la formation d'instruction, en vertu du paragraphe 8420(6) des Règles de l'OCRCVM, d'utiliser les renseignements de l'OCRCVM pour soumettre une demande dans le cadre de la procédure devant la Cour du Banc de la Reine (la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine). Comme l'avocat de M. Malic l'explique, cette demande vise à obtenir une [traduction] « dispense limitée » de l'exigence de confidentialité imposée à M. Malic par l'article 5.33 des Règles de procédure de l'Alberta, de sorte que l'avocat de M. Malic puisse utiliser la transcription de l'interrogatoire de HW réalisé dans le cadre de la procédure devant la Cour du Banc de la Reine pour défendre M. Malic dans le cadre de la procédure de l'OCRCVM, y compris pour [traduction] « attaquer la crédibilité de HW et pour toute autre raison ». Bref, M. Malic veut utiliser les renseignements de l'OCRCVM pour demander à la Cour du Banc de la Reine s'il peut utiliser, aux fins de la procédure de l'OCRCVM, la transcription de l'interrogatoire de HW réalisé dans le cadre de la procédure devant la Cour du Banc de la Reine.

¶ 5 Les parties pertinentes de l'article 8420 des Règles de l'OCRCVM sont reproduites ci-dessous :

8420. Présomption d'engagement

(1) Dans le présent article, « renseignements » désigne la preuve et les renseignements obtenus d'une partie qui doivent être communiqués conformément aux articles 8416, 8417, 8418 et 8419 avant l'audience sur le fond, notamment la preuve ou les renseignements communiqués ou fournis au cours de la conférence préparatoire à l'audience, ainsi que tout renseignement tiré d'une telle preuve ou d'un tel renseignement. [...]

(3) La partie et son avocat ou mandataire sont réputés s'engager à ne pas communiquer ni utiliser les renseignements à d'autres fins que celles de la procédure au cours de laquelle les renseignements ont été obtenus sans le consentement de la partie qui a communiqué ou fourni les renseignements ou les renseignements desquels ont été tirés les renseignements obtenus. ...

(5) Malgré le paragraphe 8420(3), les renseignements peuvent être utilisés pour attaquer la crédibilité d'un témoin dans une autre procédure.

(6) Une formation d'instruction peut autoriser l'utilisation des renseignements visés par le présent article à d'autres fins que celles de la procédure au cours de laquelle ils ont été communiqués ou fournis si elle estime que l'intérêt public l'emporte sur tout préjudice que pourrait subir la partie qui a communiqué les renseignements ou la personne de laquelle la partie les a obtenus, sous réserve des conditions que la formation d'instruction estime équitables.

Le droit de comparaître de HW dans le cadre de la requête

¶ 6 HW n'est pas partie à la procédure de l'OCRCVM. Au tout début de l'audience, l'avocat de HW a demandé le droit de comparaître pour présenter des observations sur cette requête uniquement. Comme toutes les parties s'accordaient pour reconnaître que la requête exigerait que la formation d'instruction évalue tout préjudice subi par HW, j'ai accordé à HW le droit de comparaître afin de présenter des observations sur cette requête uniquement.

La contestation de la preuve

¶ 7 Le personnel de l'OCRCVM s'est opposé à l'admission en preuve, dans cette requête, des pièces A et B jointes à la déclaration sous serment de M. Malic.

¶ 8 L'avocat du personnel de l'OCRCVM a soutenu que l'admission de la transcription intégrale (pièce B) serait injuste pour les raisons énoncées dans la décision *Re Hoang* 2012 OCRCVM 60. Néanmoins, à mon avis,

on peut distinguer cette affaire de l'espèce. La décision *Re Hoang* porte sur une demande de produire des transcriptions intégrales comme éléments de preuve lors d'une audience sur le fond, en remplacement d'interrogatoires de témoins en personne, et comme preuve des points particuliers décrits dans les transcriptions. Dans la requête en l'espèce, la transcription est incluse à des fins plus limitées et raisonnables : premièrement, pour déterminer précisément les renseignements de l'OCRCVM qui font l'objet de la requête (en l'espèce, ou advenant un appel); deuxièmement, pour démontrer que les deux procédures concernent les mêmes parties et les mêmes questions (un fait concédé par l'avocat du personnel de l'OCRCVM et qui n'a pas été contesté sérieusement par l'avocat de HW). La requête ne porte pas sur les détails de la transcription, simplement sur le fait qu'elle existe et qu'elle concerne les mêmes parties et questions. Par conséquent, j'ai conclu que, contrairement à la décision *Re Hoang*, le fait d'inclure la pièce B dans la déclaration sous serment de M. Malic ne donne lieu à aucune injustice.

¶ 9 Les avocats du personnel de l'OCRCVM et de HW ont tous deux soutenu que les pièces A et B n'étaient pas nécessaires aux fins de la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine, et qu'elles ne devraient donc pas être admises dans la requête. À mon avis, pour cette requête, il ne s'agit pas de savoir si les renseignements seraient « nécessaires », mais plutôt s'il existe une possibilité raisonnable qu'ils soient pertinents pour la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine – un critère peu exigeant semblable à celui utilisé pour déterminer les informations que l'OCRCVM doit communiquer en vertu des dispositions actuelles du paragraphe (1) de la Règle 8417 de l'OCRCVM et des exigences antérieures de l'OCRCVM, décrites dans la décision *Re Carbonelli et Conway* 2011 OCRCVM 74. En l'espèce, ce critère est rempli, car les renseignements sont clairement pertinents pour l'approche analytique adoptée par la Cour du Banc de la Reine dans la décision *Silver Springs Oil Recover v. UMA Engineering Ltd.*, 2004 ABQB 873 (*Silver Springs*).

¶ 10 Pour cette requête, le critère d'admissibilité ne peut pas consister à évaluer si les renseignements seraient « nécessaires », car la formation d'instruction devrait alors faire des suppositions au sujet de la position qu'adoptera la Cour quant à la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine. Dans un tel cas, la formation d'instruction devrait décider si ce tribunal utilisera la même approche que celle adoptée dans *Silver Springs* – auquel cas les renseignements seraient clairement nécessaires – ou l'approche suivie dans *Jomha v. McAllister*, 2008 ABQB 597 (*Jomha*) et d'autres décisions – auquel cas les renseignements ne seraient pas clairement nécessaires. Il est impossible, et il serait inapproprié, qu'une formation d'instruction de l'OCRCVM fasse des suppositions sur la façon dont la Cour abordera les questions qui relèvent exclusivement de sa compétence et sont, à tous égards, étrangères à l'OCRCVM (puisque le paragraphe 8420(5) des Règles l'en empêche). Il serait particulièrement inapproprié que les suppositions d'une formation d'instruction de l'OCRCVM, dans les faits, priment sur les décisions prises par l'avocat de M. Malic quant à la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine.

¶ 11 Par conséquent, j'ai rejeté l'objection préliminaire et accepté que la déclaration sous serment de M. Malic ne soit pas modifiée aux fins de la requête.

¶ 12 Pendant la présentation des arguments sur cette question, tous les avocats ont convenu qu'il fallait attribuer un certain degré de confidentialité aux pièces A et B, car elles comprennent des renseignements personnels sur HW. L'avocat du personnel de l'OCRCVM a demandé la confidentialité, conformément au paragraphe (10) de la Règle 8406 et, en appliquant la norme énoncée à l'alinéa (5)(iii) de la Règle 8203, j'ai ordonné que les pièces A et B de la déclaration sous serment de M. Malic ne soient pas soumises à l'examen public, sous réserve de toute ordonnance future de la part de la présente formation ou de toute autre formation.

La question principale

¶ 13 En ce qui concerne la requête, la question principale est de savoir si la formation d'instruction estime que l'intérêt public l'emporte sur tout préjudice que pourrait subir l'OCRCVM ou HW si on permettait à

M. Malic d'utiliser les renseignements de l'OCRCVM dans sa demande auprès de la Cour du Banc de la Reine. Il n'existe pas de décisions antérieures de l'OCRCVM portant sur cette question.

¶ 14 L'avocat de HW a soutenu que la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine n'est pas nécessaire, puisque les articles 22 et 23 de l'*Alberta Evidence Act*, RSA 2000, c. A-18, permettent déjà à M. Malic d'utiliser la transcription de l'interrogatoire de HW réalisé dans le cadre de la procédure auprès de la Cour du Banc de la Reine pour contredire les éléments de preuve présentés par HW dans le cadre de la procédure de l'OCRCVM. Toutefois, mis à part cette loi, aucune autre source n'a été présentée pour étayer cette proposition, qui semble s'opposer à l'ensemble de la jurisprudence relative à l'article 5.33 des Règles de procédure de l'Alberta et à l'engagement implicite prévu par cet article. L'avocat du personnel de l'OCRCVM n'a pas appuyé cette observation, et l'avocat de M. Malik s'est reporté à la remarque de la Cour du Banc de la Reine dans *Silver Springs*, au paragraphe 33 [traduction] : « un avocat ou un plaideur qui se sert de renseignements qui ont été dévoilés au cours de l'interrogatoire préalable et qui ne font pas clairement partie du domaine public, sans avoir d'abord obtenu un consentement ou une dispense de l'engagement accordée par le tribunal, fait un choix dangereux et peu recommandé. » Par conséquent, j'ai rejeté cette observation, et la requête a été examinée au motif que M. Malic a besoin de la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine pour utiliser la transcription de l'interrogatoire de HW réalisé dans le cadre de la procédure devant la Cour du Banc de la Reine pour la procédure de l'OCRCVM.

¶ 15 L'avocat de M. Malic a soutenu que cette requête s'inscrit dans l'objectif général de permettre à son client de se défendre, objectif qui a été confirmé à plusieurs reprises dans divers contextes comme étant à la fois dans l'intérêt public et plus important que tout préjudice subi. Il a fait référence à l'affaire *Browne v. McNeilly*, [1999] O.J. No. 1919, qui est semblable à l'espèce selon lui. Il a également fait référence à la décision *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8 (*Juman*), dans laquelle le juge Binnie décrit le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal pour déterminer si l'intérêt de la justice l'emporte sur tout préjudice que pourrait subir une partie qui a divulgué des éléments de preuve, affirmant ce qui suit (paragraphe 35) : « lorsque l'on cherche à utiliser, dans une seconde action, les renseignements dévoilés au cours de l'interrogatoire préalable tenu dans le cadre de la première action avec les mêmes parties ou des parties semblables et les mêmes questions en litige ou des questions semblables, le préjudice causé à la personne interrogée est quasi inexistant et l'autorisation sera généralement accordée ». Selon l'avocat de M. Malic, l'importance relative de l'intérêt public et du préjudice subi est illustrée au paragraphe (1) de la Règle 8417 de l'OCRCVM, qui exige la communication de tout ce qui permet à l'intimé « de présenter une défense pleine et entière », et plus particulièrement au paragraphe (5) de la Règle 8420, qui donne une permission générale d'utiliser les renseignements obtenus dans le cadre de la procédure de l'OCRCVM « pour attaquer la crédibilité d'un témoin dans une autre procédure ».

¶ 16 L'avocat du personnel de l'OCRCVM s'en est remis à l'avocat de HW sur la question du préjudice subi par HW et a soutenu que la requête porte préjudice à l'OCRCVM, car elle a retardé la procédure de l'OCRCVM. Il a mis l'accent sur le fait que l'article 8401 décrit l'objectif des Règles de l'OCRCVM, qui est « d'assurer une procédure juste et efficace », et a souligné que la requête [traduction] « s'apparente à une suspension » de la procédure de l'OCRCVM.

¶ 17 Selon l'avocat de HW, la présomption d'engagement du paragraphe (3) de la Règle 8420, ainsi que toute autre disposition des Règles de l'OCRCVM visant à protéger les renseignements personnels du plaignant et des témoins, témoignent de l'importance de cet objectif. Il a soutenu que, comme les renseignements de l'OCRCVM ne sont pas nécessaires à la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine, l'intérêt public dans cette situation ne peut pas l'emporter sur le préjudice subi par HW.

¶ 18 Les objectifs liés à l'intérêt public, à la protection des renseignements personnels et à l'efficacité que je dois examiner pour cette requête sont fondamentalement semblables aux objectifs que les autres tribunaux

ont pris en considération dans la jurisprudence qui m’a été citée. À mon avis, le paragraphe (5) de la Règle 8420 de l’OCRCVM indique clairement la façon dont la formation d’instruction doit évaluer si l’intérêt public l’emporte sur le préjudice subi en l’espèce. Ce paragraphe codifie la common law, telle qu’elle s’applique dans la sphère limitée de l’OCRCVM, sensiblement de la même façon que les règles de procédure judiciaire de certaines provinces codifient la common law, comme le résume la Cour suprême dans *Juman*. Le paragraphe (5) de la Règle 8420 de l’OCRCVM accorde une grande importance à la valeur pour l’intérêt public de ce que les tribunaux albertains ont décrit comme la [traduction] « protection de l’intégrité du serment » (voir *Iozzo v. Weir*, 2004 ABQB 259, paragraphe 10; *Harcap Investments Inc. v. Alberta Permit Pro Inc.*, 2007 ABQB 590; et *Dreco Energy Services Ltd. v. Wenzel*, 2007 ABQB 635). Par conséquent, ce paragraphe donne une faible importance au préjudice subi, ce qui cadre avec les observations formulées dans *Juman*, citées ci-haut, et celles tirées de *Jomha* (paragraphe 20) :

[Traduction] Toute « injustice » potentielle pour le plaignant ne peut être qu’une occasion pour le défendeur de tester les incohérences et les inexactitudes des éléments de preuve du plaignant lors du procès. Il ne s’agit pas du type d’« injustice » qui justifie la protection des tribunaux.

Dans *Jomha*, la Cour du Banc de la Reine cite la description donnée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique du critère prévu par ses règles de procédure, en soulignant que :

[Traduction] Une ordonnance pour la production de la transcription de l’interrogatoire préalable d’une autre action devrait être quasiment systématique, à condition que les parties puissent établir suffisamment de liens entre les deux actions, leurs intérêts et les questions générales soulevées entre elles. [...] À mon avis, c’est la possibilité qu’il y ait des déclarations divergentes qui constitue une raison spéciale justifiant la production de la transcription de l’interrogatoire préalable. Au fil des années, à ma connaissance, le critère n’a jamais été plus exigeant que « voyons ce que le témoin avait à dire avant, lorsqu’il témoignait sous serment, sur ces questions ou des questions connexes » (*Jomha*, paragraphes 9 et 10, citant *Scuzzy Creek Hydro and Power Inc. v. Terrecon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252, soulignement ajouté dans *Jomha*).

Dans *Jomha*, la Cour du Banc de la Reine a également reconnu la possibilité que le témoignage sous serment d’une personne soit semblable dans les deux procédures; dans ce cas, [traduction] « aucun préjudice ne peut être causé » (*Jomha*, paragraphe 21, citant *United Nurses of Alberta v. Alberta Children’s Hospital*, 1996 ABCA 209, paragraphe 7).

¶ 19 Par conséquent, du point de vue de l’OCRCVM, l’intérêt public en l’espèce l’emporte sur tout préjudice subi. M. Malic souhaite utiliser les renseignements de l’OCRCVM pour demander la permission à la Cour du Banc de la Reine de faire quelque chose qui, du point de vue de l’OCRCVM, est à ce point clairement dans l’intérêt du public que, dans la mesure où les Règles de l’OCRCVM s’appliquent, les Règles donnent la permission générale de le faire.

¶ 20 Le retard doit être évalué selon ces mêmes facteurs liés à l’intérêt public. Selon le paragraphe (1) de la Règle 8403 de l’OCRCVM, les Règles doivent être « interprétées et appliquées en vue d’assurer une audience impartiale et une résolution équitable d’une procédure sur le fond dans les meilleurs délais et le plus économiquement possible ». Le retard pourrait représenter un facteur important s’il y avait déjà eu un retard extraordinaire ou si la requête demandait la suspension ou l’ajournement de la procédure de l’OCRCVM jusqu’à la conclusion de la procédure devant la Cour du Banc de la Reine. Toutefois, aucune de ces situations ne s’est produite, et l’intérêt public en l’espèce l’emporte sur tout préjudice subi par l’OCRCVM en raison d’un retard.

¶ 21 J’ai rejeté les observations de l’avocat de HW selon lesquelles les renseignements de l’OCRCVM n’étaient pas nécessaires à la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine pour sensiblement les mêmes

raisons que celles énoncées aux paragraphes 9 et 10 ci-dessus. La formation d’instruction de l’OCRCVM ne peut pas formuler de suppositions au sujet de la position qu’adoptera la Cour quant à la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine. Aux fins de la requête, la formation d’instruction de l’OCRCVM doit uniquement examiner l’objectif de la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine afin de comparer, du point de vue de l’OCRCVM, l’importance de l’intérêt public à celle du préjudice qui serait subi si on permettait à M. Malic d’utiliser les renseignements de l’OCRCVM dans cette demande. Le point de vue de l’OCRCVM est clair dans le paragraphe (5) de la Règle 8420 et permet à M. Malic de tenter sa chance.

La conclusion

¶ 22 Pour ces raisons, j’ai conclu que l’intérêt public associé au fait de donner la permission à M. Malic d’utiliser les renseignements de l’OCRCVM l’emporte sur tout préjudice que pourrait subir l’OCRCVM ou HW. J’ai accueilli la requête et donné à M. Malic la permission d’utiliser les renseignements de l’OCRCVM aux fins de la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine.

¶ 23 Les avocats doivent s’entendre sur les détails précis de l’ordonnance, et peuvent comparaître de nouveau devant la formation d’instruction s’ils ne parviennent pas à une entente.

Fait à Edmonton (Alberta) le 16 octobre 2020.

Eric Spink

Tous droits réservés © 2020 Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières.