COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

73-19-CA

INVESTMENT INDUSTRY REGULATORY ORGANIZATION OF CANADA

APPELLANT

- and -

ROBERT CRANDALL

RESPONDENT

- and -

FINANCIAL AND CONSUMER SERVICES COMMISSION (NEW BRUNSWICK)

INTERVENER

- and -

MUTUAL FUNDS DEALERS ASSOCIATION OF CANADA

INTERVENER

Investment Industry Regulatory Organization of Canada v. Crandall, 2020 NBCA 76

CORAM:
The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LaVigne

Appeal from a decision of the Financial and Consumer Services Tribunal:
June 7, 2019

History of Case:
2016 IIROC 18 (Merits)
2016 IIROC 37 (Sanctions)

Decision under appeal:
2019 NBFCST 7

ORGANISME CANADIEN DE RÉGLEMENTATION DU COMMERCE DES VALEURS MOBILIÈRES

APPELANT

- et -

ROBERT CRANDALL

INTIMÉ

- et -

COMMISSION DES SERVICES FINANCIERS ET DES SERVICES AUX CONSOMMATEURS (NOUVEAU-BRUNSWICK)

INTERVENANTE

- et -

ASSOCIATION CANADIENNE DES COURTIERS DE FONDS MUTUELS

INTERVENANTE

Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières c. Crandall, 2020 NBCA 76

CORAM :
l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LaVigne

Appel d'une décision du Tribunal des services financiers et des services aux consommateurs :
le 7 juin 2019

Historique de la cause :
2016 OCRCVM 18 (décision sur le fond)
2016 OCRCVM 37 (décision sur les sanctions)

Décision frappée d'appel :
2019 NBFCST 7

Preliminary or incidental proceedings:

2015 IIROC 30
2015 IIROC 35
2017 NBFCST 4
2018 NBFCST 1
2018 NBFCST 3
2018 NBFCST 4
[2019] N.B.J. No. 309
[2019] N.B.J. No. 363
[2019] N.B.J. No. 364

Appeal heard:
March 10, 2020

Judgment rendered:
December 3, 2020

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LaVigne

Counsel at hearing:

For the appellant:
Melissa MacKewn and
Alexandra Grishanova

Robert Crandall, on his own behalf

For the Financial and Consumer Services Commission (New Brunswick):
Mark D. McElman and
Rebecca Marie Atkinson

For the Mutual Funds Dealers Association of Canada (MFDA):
Alan Melamud

THE COURT

The appeal is allowed, the decision of the Financial and Consumer Services Tribunal is set aside and the decision of the IIROC panel is restored. Costs were not sought, so none are awarded.

Procédures préliminaires ou accessoires :

2015 OCRCVM 30
2015 OCRCVM 35
2017 NBFCST 4
2018 NBFCST 1
2018 NBFCST 3
2018 NBFCST 4
[2019] A.N.-B. nº 309
[2019] A.N.-B. nº 363
[2019] A.N.-B. nº 364

Appel entendu :
le 10 mars 2020

Jugement rendu :
le 3 décembre 2020

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Richard

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LaVigne

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Melissa MacKewn et
Alexandra Grishanova

Robert Crandall, en son propre nom

Pour la Commission des services financiers et des services aux consommateurs (Nouveau-Brunswick) :
Mark D. McElman et Rebecca Marie Atkinson

Pour l'Association canadienne des courtiers de fonds mutuels (ACCFM) :
Alan Melamud

LA COUR

L'appel est accueilli, la décision du Tribunal des services financiers et des services aux consommateurs est annulée et la décision de la formation d'instruction de l'OCRCVM est rétablie. Aucuns dépens n'ont été sollicités; par conséquent, aucuns ne sont adjugés.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] Self-regulating bodies work to protect the public from inappropriate actions by regulated professionals and to foster trust in their organizations. These objectives are not attained in a regulatory vacuum. Public protection and preserving trustworthiness must be achieved in a manner consistent with the rule of law. Self-regulating bodies are not only governed by their enabling legislative and regulatory schemes; they also must abide by the fundamental principles of our legal system, one of which requires administrative decision-makers to comply with the requirements of procedural fairness when making "decisions affecting the rights, privileges or interests of an individual": *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 94.

[2] Procedural fairness is a contextually based broad concept that imposes certain obligations on administrative decision-makers. Among these obligations is a requirement for an administrative body exercising disciplinary powers over one of its members to inform the individual concerned of the case to be met and of the evidence against him or her and to give all parties an opportunity to be heard (the *audi alteram partem* rule); another is captured by the "*nemo judex in causa sua* rule, which recognizes the right of every party to be treated impartially and without bias": *Canadian Union of Public Employees, Local 821 v. Vitalité Health Network (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, [2015] N.B.J. No. 14 (QL), at para. 39, per Drapeau C.J.N.B. (as he then was), applied in *Landry v. Attorney General of New Brunswick*, 2020 NBCA 38, [2020] N.B.J. No. 113 (QL), at para. 38, per LaVigne J.A.

[3] This case concerns the extent of those procedural fairness obligations in the context of a self-regulatory organization recognized by the New Brunswick Financial

and Consumer Services Commission pursuant to s. 35(1)(b) of the *Securities Act*, S.N.B. 2004 c. S-5.5. The regulator in question is the Investment Industry Regulatory Organization of Canada ("IIROC").

[4] IIROC is a private membership organization whose disciplinary jurisdiction over its members flows from the contractual commitment made by firms and individuals upon applying for membership or registration. IIROC's mandate is to protect investors and the integrity of the capital markets through the regulation of investment dealers and their trading and advising activity throughout Canada. To this end, IIROC has adopted standards and rules regarding the conduct of investment dealer firms and their registered employees. Among these rules is one recognizing that, when undertaking disciplinary proceedings, IIROC has the "obligation to disclose all materials as required by common-law."

[5] More precisely, this case is about the loss or destruction and consequential non-disclosure of documents in the possession of a third party despite IIROC's numerous attempts to obtain these at the request, and for the benefit, of a member against whom disciplinary proceedings were commenced. That member is Robert Crandall.

II. Background

[6] Mr. Crandall was active in the investment field since registering as an investment advisor in 1983. He was registered first with the Investment Dealers Association of Canada, and then with IIROC. From June 2006 to October 2011, he was employed as an investment advisor with Wellington West Capital Inc. When National Bank Financial Inc. ("NBF") acquired Wellington West in 2011, Mr. Crandall remained as an investment advisor, a position he held until resigning in July 2012. He then joined the firm of Jones Gable, with which he remained until 2015.

[7] In 2013, IIROC received a complaint regarding transactions Mr. Crandall had made for a client for whom he had been the sole financial advisor from 1992 to 2012. The client was an elderly woman interchangeably referred to in the materials as either D.R. or the complainant. The complaint specified that, over a period exceeding five years, Mr. Crandall had engaged in a pattern of excessive trading in her accounts, often without approval, thereby stripping out all the profits realized in these accounts.

[8] The complaint caused IIROC's staff to conduct an investigation. This eventually led to the institution of disciplinary proceedings against Mr. Crandall. A Notice of Hearing was issued, alleging the following three contraventions of IIROC's Dealer Member Rules:

> 1) Between July 2006 and June 2012, [Mr. Crandall] engaged in excessive trading in the accounts of D.R. which was not within the bounds of good business practices and was unsuitable for D.R., contrary to IIROC Dealer Member Rules 1300.1(o) and (q) (IDA Regulations 1300.1 (o) and (q) prior to June 1, 2008);
>
> 2) Between July 2006 and June 2012, [Mr. Crandall] engaged in unauthorized discretionary trading in the accounts of D.R., without the accounts first having been approved as discretionary accounts, contrary to Dealer Member Rule 1300.4 (IDA by-law 1300.4 prior to June 1, 2008); and
>
> 3) Between July 2007 and October 2010, [Mr. Crandall] made unsuitable recommendations for the accounts of D.R., contrary to Dealer Member Rule 1300.1(q) (IDA by-law 1300.1(q) prior to June 1, 2008).

[9] Throughout the investigation and enforcement proceedings, Mr. Crandall steadfastly maintained that there existed various work records, such as notebooks, trade tickets, telephone notepads, emails, correspondence and mail records. These documents were not in his possession, given that IIROC Rules prevented him from taking any of the documents with him when he left NBF in 2012. IIROC staff made numerous requests

of NBF to obtain such documents beginning shortly after their first interview with Mr. Crandall, in January 2014. At least 19 requests were made to NBF for the production of documents, with at least four of these specifically seeking Mr. Crandall's notebooks. When informed that such notebooks could not be located, IIROC staff requested of NBF summaries of the steps taken to locate them.

[10] A panel was assembled to consider the complaint. On December 10, 2015, Mr. Crandall asked the IIROC panel to order the production and disclosure of approximately 40 categories of documents. IIROC staff replied that many of the requested documents had already been disclosed to Mr. Crandall and the panel found that many of the documents were irrelevant to the proceedings. However, the panel did order IIROC staff to again ask NBF for the documents Mr. Crandall was seeking. That same day, IIROC staff emailed NBF, requesting Mr. Crandall's notebooks, writing pads and hard copies of trade tickets. Staff informed NBF that Mr. Crandall had stated he left all the documents with NBF when he resigned and that the notes had been packed and sent for storage at an off-site facility known as Iron Mountain. A week later, staff followed up by phone and NBF initiated another search.

[11] On December 23, 2015, NBF advised IIROC staff it had located seven items related to D.R.'s accounts. These documents were received by IIROC on January 5, 2016. They were disclosed to Mr. Crandall two days later.

[12] On December 30, 2015, NBF advised IIROC staff it had located five additional boxes of materials related to Mr. Crandall. The materials were condensed into four boxes, which were received by IIROC staff on January 8, 2016. The relevant documents from these boxes were disclosed to Mr. Crandall a week later. While these documents contained hard copies of trade tickets, no notebooks or notepads had been found. NBF also stated the following: "There were no documents, lists, or any other indications pertaining to inventory, that indicate that any documents associated with Robert Crandall have been archived at Iron Mountain."

[13] In February 2016, a hearing was held on the merits of the allegations made against Mr. Crandall. During the hearing, Mr. Crandall cross-examined IIROC's witnesses, including D.R., and called a former co-worker to testify. However, he ultimately chose not to testify in his own defence, insisting he was unable to do so without his notes. In the end, much of D.R.'s testimonial evidence was uncontested.

[14] The hearing culminated in a decision dated May 26, 2016, reported at 2016 IIROC 18, holding that all three counts set out in the Notice of Hearing had been proven. In sum, the panel concluded Mr. Crandall had: (1) engaged in excessive trading; (2) engaged in unauthorized discretionary trading; and (3) made unsuitable recommendations for D.R.'s personal investment account. In reaching these conclusions, the panel noted that "a great deal of material was obtained and produced to [Mr. Crandall]," but acknowledged that his personal notes could not be located.

[15] This led to a hearing on sanctions and culminated in a decision dated October 3, 2016, reported at 2016 IIROC 37, imposing upon Mr. Crandall: (1) a $150,000 fine; (2) a prohibition from re-registering with IIROC for a period of five years; (3) a requirement to successfully re-write the Conduct and Practices Handbook exam and to be under strict supervision for 18 months in the event of a return to the industry; and (4) an obligation to pay costs of $35,000.

[16] Subsection 44(1) of the *Securities Act* authorizes Mr. Crandall to seek a review of the panel's decisions by the Financial and Consumer Services Tribunal ("Tribunal") established under the *Financial and Consumer Services Commission Act*, S.N.B. 2013, c. 30. By letter to the Tribunal, Mr. Crandall initiated such review.

[17] In his letter seeking review, Mr. Crandall complains he was denied the right to a panel composed entirely of individuals whose mother tongue is English. He claims this was denied to him despite repeated requests, because, ultimately, all panel members came from Quebec. He continued by listing what he perceived as seven "injustices," only the first of which has any relevance to this appeal. It reads as follows:

> 1. Human rights – I should be assumed innocent until proven guilty. Despite repeated requests to [NBF] by myself and my former lawyer […], I was denied the privilege of having access to my documents, statements, personal notes, telephone records despite the fact that my former administrative assistant has re-confirmed that she was specifically asked to have everything boxed up and sent to storage with bar codes for each box to identify contents for access as needed. This information was critical in my defense and I was not allowed access to any of this to properly defend myself. I AM CONFIDENT that, IF I had been given access to this information, it would be easy for the panel to determine that I was NOT guilty of the accusations.

[18] On September 21, 2017, the Tribunal held a pre-hearing conference. Two significant events occurred at that conference. First, Mr. Crandall retracted five grounds of review (described in his letter seeking review as "injustices"). Second, the Tribunal raised its own preliminary motion with respect to the disclosure provided to Mr. Crandall. On the same day, the Tribunal issued an Order, which included the following directive: "If not already provided, IIROC shall produce the totality of its disclosure from the IIROC proceedings in paper format to Robert Crandall on or before October 6, 2017. […]"

[19] The Tribunal issued and then amended a Notice of Hearing of its own motion. The relevant sections of the Amended Notice of Hearing of Motion are as follows:

> **TAKE NOTICE** that the Financial and Consumer Services Tribunal will hold a hearing […] in relation to a motion raised by the Tribunal, namely whether [NBF] should produce the following documents to Robert Crandall:
>
> a) personal and work notes and note pads of Robert Crandall from 2006 to July 1, 2012,
> b) trade tickets pertaining to [D.R] or to [D.R] Holdings Inc. with notes inscribed thereon by Robert Crandall from 2006 to July 1, 2012,

> c) telephone notepads showing all incoming and outgoing phone calls between Robert Crandall and to [D.R] […] from 2006 to July 1, 2012,
> d) e-mails exchanged between Robert Crandall and to [D.R] […] from 2006 to July 1, 2012,
> e) a copy of all recorded incoming and outgoing mail between Robert Crandall and to [D.R] […] from 2006 to July 1, 2012, and
> f) all correspondence to [D.R] […] regarding quarterly reviews from 2006 to July 1, 2012.
>
> The Tribunal may also make such other or further Order as it may deem just or necessary.
>
> The hearing will be held pursuant to section 44 of the *Securities Act* […] and paragraph 2(2) and Part 6 of Local Rule 15-501 *Proceedings before the Tribunal*.

[20] The Tribunal also issued a Summons to Witness to Charles Collins, a branch manager overseeing all NBF locations in New Brunswick. Mr. Collins was summoned to appear at the disclosure motion and to produce documents. Mr. Collins responded with an affidavit, stating that all the documents referred to by the Tribunal had "already been requested by IIROC" and NBF had "made all reasonable efforts to identify and produce relevant documentation." Mr. Collins did not believe that NBF was "in possession of documents requested pursuant to the Summons to Witness […] which have not already been provided to IIROC as part of their investigation of this matter."

[21] On December 15, 2017, the Tribunal held a hearing into its own motion on the question whether NBF should be ordered to produce additional documents to Mr. Crandall. Mr. Collins was the only witness called. He was questioned first by members of the Tribunal, then by Mr. Crandall and then, once again, by a member of the Tribunal. In keeping with his affidavit, Mr. Collins did not produce any additional documents at the hearing of the disclosure motion. He testified that NBF had not found any additional documents.

[22] On January 19, 2018, the Tribunal issued another order. On its own initiative, it severed Mr. Crandall's ground of review dealing with disclosure and stated it would hear that issue before any "remaining grounds of review."

[23] In April 2018, NBF found an additional 49 boxes at the Iron Mountain storage facility, 11 of which related to Mr. Crandall and his clients. IIROC staff reviewed the contents of every box. While they found notes taken on various pages, they did not find any notebooks. The relevant documents from these boxes were disclosed to Mr. Crandall in May 2018. All handwritten notes made by Mr. Crandall – in relation to all his clients and not just D.R. – were disclosed.

[24] Off-site storage records revealed that four of NBF's boxes had been destroyed. While the records of the content of one of those boxes indicated it might have contained notebooks or phone message pads, the date range on that box covered only the period from January 1, 2006 to December 31, 2006.

[25] When the Tribunal issued a Notice of Hearing, it recast the first of Mr. Crandall's grounds of review in the following terms:

> Was there a breach of procedural fairness in the IIROC proceedings, including the investigation, which has impeded Mr. Crandall's right to reply to the allegations against him?

[26] The hearing was held on September 10-11, 2018. At the outset, the Chair of the Tribunal explained as follows: "This hearing deals exclusively with the disclosure issue."

[27] The hearing began with Mr. Crandall calling two former co-workers as witnesses, after which he himself testified. IIROC called three witnesses, including Mr. Collins.

[28] On June 7, 2019, the Tribunal released its decision, reported at 2019 NBFCST 7, by which it "rescinded" IIROC's decisions – on the merits and on the sanctions – and ordered a stay of proceedings. The Tribunal held that the notebooks, trade tickets and telephone message books sought from NBF were relevant to the allegations against Mr. Crandall and to his defence. It found that the failure to provide these documents during the IIROC proceedings was a breach of IIROC's duty of procedural fairness.

[29] With leave, and in accordance with s. 48(1) of the *Financial and Consumer Services Commission Act,* IIROC appeals the Tribunal's decision. The Financial and Consumer Services Commission of New Brunswick ("FCNB") and the Mutual Fund Dealers Association of Canada ("MFDA") were added as interveners. In its Notice of Appeal, IIROC set out nine grounds of appeal, which it somewhat condensed in its written submission. In my view, at its core, this appeal raises the following three questions:

1) Was the process before the Tribunal procedurally fair to IIROC?

2) Was the Tribunal correct in holding that the duty of procedural fairness imposed upon IIROC an obligation to disclose materials not in its possession?

3) Does NBF's failure to produce the requested documents constitute a breach of procedural fairness?

[30] In my view, the answer to these questions is "no."

III. Analysis and Decision

A. *Standard of review*

[31] The standard of review of administrative action depends on the nature of the matter being reviewed. "[W]hen it comes to procedural fairness, the reviewing court does not apply any deferential standard. It simply determines whether the rules of procedural fairness were respected": *Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Education v. Kennedy et al.*, 2015 NBCA 58, [2015] N.B.J. No. 251 (QL), per Drapeau C.J.N.B. (as he then was), at para. 14, applied in *Landry*, at para. 36. Thus, the role of this Court, on the first of the three core questions raised on appeal, is to determine whether the process before the Tribunal was procedurally fair to IIROC.

[32] When it comes to reviewing the substance of the decision, the standard of review is determined according to the process the Supreme Court of Canada elaborated in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] S.C.J. No. 65 (QL), at paras. 36-37. According to the Supreme Court, when an administrative decision-maker's enabling statute contains a statutory appeal mechanism, a reviewing court is to apply the ordinary appellate standards of review, according to which questions of law are reviewed on the correctness standard and questions of fact, on the palpable and overriding error standard. Questions of mixed law and fact are also reviewed on the palpable and overriding standard unless an extricable question of law is identified: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[33] IIROC filed its written submissions before the release of *Vavilov*, but it argued that the nature of the questions in issue required no deference to the Tribunal. Mr. Crandall suggested that reasonableness should apply.

[34] Relying upon *Vavilov*, both FCNB and MFDA submitted that ordinary appellate standards of review apply. They argued that correctness is the appropriate standard of review because the grounds of appeal I have condensed into the second and third questions posed above all raise questions of law. I agree with their position.

B. *Was the process before the Tribunal procedurally fair to IIROC?*

[35] In my respectful view, the process that led to the Tribunal's decision was flawed in two significant respects, which, when combined, rendered it unfair to IIROC because they raise a reasonable apprehension of bias. These are as follows:

1) The Tribunal made a formal motion and then adjudicated it;

2) On its own initiative, without giving the parties any opportunity to be heard on the matter, with no stated authority and for no stated reasons, the Tribunal severed the grounds of review and first considered the issue it had itself reframed.

(1) <u>Tribunal making and adjudicating its own motion</u>

[36] The Tribunal invoked s. 44 of the *Securities Act* and s. 2(2) and Part 6 of the Local Rule 15-501 (the "Rule") as authority for bringing its own motion on whether NBF should be ordered to produce documents. This Rule, which has since been repealed with the adoption of new *Rules of Procedure*, was in force when the Tribunal adjudicated its own motion.

[37] With respect, nothing in the legislative provision invoked or in the Rule authorized the Tribunal to make a motion.

[38] Section 44 is the provision that enabled Mr. Crandall to seek a review, but it does not expressly or implicitly allow the Tribunal to make a motion and then adjudicate it. As for the Rule, it provided that motions, including preliminary motions, may be brought by a party during a proceeding. Party is defined as "an Applicant, a Respondent, Staff or any person so designated by the Tribunal." There is nothing that explicitly or implicitly allowed the Tribunal to bring its own motion.

[39] Subsection 2(2) of the Rule allowed the Tribunal to vary or waive any provision of the Rule and to issue procedural directions if in the public interest or to otherwise secure a just and expeditious determination. The Tribunal relied on this provision to permit itself to raise and adjudicate its own motion. In its final decision, however, the Tribunal did not offer any explanation as to how it might have been "varying" or "waiving" any provision of the Rule, let alone explain how doing so would have been in the public interest or might secure a just and expeditious determination of the issues.

[40] Subsection 8(1) of the Rule provided as follows: "The Panel may, at the request of a Party or on its own motion, summon a witness to attend a hearing and give evidence and/or produce Documents."

[41] In the context of that section, the term "on its own motion" does not mean the panel may bring a motion and adjudicate it. Rather, it merely allows the panel, in the absence of a request by a party, to summon a witness to produce documents. This is the only source of power the Tribunal could draw upon to compel a representative of NBF to appear at the hearing and to bring with him relevant documents in the possession of NBF.

[42] In my respectful view, the process used by the Tribunal was improper. Neither the relevant legislation nor the Rule allowed the Tribunal to make its own motion and to adjudicate it. There is a good reason for this. Allowing a decision-maker to make a motion and then adjudicate it, at the very least, raises a reasonable apprehension of bias. This is not to say that the Tribunal could not raise a new issue in the interests of justice or that it could not, on its own motion, summon a representative of NBF and require the production of documents.

[43] In the criminal law context, the Supreme Court has provided guidance on when and in what circumstances it will be appropriate for an appellate court to raise new issues: *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689. In my view, the principles

elaborated in *Mian* are apposite to the proceedings before the Tribunal when sitting in review of a decision by an administrative tribunal. This, because the Tribunal, like a criminal law court, is required to adjudicate matters in the public interest through a procedurally fair process. Writing for the Court, Rothstein J. explained as follows:

> There are two potentially competing considerations at the heart of the issue in this case. First, the adversarial system, which is a fundamental tenet of our legal system. Second, the role of the courts to ensure that justice is done.
>
> Our adversarial system of determining legal disputes is a procedural system "involving active and unhindered parties contesting with each other to put forth a case before an independent decision-maker" (*Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), *sub verbo* "adversary system"). An important component of this system is the principle of party presentation, under which courts "rely on the parties to frame the issues for decision and assign to courts the role of neutral arbiter of matters the parties present" (*Greenlaw v. United States*, 554 U.S. 237 (2008), at p. 243, *per* Ginsburg J.).
>
> A fundamental reason for maintaining this system is to ensure that judicial decision-makers remain independent and impartial and are seen to remain independent and impartial. When a judge or appellate panel of judges intervenes in a case and departs from the principle of party presentation, the risk is that the intervention could create an apprehension of bias. This kind of departure from the usual conduct of an appeal could lead the court to be seen to be intervening on behalf of one of the parties, thus impugning the impartiality of the court. As this Court has said, "[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done" (*Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, at p. 43, citing *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259). It is for this reason that an important tenet of our appellate system is for the court to respect the strategic choices made by parties in framing the issues (see *W. (G.)*, at paras. 17-18).
>
> On the other hand, courts also have the role of ensuring that justice is done. As Lord Denning explained in the context of trial judges in the United Kingdom: "... a judge

> is not a mere umpire to answer the question 'How's that?' His object above all is to find out the truth, and to do justice according to law ..." (*Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.), at p. 159 (emphasis added)). This proposition is no less true of appellate judges. Meaningful appellate review assesses the correctness of a lower court decision, both on errors of law and palpable overriding errors of fact (see *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at paras. 25 and 28; and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 1 and 4). I accept the submission of the intervener the Attorney General of Alberta that "for 'justice in fact to be done,' judges must sometimes 'intervene in the adversarial debate'" (*I.F.*, at para. 16, citing *Brouillard*, at p. 44).
>
> The question then is how to strike the appropriate balance between these competing principles. Appellate courts should have the discretion to raise a new issue, but this discretion should be exercised only in rare circumstances. An appellate court should only raise a new issue when failing to do so would risk an injustice. The court should also consider whether there is a sufficient record on which to raise the issue and whether raising the issue would result in procedural prejudice to any party. This test is sufficiently flexible while also providing for an appropriate level of restraint to address the tensions inherent in the role of an appellate court.
>
> At all times this discretion is limited by the requirement that raising the new issue cannot suggest bias or partiality on the part of the court. Of essence here is that courts cannot be seen to go in search of a wrong to right. This jurisdiction should be exercised with caution. Appellate courts have the discretion to raise a new issue where justice requires it, but this discretion is restrained in order to maintain the impartiality of the decision-maker as required by our adversarial system. [paras. 37-42]

[44] While *Mian* recognizes the right of an appellate court to raise a new issue in proper circumstances and with caution, it does not stand for the proposition that an adjudicative body can bring a motion and adjudicate it. In my view, the proper procedure in the present case would have been for the Tribunal, in the course of its pre-hearing conference with the parties, to address with them the need to compel the attendance of a

representative of NBF together with the production of any relevant documents in their possession. If, after having given the parties an opportunity to be heard on the question, the Tribunal saw it necessary to issue a summons, it could have done so and the representative from NBF would then have been required to attend at the hearing of the review. Since the Tribunal could well have achieved virtually the same result as it did by bringing a motion, I would not find that the process used, though improper, would, of itself, invalidate the Tribunal's decision.

(2) Severing the grounds of review and hearing first the issue as reframed

[45] On its own initiative, without prior notice to, or hearing from, the parties, the Tribunal, without apparent authority and for no stated reasons, directed that a single ground of review, which the Tribunal, itself, reformulated, should be determined first. From my understanding of the record, when the Tribunal directed that the review would first proceed on the ground as reformulated, there were only two other grounds of review remaining as Mr. Crandall had retracted five of the "injustices" he had alleged in his letter seeking a review of the IIROC panel's decision. What was left is the following: (1) the linguistic ground alleging the hearing should have been heard by an IIROC panel composed of individuals whose mother tongue was English; and (2) the fifth "injustice" alleged in his letter, raising the question whether he should have been provided with "original documents for some of the contents of information being used as evidence."

[46] As stated, no notice was given that the Tribunal was considering severance of the grounds of review, no opportunity was afforded to the parties to be heard on the question, no authority was cited in support of the severance of issues and no reasons were given for the Tribunal's decision. In proper circumstances, an administrative body might have the power to sever issues, but in doing so it must adhere to the principles of procedural fairness. In the present case, the absence of any notice, opportunity to be heard and reasons for the severance was a clear violation of the rules of procedural fairness.

[47] Had the Tribunal given notice to the parties it was considering severance of the issues and given them an opportunity to be heard, IIROC could have made a compelling argument, as it did before us, that severance was not appropriate because, in order to determine whether disclosure of the missing documents would have changed the result, the Tribunal should have to consider the entire evidentiary record before the IIROC panel. In sum, IIROC could have made a forceful argument against severance of the issues. They were not afforded that opportunity.

(3) Did the Tribunal's procedural errors raise a reasonable apprehension of bias?

[48] The test to determine whether a proceeding is vitiated on account of an apprehension of bias was articulated in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, [1976] S.C.J. No. 118 (QL), at p. 394. According to this test, the question is whether a reasonable and informed person, viewing the matter realistically and practically – and having thought the matter through – would conclude it is more likely than not that the decision-maker, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.

[49] In my respectful view, when the two procedural flaws identified above are considered together, this test is met. A reasonable and informed person would be troubled by the fact that the Tribunal adjudicated upon its own motion. That person would also be troubled by the fact that, on its own initiative, with no apparent authority and for no stated reasons, and without hearing the parties on the matter, the Tribunal severed the grounds for review and opted to hear first only the one relating to the disclosure of documents. There seemed to be no compelling time or cost-saving reasons to sever the grounds of review since the remaining two grounds did not appear to raise complex questions. The reasonable person would undoubtedly conclude it was likely the Tribunal heard that ground of review first because it had already decided how it might dispose of it. The reasonable person would ask: why else sever this ground? The

reasonable person would undoubtedly conclude the Tribunal had not considered the matter fairly and impartially.

[50] In sum, it was improper for the Tribunal to make its own motion and then adjudicate it. It was a breach of procedural fairness for the Tribunal to have, without notice to the parties and without hearing them on the matter, severed the grounds of review with no apparent authority and with no stated reasons for doing so. Together, these procedural errors raise a reasonable apprehension the Tribunal was partial to the position of Mr. Crandall and did not decide the matter fairly. For this reason alone, the decision has to be set aside. In the normal course, the matter would be remitted to a differently constituted tribunal for determination of the review on its merits. However, at the hearing before us, Mr. Crandall withdrew his submission the IIROC panel should have been composed entirely of members whose mother tongue was English and conceded his review effectively stood to be determined on the basis of the question whether or not IIROC had breached its disclosure obligations. We understood by this that all other grounds of review were abandoned. Since, as will be demonstrated below, we are able to resolve that issue, there will be no need to return the matter to the Tribunal.

C. *Did the Tribunal err in law in holding that the duty of procedural fairness imposed upon IIROC an obligation to disclose materials not in its possession?*

[51] In the regulatory context under which IIROC operates, there are distinct investigative and adjudicative stages. The duty of procedural fairness owed at each stage of the process varies significantly.

(1) <u>At the investigative stage of the process</u>

[52] The Tribunal began its analysis with the recognition that a high degree of procedural fairness was required in the IIROC proceedings. The Tribunal then identified the ultimate question as being “whether Mr. Crandall knew the case he had to meet and

had a full and fair chance to respond to the allegations" (para. 26). No one disputes either proposition.

[53] The Tribunal next asked whether IIROC staff had an obligation "to provide Mr. Crandall with the documents he requested and, in the affirmative, whether the failure to do so was a breach of the duty of procedural fairness" (para. 27). In answering these questions, the Tribunal laboriously explained why it believed the documents Mr. Crandall was seeking once existed and how they might be relevant. With respect, this effort was unnecessary because the answer to the question whether IIROC staff had an obligation to provide Mr. Crandall with the documents at the investigation stage is one of law and the correct answer is "no."

[54] After belabouring the existence and possible relevance of the documents Mr. Crandall had requested, the Tribunal asked whether IIROC had "made sufficient efforts to obtain" these (para. 153). Under the heading "Investigation," the Tribunal stated as follows:

> For the purposes of procedural fairness, an administrative body's investigation is adequate where it satisfies two conditions: neutrality and thoroughness. A thorough investigation does not require that the investigator interview every person proposed by the complainant but that the investigator consider crucial evidence. [footnote omitted]
>
> In *Tahmourpour v Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 113, the question before the court was whether the *Human Rights Commission* [italics in original] had been sufficiently thorough to be procedurally fair. The *Federal Court of Appeal* [italics in original] concluded that the Commission's investigator had breached the duty of procedural fairness by failing to consider and assess relevant data and that he had failed to interview relevant witnesses. The Court of Appeal set aside the investigator's decision to dismiss the human rights complaint. [paras. 154-155]

[55] The Tribunal held "the IIROC investigation failed to consider […] relevant data," that is, the documents Mr. Crandall had requested (para. 156). With respect, how could IIROC staff have considered documents it was unable to obtain despite repeated requests? In my view, the Tribunal erred by imposing a duty on IIROC at the investigative stage that far exceeded any procedural fairness requirement for that stage of the proceeding.

[56] The Tribunal relied on *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574, [1994] F.C.J. No. 181 (T.D.) (QL), to set out the standard of procedural fairness required at the investigative stage. The Tribunal summarized the obligation as a requirement that the investigator "consider crucial evidence" (para. 154). It determined that crucial evidence was synonymous with "relevant data," citing *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 113, [2005] F.C.J. No. 543 (QL).

[57] *Slattery* and *Tahmourpour* both concerned complaints made to the Canadian Human Rights Commission that were dismissed. The procedural fairness obligations involved were owed to a complainant before issuing a report or deciding not to pursue a complaint. These cases hold that, under that particular regime pursuant to which a complaint may be dismissed at the investigative stage, the decision whether or not to pursue a complaint must be based on a thorough investigation in which crucial evidence must be considered. Neither of these cases stands for the proposition that investigators must pursue evidence they have been told either does not exist or no longer exists. In the present case, the IIROC investigators requested all relevant documents, considered all available data and determined there was enough evidence to move forward with enforcement proceedings.

[58] According to the Tribunal, the fact Mr. Crandall was required to leave all client documents with NBF when he ceased employment there made him "completely reliant on NBF and IIROC for obtaining [them]" (para. 163). The Tribunal found that, because of this, IIROC had a greater duty to obtain and preserve relevant documents for

respondents and that it had failed in its duty. With respect, this misses the point. The point was whether, at the investigation stage, IIROC staff had a duty to do more than request the documents and act upon the answers it received. While Mr. Crandall might have been reliant on NBF to produce documents, he was not entitled to rely on IIROC staff to obtain what they were repeatedly told did not exist. IIROC staff's ability to seek the production of documents from NBF does not equate to IIROC staff having control over the documents.

[59] The extent of the duty of procedural fairness at the investigative stage must be contextually determined on a case-by-case basis. The foundational principle dates back to *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12, [1964] S.C.J. No. 49 (QL), in which Cartwright J., concurring, observed that, except in cases where the duty is applicable by operation of statute, an administrative officer, "whose function is simply to collect information and make a report and who has no power either to impose a liability or to give a decision affecting the rights of the parties," has no duty to comply with the *audi alteram partem* rule (p. 18). This rule was a component of the rules of natural justice that later would become part of the duty of procedural fairness.

[60] Much time has passed since *Guay* was decided and much in the area of administrative law has changed. This has caused at least one court to observe that the duty of procedural fairness at the investigative stage is "not well defined by authority": *Hills v. Nova Scotia (Provincial Dental Board)*, 2009 NSCA 13, [2009] N.S.J. No. 48 (QL), at para. 30. I agree.

[61] In *Province of New Brunswick v. Comeau*, 2013 NBCA 41, [2013] N.B.J. No. 199 (QL), this Court had the opportunity to consider the matter in the context of a case involving decisions by the Minister of Social Development that led to the termination of two long-term employees of a provincially licensed adult residential facility. Writing for the Court, Bell J.A. (as he then was) explained that the extent of fairness varies from case to case and is to be determined on application of five factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R.

817, [1999] S.C.J. No. 39 (QL). These factors include: (1) the nature of the decision being made and the process followed; (2) the nature of the statutory scheme; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and (5) the choice of the procedure made by the agency itself when the statute leaves to the decision-maker the right to determine the procedures it considers appropriate. In *Comeau*, standards established by the Minister required the application of the principles of natural justice (read "procedural fairness") to the investigation of complaints. In addition, Bell J.A. points out that "based upon the Minister's own policies, an investigative finding that one has violated the *Act* carries with it consequences equivalent to a judicial finding" (para. 26). In the *Comeau* situation, it is not surprising a high degree of procedural fairness was required at the investigative stage, because that stage was effectively akin to the adjudicative stage. That is not the case in the present matter.

[62] To be clear, the *Baker* factors were elaborated in the context of the duty owed by a decision-maker and not one owed by an investigator whose decision does not directly affect the rights of anyone. They may nevertheless be somewhat helpful in determining the extent of any duty of procedural fairness owed by an investigator. In addition, the particular regulatory context in which the investigation takes place is also relevant. Other relevant factors may include the regulator's legislative mandate, the nature of the proceedings, that is, disciplinary, whether the investigator is the ultimate decision-maker and the need for administrative flexibility and efficiency.

[63] The Tribunal considered this case as one where IIROC staff had failed to consider relevant data. I repeat the inquiry I made above: how could IIROC staff have considered documents it was unable to obtain despite repeated requests? However one might consider the *Baker* and other contextual factors in determining the extent of the duty of fairness IIROC staff owed Mr. Crandall at the investigative stage, one simply cannot come to the conclusion IIROC staff had an obligation to produce documents it was told either never or no longer existed or could not be found. To conclude otherwise would be absurd.

[64] In sum, this is not a situation where the investigators failed to consider relevant data, such as in the cases to which the Tribunal referred. In this case, IIROC staff made repeated requests of NBF for documents, disclosed the relevant ones NBF produced, and otherwise informed Mr. Crandall of the replies received from NBF. Regardless of the extent of IIROC's procedural fairness obligations at the investigative stage, which are limited compared to those owed at the adjudicative stage, they certainly did not require IIROC to do any more than it did.

(2) At the adjudicative stage of the process

[65] Once it was decided the matter would move to the adjudicative stage, as confirmed by the issuance of a Notice of Hearing, there is no question IIROC had an obligation to disclose to Mr. Crandall the evidence upon which it would rely to make its case. The Tribunal observed that IIROC Rule 8417(1) requires "Enforcement Staff" to disclose to a respondent "all documents and things in IIROC's possession or control that are relevant to the proceeding, including documents and things that are relevant to the respondent's ability to make full answer and defence." The Tribunal erred in applying this Rule. After the proceedings against Mr. Crandall had begun, the IIROC rules were replaced by *Consolidated Rules*, which explicitly stated they were inapplicable to ongoing matters. However, this error is without consequence, because a somewhat similar disclosure obligation can be found in the rules that should have been applied. Rules 10.1 and 10.2 of those rules stated as follows:

> **10.1 Association Duty to Disclose**
>
> Nothing in this Rule derogates from the Organization's obligation to disclose all materials as required by common-law, as soon as reasonably practicable after the issuance of the Notice of Hearing.
>
> **10.2 Obligation to Provide Documents and Other Items - Organization**
>
> The Organization shall, as soon as practicable after service of the Notice of Hearing, and in any case no later than 14

> days in a Standard Track proceeding and 60 days in a Complex Track proceeding, prior to the date of the hearing:
>
> 1. serve upon the Respondent:
>
> (a) copies of all documents; and
> (b) a list of items, other than documents intended to be relied upon at the hearing; and
>
> 2. make available for inspection to the Respondent all items referred to in subsection (a) (ii).

[66] At common law, the most onerous disclosure obligations are those elaborated in the criminal law context in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, [1991] S.C.J. No. 83 (QL). Disclosure obligations in the administrative law context are not necessarily as onerous. In *May*, referred to in the introductory paragraph to these reasons, LeBel and Fish JJ., for the majority, stated as follows:

> It is important to bear in mind that the *Stinchcombe* principles were enunciated in the particular context of criminal proceedings where the innocence of the accused was at stake. Given the severity of the potential consequences the appropriate level of disclosure was quite high. In these cases, the impugned decisions are purely administrative. These cases do not involve a criminal trial and innocence is not at stake. The *Stinchcombe* principles do not apply in the administrative context. [para. 91]

[67] IIROC did not dispute owing Mr. Crandall a duty of procedural fairness and acknowledged it was its practice, as part of fulfilling that duty, to comply with the *Stinchcombe* obligations: *Re Hirani*, 2018 IIROC 33, at para. 14. IIROC's position is that its staff and the IIROC panel complied with those obligations. Because the parties agreed that criminal law principles should be applied, I will consider IIROC's disclosure obligations to be as defined in *Stinchcombe* and its progeny, without further comment on their applicability in administrative law matters generally.

[68] In *Stinchcombe*, the Supreme Court adopted as the law the following statement made by McEachern C.J.B.C., dissenting, in *R. v. C. (M.H.) (B.C.C.A.)*, [1988] B.C.J. No. 2620 (C.A.) (QL), rev'd [1991] 1 S.C.R. 763, [1991] S.C.J. No. 27:

> [T]here is a general duty on the part of the Crown to disclose all material it proposes to use at trial and especially all evidence which may assist the accused even if the Crown does not propose to adduce it. […] [*Stinchcombe*, at p. 338]

[69] The Supreme Court went on to note the disclosure obligation is not absolute and is subject to Crown discretion regarding the withholding of information and the timing of the disclosure in appropriate circumstances. The exercise of this discretion is judicially reviewable.

[70] In the years since *Stinchcombe* was decided, much ink has been spilled on the matter of disclosure. The following paragraph taken from E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. (Aurora, Ont.: Canada Law Book, looseleaf), at s. 13:3020, is a general outline of the current state of the law in criminal law matters:

> The Crown has a "duty to disclose" all relevant, non-privileged information in its possession or control, whether inculpatory or exculpatory. This is referred to as "first party disclosure". If the Crown refuses first party disclosure, it bears the burden to show that the information is "clearly irrelevant". The Crown's duty to disclose corresponds to the accused's constitutional right to the disclosure of all material which meets the *Stinchcombe* standard. The purpose of disclosure is to protect the accused's *Charter* right to full answer and defence, which will be impaired where there is a "reasonable possibility that the undisclosed information could have been used in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise making a decision which could have affected the conduct of the defence". The "Crown" for the purposes of *Stinchcombe* does not refer to all Crown entities, but only to the "prosecuting Crown". All "other Crown entities", including police, are "third parties" for the

> purposes of disclosure. They are not subject to the *Stinchcome* regime. In addition to information contained in the "investigative file", termed "fruits of the investigation", the police should also disclose to the prosecuting Crown any additional information that is "obviously relevant" to the accused's case. The prosecuting Crown has a reciprocal duty to make reasonable inquiries of the police as to the progress of the case. "Third party disclosure" is dealt with in *O'Connor*. To obtain disclosure of such records, an accused must make a court application. First, the "burden is on the accused" to show that the record is "likely relevant". "Likely relevance" is a lower threshold than "true relevance", and has a "wide and generous connotation" that "includes information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence". Second, where the accused discharges this burden, the judge will examine the record to determine whether, and to what extent, it should be produced to the accused. To determine "which regime is applicable", the court considers: (1) Is the information that is sought in the "possession or control of the prosecuting Crown"? and (2) Is the nature of the information sought such that the police or another Crown entity in possession or control of the information "ought to have supplied it" to the prosecuting Crown? This will be the case if the information can be qualified as being part of the "fruits of the investigation" or "obviously relevant". An affirmative answer to either of these questions will call for the application of the first party disclosure regime. Otherwise, the third party disclosure regime applies.

[71] Applying these principles to the present case, IIROC's obligation at the adjudicative stage was to disclose to Mr. Crandall all relevant, non-privileged information in its possession or control, whether inculpatory or exculpatory. IIROC had an obligation to inquire of its investigators to ensure the disclosure was complete. IIROC also had to disclose relevant information obtained from third parties in the course of the investigation, but it had no duty to disclose documents in the exclusive possession of any third party. The information from NBF fell into this category. Whatever relevant information IIROC received from NBF had to be disclosed, but IIROC did not have an obligation to do more than that.

[72] It is true that IIROC's regulatory regime applied to NBF, and although NBF employees seemingly complied with IIROC requests, the fact remains that NBF was a third party to the proceeding against Mr. Crandall. As a result, disclosure of any documents that had not been given to IIROC fell under the regime the Supreme Court of Canada established in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, [1995] S.C.J. No. 98 (QL). Again, I turn to *Criminal Pleadings & Practice in Canada* to explain:

> "Third-party documents" are governed by the *O'Connor* regime. An *O'Connor* application is a "two-step process". Initially, an accused must demonstrate that the records sought are likely relevant to an issue at trial, such as the credibility or reliability of a witness. In view of the privacy interests at stake, an "accused bears the burden" of demonstrating that the documents sought are "logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify". If an accused meets the likely relevance threshold, the documents will be produced to the trial judge, who must then weigh the "salutary and deleterious effects" of a production order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence. [para. 13:3020A]

[73] A process similar to this one was effectively used in the present case. By motion, Mr. Crandall turned to the IIROC panel to obtain disclosure of the documents he claimed NBF had in its possession. The IIROC panel directed IIROC staff to follow up, which it did, resulting in additional documents provided to Mr. Crandall.

[74] According to the Tribunal, this was not enough. The Tribunal found "it should have been apparent to IIROC [s]taff that NBF's record-keeping was sub-par." (para. 177). Whether or not this characterization is well-founded, the Tribunal nevertheless erred when it concluded that the failure of full disclosure of the NBF documents could be attributed to IIROC. While the documents, if they existed, might well have been relevant, they were not in the possession of IIROC staff and, as a result, were not required to be disclosed as part of IIROC's disclosure obligations. The Tribunal also erred when it imposed an obligation on IIROC to make requests on behalf of Mr.

Crandall. The governing rules provided an avenue for Mr. Crandall to make motions before the IIROC panel, which he did. They did not obligate IIROC staff to answer to his requests for third party documents. Although it was not obliged to do so, IIROC staff nevertheless repeatedly sought from NBF the documents Mr. Crandall was seeking and provided him with what relevant information NBF produced. In these circumstances, one could not require more of IIROC.

[75] For the reasons outlined above, I conclude the Tribunal erred in holding that the duty of procedural fairness imposed upon IIROC an obligation to disclose materials NBF had not provided to it. IIROC repeatedly asked for the document Mr. Crandall sought, and it provided him with the results of its inquiries. Even on the more exacting obligations required in the criminal law context, no more could be expected of IIROC. It follows IIROC did not breach its duty of procedural fairness.

D. *Does NBF's failure to produce the requested documents constitute a breach of procedural fairness?*

[76] For the reasons set out above, the Tribunal erred by approaching this as a disclosure case. Simply put, IIROC could not disclose what it did not have or what was in the exclusive possession of a third party. Mr. Crandall was justified in asking the IIROC panel to order NBF to produce the documents and, while the IIROC panel replied by asking staff to again seek documents from NBF, we now know that, even if a summons had been issued, the result would have been as it was when the Tribunal summoned Mr. Collins. He testified there were no further documents. As was later revealed, he was wrong, but that fact does not make this a disclosure case.

[77] Following *Stinchcombe*, the question arose whether the Crown had a duty to disclose materials in the hands of other Crown departments or agencies. In my view, it cannot be said that NBF's position as an entity regulated by IIROC is analogous to a government department or agency. Nevertheless, even if NBF's position in the regulatory scheme could be equated to a different Crown department than the

prosecuting agency, the obligation on IIROC would not have required disclosure of NBF documents IIROC did not possess. The obligation would be as stated by Ryan J.A. in *R. v. Arsenault* (1994), 153 N.B.R. (2d) 81, [1994] N.B.J. No. 417 (C.A.) (QL), in a paragraph that was endorsed by the Supreme Court of Canada in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66:

> When disclosure is demanded or requested, Crown counsel have a duty to make reasonable inquiries of other Crown agencies or departments that could reasonably be considered to be in possession of evidence. Counsel cannot be excused for any failure to make reasonable inquiries when to the knowledge of the prosecutor or the police there has been another Crown agency involved in the investigation. Relevancy cannot be left to be determined by the uninitiated. If Crown counsel is denied access to another agency's file, then this should be disclosed to the defence so that the defence may pursue whatever course is deemed to be in the best interests of the accused. […] [*Arsenault*, at para. 15; *McNeil*, para. 49]

[78] Even if the relationship between IIROC and NBF were found to be analogous to what was considered in *McNeil*, which I hold it is not, what would have been required were "reasonable inquiries". On the evidence, it is clear that IIROC staff would have amply met that obligation.

[79] In my view, this was not a disclosure case but a missing documents case. These types of cases may arise in one of two ways: (1) the documents were lost or destroyed by a third party; and (2) the documents had been in the possession of the Crown (or the police) but have since been lost or destroyed.

[80] The present case involves the first of these two scenarios. In the criminal law context, the law is clear that the Crown can disclose only what is in its possession, which includes that which is in the possession of the police relating to the particular file and documents produced in response to reasonable inquiries of other Crown departments or agencies. Otherwise, an accused person must turn to the regime established in *O'Connor*.

[81] *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, [1997] S.C.J. No. 12 (QL), involved a situation where evidence had been destroyed by a third party. It was a situation where the complainant in a sexual assault case had gone to a crisis centre for advice and had been interviewed by a social worker who had taken notes. Before trial, the defence brought an application for production of the centre's file. Both the Crown and the complainant consented to the order. When the file was produced, the notes in question were not included. It was later revealed these had been destroyed for the very purpose of not making them available for use in a criminal trial.

[82] Sopinka J. wrote the reasons for a five to four majority. Having found an infringement of the accused's constitutional rights to full answer and defence, he held the trial judge had not erred in ordering a stay of proceedings as the appropriate remedy in the circumstances of that case. Shortly after *Carosella*, the Supreme Court released its reasons in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, [1997] S.C.J. No. 30 (QL). In that case, the same five to four majority concluded that a stay was not the proper remedy in a case where a statement had been inadvertently (not intentionally) lost or destroyed by the police. *La* will be reviewed in more detail below, but what comes out of it is a clarification of the operation of *Carosella* by confining it "to those exceedingly rare but egregious cases where relevant evidence has been deliberately destroyed simply to frustrate the administration of criminal justice": Graeme G. Mitchell, *R. v. La: The Evolving Right to Crown Disclosure and the Supreme Court Divided* (1997) 8 C.R. (5th) 179. If there were any doubt about the limits of *Carosella*, these were dispelled by the Court's reasons in *R. v. Buric*, [1997] 1 S.C.R. 535, [1997] S.C.J. No. 38 (QL).

[83] I borrow Graeme G. Mitchell's description of *Buric*: "the court had to consider whether *Carosella* applied in circumstances where the police had kept virtually no notes of extensive interviews that two officers conducted with the principal Crown witness in a first degree murder case." The appeal to the Supreme Court was summarily dismissed from the bench, Sopinka J. stating that the *Carosella* principles "have no application by reason, *inter alia*, that there is no finding by the trial judge nor any

evidence which would justify the conclusion that the police failed to make a record deliberately to avoid production."

[84] In the present case, the Tribunal relied on *Carosella* in support of its decision to stay the proceedings against Mr. Crandall, holding that the stay of proceedings in *Carosella* was warranted because "there was a reasonable possibility that the information contained in the notes was logically probative to the issue of the credibility of the complainant" (para. 254). With respect, this ignores the behaviour in *Carosella* the Court was particularly denouncing and which *La* and *Buric* make clear was critical to the remedy ordered, that is, a stay of proceedings. Nothing similar can be said to have occurred in the present case. There was no violation of the duty to disclose, no attempt to interfere with procedural fairness and, therefore, no basis to order a remedy, much less a stay of proceedings.

[85] In any event, it is not all destruction of evidence that will lead to a stay of proceedings. *La* was a case where missing documents were once in the possession of the police, but which had, at some point before trial, inadvertently been lost or destroyed. The Court found this was not a "third party" loss of documents because the police, although separate for the Crown, have a particular duty to preserve evidence. As a result, this was treated as a disclosure case. The police had inadvertently misplaced the tape of an interview with the complainant. For the same five judges as in *Carosella*, Sopinka J. observed that the duty to disclose included a duty to preserve, but that, if the Crown could give a satisfactory explanation "that the evidence has not been destroyed or lost owing to unacceptable negligence, the duty to disclose has not been breached" (para. 20). He went on to explain that, where evidence is lost not owing to unacceptable negligence, "in order to make out a breach of s. 7 [of the *Charter*] on the ground of lost evidence, the accused must establish <u>actual prejudice</u> to his or her right to make full answer and defence" (para. 25) (emphasis added). Only then would a stay of proceedings be justified.

[86] As for what constitutes "actual prejudice," Weiler J.A. in *R. v. Bradford*, [2001] O.J. No. 107 (C.A.) (QL), leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 131, explained as follows:

> The fact that a piece of evidence is missing that might or might not affect the defence will not be sufficient to establish that irreparable harm has occurred to the right to make full answer and defence. Actual prejudice occurs when the accused is unable to put forward his or her defence due to the lost evidence and not simply that the loss of the evidence makes putting forward the position more difficult. To determine whether actual prejudice has occurred, consideration of the other evidence that does exist and whether that evidence contains essentially the same information as the lost evidence is an essential consideration. […] [para. 8]

[87] A good application of these principles can be found in *Ontario (Ministry of Labour) v. Lee Valley Tools Ltd.*, 2009 ONCA 387, [2009] O.J. No. 1882 (QL), at paras. 21-30. See also *R. v. Svekla*, 2010 ABCA 390, [2010] A.J. No. 1443 (QL), at paras. 27-30. In this latter case, following *Bradford*, the Alberta Court of Appeal pointed out that, in determining whether actual prejudice had been shown, "the existence of other evidence containing essentially the same information is 'an essential consideration'" (para. 27).

[88] These principles have been applied in an administrative law case, albeit an immigration case when s. 7 *Charter* rights have been held to be engaged. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, certain materials had been destroyed and the question was whether summaries sought to be introduced should be excluded. For the majority, McLachlin C.J.C. explained the situation as follows:

> As a result of policy OPS-217, the original operational notes and recordings are lost evidence. Where the Minister loses evidence that should have been disclosed, he has a duty to explain what happened to it: *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at paras. 18-20. Where the Minister is unable to satisfy the judge that the evidence was not destroyed

> owing to unacceptable negligence, he has failed to meet his disclosure obligations and there has been a breach of s. 7 of the *Charter*: *ibid.*, at para. 20. In the present case, the destruction of operational notes pursuant to policy OPS-217 constitutes unacceptable negligence, within the meaning of *La*. Indeed, no reasonable steps were taken to preserve the evidence: *ibid.*, at para. 21. Quite the contrary. CSIS destroyed the materials in violation of the *CSIS Act*, and, in so doing, compromised "the very function of judicial review": *Charkaoui II*, at para. 62. Consequently, the ministers failed to meet their disclosure obligations towards Mr. Harkat and breached s. 7 of the *Charter*. [para. 93]

[89] Having found a violation of the disclosure obligation, McLachlin C.J. then turned her analysis to the appropriate remedy. In arriving at the conclusion that trial fairness would not be significantly prejudiced by admission of the summaries, McLachlin C.J. approved the statement in *Bradford* to the effect that "the impact of the loss of evidence on trial fairness must be considered 'in the context of the rest of the evidence and the position taken by the defence'" (para. 97).

[90] In the present case, Mr. Crandall chose not to testify before the IIROC panel. He stood mute because he wanted access to his notebooks and other documents. While it is possible the absence of these documents might have made putting forward his position more difficult, there is no evidence establishing he was unable to put forward his defence. As a result, as this was at best a lost evidence case, the remedy of a stay of proceedings would not have been available because Mr. Crandall failed to show he suffered actual prejudice from the loss of any documents. In fact, before us, Mr. Crandall admitted he should have testified before the IIROC panel. Perhaps he would have established actual prejudice, but at this stage that is mere speculation. The onus was on him to establish it and he did not.

[91] In sum, this case involves the possible loss or destruction of documents by a third party, not done for the purpose of obstructing the proceedings before the IIROC panel. This is obvious since, if the documents contain what Mr. Crandall alleges,

they would also have been of assistance to NBF in the event of any claim against it. The allegedly missing documents were never in the possession of IIROC, so this is not a failure to disclose case. Applying criminal law principles, which all parties submitted should be applied, Mr. Crandall would have had to establish before the IIROC panel that the loss or destruction of documents caused him actual prejudice. This would have been assessed in light of the rest of the evidence before the panel. Mr. Crandall chose not to testify and failed to establish actual prejudice. In these circumstances, the Tribunal erred in finding this was a disclosure case and in ordering a stay of proceedings.

IV. Disposition

[92] In the normal course, this appeal should be allowed, and the matter remitted to the Tribunal for resumption of the hearing on the outstanding grounds of review. Recall this ground had been severed from the remaining grounds. However, at the hearing of the appeal, Mr. Crandall conceded his review stood to be determined solely on the ground of the missing documents. Considering this, it would serve no purpose to remit the matter to the Tribunal. As a result, I would allow the appeal, set aside the decision of the Tribunal and restore the decision of the IIROC panel. In its written submission, IIROC did not seek costs nor did it argue costs before us. In the circumstances, I would not make any order of costs.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF RICHARD

I. Introduction

[1] Les organismes d'autoréglementation ont pour fonction de protéger le public contre les actions répréhensibles des professionnels réglementés et de promouvoir la confiance dans leur organisation. L'atteinte de ces objectifs ne se fait pas dans un vide réglementaire. La protection du public et la préservation de cette confiance doivent se faire d'une manière conforme à la primauté du droit. Les organismes d'autoréglementation sont non seulement régis par leurs régimes législatif et réglementaire habilitants; ils doivent également respecter les principes fondamentaux de notre système juridique, notamment celui qui impose aux décideurs administratifs l'obligation de se conformer aux exigences de l'équité procédurale lorsqu'ils rendent des « décisions touchant les droits, privilèges ou biens d'une personne » : *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 94.

[2] L'équité procédurale est une large notion axée sur le contexte qui impose certaines obligations aux décideurs administratifs. Parmi celles-ci, notons qu'un organe administratif qui exerce des pouvoirs disciplinaires sur l'un de ses membres est tenu d'informer l'intéressé de la cause à réfuter et de la preuve qui pèse contre lui et de donner à toutes les parties la possibilité d'être entendues (la règle *audi alteram partem*); une autre de ces obligations est englobée par la « règle *nemo judex in causa sua*, selon laquelle chaque partie a le droit d'être traitée avec impartialité et sans préjugé » : *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 821 c. Réseau de santé Vitalité (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, [2015] A.N.-B. n° 14 (QL), au par. 39, le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre), arrêt appliqué dans *Landry c. Procureure générale du Nouveau-Brunswick*, 2020 NBCA 38, [2020] A.N.-B. n° 113 (QL), au par. 38, la juge d'appel LaVigne.

[3] Il s'agit en l'espèce de déterminer l'étendue de ces obligations en matière d'équité procédurale dans le contexte d'un organisme d'autoréglementation reconnu par la Commission des services financiers et des services aux consommateurs du Nouveau-Brunswick en vertu de l'al. 35(1)b) de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004 ch. S-5.5. L'organisme de réglementation en cause est l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (l'OCRCVM).

[4] L'OCRCVM est une organisation privée exerçant sur ses membres un pouvoir disciplinaire qui découle de l'engagement contractuel que prennent les sociétés de courtage et les particuliers lorsqu'ils présentent une demande d'adhésion ou d'inscription. L'OCRCVM a pour mandat de protéger les investisseurs et l'intégrité des marchés financiers en réglementant les courtiers en valeurs mobilières ainsi que leurs activités d'opérations sur valeurs mobilières et de prestation de conseils partout au Canada. Dans ce but, l'OCRCVM a adopté des normes et des règles régissant la conduite des sociétés de courtage en valeurs mobilières et de leurs employés inscrits. Parmi ces règles, il en est une qui reconnaît que, lorsqu'il engage une procédure disciplinaire, l'OCRCVM a « l'obligation […] de communiquer tous les renseignements requis en droit ».

[5] Plus précisément, la présente instance vise la non-communication, en raison de leur perte ou de leur destruction, de documents qui étaient en la possession d'un tiers malgré les nombreuses tentatives que l'OCRCVM a faites pour les obtenir à la demande et au profit d'un membre contre qui une procédure disciplinaire avait été engagée. Ce membre est Robert Crandall.

II. Contexte

[6] M. Crandall a été actif dans le domaine des valeurs mobilières depuis son inscription comme conseiller en placements en 1983. Il a été inscrit d'abord auprès de l'Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières, puis auprès de l'OCRCVM. Du mois de juin 2006 au mois d'octobre 2011, il occupait un poste de

conseiller en placements auprès de la Wellington West Capital Inc. Lorsque la Financière Banque Nationale (la Financière) a acquis Wellington West en 2011, M. Crandall est resté à son poste de conseiller en placements, poste qu'il a occupé jusqu'à sa démission en juillet 2012. Il s'est alors joint à la société Jones Gable, dans laquelle il est resté jusqu'en 2015.

[7] En 2013, l'OCRCVM a reçu une plainte au sujet d'opérations que M. Crandall avait faites pour une cliente dont il avait été l'unique conseiller financier de 1992 à 2012. Cette cliente était une femme âgée désignée indistinctement dans les documents sous les termes D.R. ou la plaignante. La plainte précisait que, au cours d'une période de plus de cinq ans, M. Crandall avait effectué dans ses comptes toute une série d'opérations en nombre excessif, souvent sans approbation, ce qui avait eu pour effet d'effacer tous les bénéfices réalisés dans ces comptes.

[8] La plainte a amené le personnel de l'OCRCVM à faire enquête. Cette enquête a finalement abouti à l'introduction d'une procédure disciplinaire contre M. Crandall. Un avis d'audience alléguant les trois infractions suivantes aux *Règles des courtiers membres de l'OCRCVM* a été délivré :

> [TRADUCTION]
>
> 1) Au cours de la période allant de juillet 2006 à juin 2012, [M. Crandall] a effectué dans les comptes de D.R. des opérations en nombre excessif qui n'étaient pas dans les limites d'une saine pratique des affaires et qui ne convenaient pas à celle-ci, en contravention des alinéas 1(o) et (q) de la Règle 1300 des courtiers membres de l'OCRCVM (les alinéas 1(o) et (q) du Règlement 1300 de l'ACCOVAM, antérieurement au 1er juin 2008);
>
> 2) Au cours de la période allant de juillet 2006 à juin 2012, [M. Crandall] a effectué des opérations discrétionnaires non autorisées dans les comptes de D.R., sans que les comptes aient d'abord été autorisés comme comptes carte blanche, en contravention de l'article 4 de la Règle 1300 des

courtiers membres (l'article 4 du Règlement 1300 de l'ACCOVAM, antérieurement au 1er juin 2008);

3) Au cours de la période allant de juillet 2007 à octobre 2010, [M. Crandall] a fait des recommandations à l'égard des comptes de D.R. qui ne convenaient pas à celle-ci, en contravention de l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 des courtiers membres (l'alinéa 1(q) du Règlement 1300 de l'ACCOVAM, antérieurement au 1er juin 2008).

[9] Pendant toute la durée de l'enquête et des procédures de mise en application, M. Crandall a toujours soutenu qu'il existait différents dossiers de travail, dont des blocs-notes, des fiches de négociation, des carnets et feuillets de messages téléphoniques, des courriels, de la correspondance et des rapports du courrier reçu et envoyé. Or, il n'était pas en possession de ces pièces étant donné que les règles de l'OCRCVM l'empêchaient d'emporter l'un quelconque de ces documents lorsqu'il a quitté la Financière en 2012. Le personnel de l'OCRCVM a présenté plusieurs demandes à la Financière pour obtenir ces documents, la première fois peu après sa première entrevue avec M. Crandall, en janvier 2014. Il y a eu au total au moins 19 demandes de production des documents adressées à la Financière, au moins quatre d'entre elles portant plus particulièrement sur les blocs-notes de M. Crandall. Lorsqu'il a été informé que ces blocs-notes étaient introuvables, le personnel de l'OCRCVM a demandé à la Financière de produire un résumé des démarches entreprises pour les trouver.

[10] Une formation d'instruction a été constituée pour examiner la plainte. Le 10 décembre 2015, M. Crandall a demandé à la formation de l'OCRCVM d'ordonner la production et la communication d'environ 40 catégories de documents. Le personnel de l'OCRCVM a répondu qu'un grand nombre des documents demandés avaient déjà été communiqués à M. Crandall, et la formation d'instruction a conclu que de nombreux documents n'avaient aucune pertinence dans le cadre de l'instance. Toutefois, la formation a bel et bien ordonné au personnel de l'OCRCVM de demander de nouveau à la Financière les documents que M. Crandall voulait obtenir. Cette même journée, le personnel de l'OCRCVM a envoyé à la Financière un courriel dans lequel elle demandait

les blocs-notes, les blocs-correspondance et les copies papier des fiches de négociation de M. Crandall. Il informait également la Financière que M. Crandall avait déclaré avoir laissé tous les documents auprès de la Financière lorsqu'il avait démissionné et que ses notes avaient été mises dans des boîtes et entreposées dans une installation hors site appelée Iron Mountain. Une semaine plus tard, un membre du personnel a fait un suivi téléphonique et la Financière a entrepris une nouvelle recherche.

[11] Le 23 décembre 2015, la Financière a informé le personnel de l'OCRCVM qu'elle avait trouvé sept articles liés aux comptes de D.R. Ces documents ont été reçus par l'OCRCVM le 5 janvier 2016 et communiqués à M. Crandall deux jours plus tard.

[12] Le 30 décembre 2015, la Financière a informé le personnel de l'OCRCVM qu'elle avait trouvé cinq boîtes supplémentaires de documents liés à M. Crandall. Ces documents ont été regroupés dans quatre boîtes que le personnel de l'OCRCVM a reçues le 8 janvier 2016. Les documents pertinents qui se trouvaient dans ces boîtes ont été communiqués à M. Crandall une semaine plus tard. Ces documents renfermaient des copies papier des fiches de négociation, mais aucun bloc-notes ni carnet n'avait été trouvé. La Financière a également déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Aucun document ni aucune liste ou autre indication concernant le rapport d'inventaire n'indique que des documents quelconques associés à Robert Crandall aient été archivés à Iron Mountain. »

[13] En février 2016, une audience a été tenue pour examiner le bien-fondé des allégations soulevées contre M. Crandall. Au cours de cette audience, M. Crandall a contre-interrogé les témoins de l'OCRCVM, dont D.R., et il a appelé à la barre un ancien collègue. Cependant, il a finalement décidé de ne pas témoigner à sa propre décharge en soutenant qu'il lui était impossible de le faire sans ses notes. En fin de compte, une grande partie de la preuve testimoniale de D.R. n'a pas été contestée.

[14] L'audience a abouti à une décision datée du 26 mai 2016, publiée à 2016 OCRCVM 18, dans laquelle il a été déterminé que les trois chefs d'accusation énoncés dans l'avis d'audience avaient tous été prouvés. En résumé, la formation d'instruction a conclu que M. Crandall : (1) avait effectué des opérations en nombre excessif; (2) avait effectué des opérations discrétionnaires non autorisées; et (3) avait fait des recommandations qui ne convenaient pas pour les comptes de placement personnels de D.R. En arrivant à ces conclusions, la formation a observé qu'[TRADUCTION] « un grand nombre de documents [avaient] été obtenus et communiqués à [M. Crandall] », mais elle a reconnu qu'il avait été impossible de retrouver ses notes personnelles.

[15] Cela a débouché sur une audience sur les sanctions qui a abouti à une décision datée du 3 octobre 2016, publiée à 2016 OCRCVM 37, qui imposait à M. Crandall : (1) une amende de 150 000 $; (2) une interdiction de réinscription auprès de l'OCRCVM d'une durée de cinq ans; (3) l'obligation de reprendre avec succès l'examen relatif au Manuel sur les normes de conduite et de faire l'objet d'une surveillance stricte pendant 18 mois advenant son retour au sein de l'industrie; et (4) l'obligation de payer des frais de 35 000 $.

[16] Le paragraphe 44(1) de la *Loi sur les valeurs mobilières* autorise M. Crandall à demander la révision des décisions de la formation d'instruction par le Tribunal des services financiers et des services aux consommateurs (le Tribunal) établi sous le régime de la *Loi sur la Commission des services financiers et des services aux consommateurs*, L.N.-B. 2013, ch. 30. M. Crandall a lancé une procédure de révision au moyen d'une lettre au Tribunal.

[17] Dans la lettre dans laquelle il sollicitait la révision, M. Crandall se plaint d'avoir été privé de son droit à une formation d'instruction entièrement composée de personnes dont la langue maternelle est l'anglais. Il affirme que cela lui a été refusé malgré ses demandes répétées, puisqu'en fin de compte tous les membres de la formation provenaient du Québec. Il poursuit sa lettre en énumérant ce qui représentait à ses yeux

sept [TRADUCTION] « injustices », la première étant la seule à avoir une pertinence quelconque dans le cadre du présent appel. La voici :

> [TRADUCTION]
> 1. Droits de la personne – Je dois être [présumé] innocent tant que je n'ai pas été déclaré coupable. Malgré mes demandes répétées à la [Financière], et celles de mon ancien avocat […], on m'a refusé le privilège d'avoir accès à mes documents, relevés, notes personnelles et relevés téléphoniques, bien que mon ancienne adjointe administrative ait confirmé de nouveau qu'on lui avait expressément demandé que tout soit envoyé en entreposage dans des boîtes munies de codes à barres permettant d'en déterminer le contenu, afin de pouvoir y accéder au besoin. Ces renseignements étaient essentiels à ma défense, et on m'a empêché d'avoir accès à ceux-ci, dont j'avais besoin pour me défendre de façon appropriée. JE SUIS CONVAINCU que, SI j'avais eu accès à ces renseignements, il aurait été facile pour [la formation d'instruction] de conclure que je n'étais PAS coupable d'avoir commis ce dont j'ai été accusé.

[18] Le 21 septembre 2017, le Tribunal a tenu une conférence préparatoire à l'audience. Deux choses importantes se sont produites lors de cette conférence. Premièrement, M. Crandall a retiré cinq moyens de révision (qualifiés d'« injustices » dans sa lettre de demande de révision). Deuxièmement, le Tribunal a présenté sa propre motion préliminaire se rapportant à la communication de documents à M. Crandall. La même journée, le Tribunal a rendu une ordonnance qui comprenait la directive suivante : « Si ce n'est déjà fait, l'OCRCVM effectuera la divulgation de la totalité [de] sa preuve de l'instance de l'OCRCVM sur support papier à Robert Crandall au plus tard le 6 octobre 2017. […] ».

[19] Le Tribunal a délivré puis modifié un avis d'audition d'une motion présentée de sa propre initiative. Voici les extraits pertinents de l'avis d'audition d'une motion modifié :

> [TRADUCTION]
> **SACHEZ** que le Tribunal des services financiers et des services aux consommateurs tiendra une audience […] se rapportant à une motion présentée par le Tribunal dans le but de déterminer si la [Financière] devrait communiquer les documents suivants à Robert Crandall :
>
> a) les notes et blocs-notes personnels et de travail de Robert Crandall, pour la période de 2006 au 1er juillet 2012,
> b) les fiches d'ordre se rapportant à [D.R.] ou à sa société de portefeuille, y compris les notes écrites sur celles-ci par Robert Crandall, pour la période de 2006 au 1er juillet 2012,
> c) les blocs-notes de messages téléphoniques indiquant tous les appels entrants et sortants entre Robert Crandall et [D.R.], pour la période de 2006 au 1er juillet 2012,
> d) les courriels échangés entre Robert Crandall et [D.R.], pour la période de 2006 au 1er juillet 2012,
> e) une copie de toute la correspondance reçue et expédiée entre Robert Crandall et [D.R.], pour la période de 2006 au 1er juillet 2012;
> f) toute correspondance envoyée à [D.R.] au sujet des comptes rendus trimestriels, pour la période de 2006 au 1er juillet 2012.
>
> Le Tribunal pourra également rendre toute ordonnance ou ordonnance supplémentaire qu'il estimera juste ou nécessaire.
>
> L'audience se déroulera conformément à l'article 44 de la *Loi sur les valeurs mobilières* […] et au paragraphe 2(2) et à la partie 6 de la Règle locale 15-501 *Instances devant le Tribunal*.

[20] Le Tribunal a également signifié une assignation à témoin à Charles Collins, directeur de succursale chargé de la supervision de toutes les succursales de la Financière au Nouveau-Brunswick. M. Collins a été cité à comparaître lors de l'audience sur la motion en communication de documents et il a reçu l'ordre de produire certains documents. M. Collins a répondu au moyen d'un affidavit dans lequel il a déclaré que tous les documents mentionnés par le Tribunal avaient [TRADUCTION]

« déjà été demandés par l'OCRCVM » et que la Financière avait [TRADUCTION] « fait tous les efforts raisonnables pour trouver et produire la documentation pertinente ». M. Collins n'estimait pas que la Financière avait [TRADUCTION] « en sa possession des documents demandés dans l'assignation à témoin […] qui n'[avaient] pas déjà été communiqués à l'OCRCVM dans le cadre de son enquête sur la présente affaire ».

[21] Le 15 décembre 2017, le Tribunal a tenu une audience sur la motion présentée de sa propre initiative afin de déterminer s'il fallait ordonner à la Financière de remettre des documents supplémentaires à M. Crandall. M. Collins a été le seul témoin appelé à la barre. Il a d'abord été interrogé par des membres du Tribunal, puis par M. Crandall et enfin, une seconde fois, par un membre du Tribunal. Conformément à la déclaration qu'il avait faite dans son affidavit, M. Collins n'a présenté aucun document supplémentaire lors de l'audience sur la motion en communication. Il a témoigné que la Financière n'avait trouvé aucun autre document.

[22] Le 19 janvier 2018, le Tribunal a rendu une autre ordonnance. De sa propre initiative, il a dissocié le motif de révision de M. Crandall qui portait sur la communication des documents et déclaré qu'il entendrait cette question avant les « autres [moyens] de révision ».

[23] En avril 2018, la Financière a repéré 49 boîtes additionnelles à l'entrepôt d'Iron Mountain, 11 d'entre elles qui avaient un rapport avec M. Crandall et ses clients. Les membres du personnel de l'OCRCVM ont passé en revue le contenu de chacune de ces boîtes. Ils ont trouvé différentes pages de notes, mais pas de blocs-notes. Les documents pertinents que renfermaient ces boîtes ont été communiqués à M. Crandall en mai 2018. Toutes les notes manuscrites prises par M. Crandall – en ce qui concernait tous ses clients et non seulement D.R. – lui ont été communiquées.

[24] Les archives de l'entreposage hors site ont révélé que quatre des boîtes de la Financière avaient été détruites. Bien que le relevé du contenu de l'une de ces boîtes indique qu'elle avait peut-être contenu des blocs-notes ou des blocs-notes de messages

téléphoniques, la période correspondant à cette boîte n'allait que du 1er janvier 2006 au 31 décembre 2006.

[25] Lorsque le Tribunal a délivré un avis d'audience, il a reformulé le premier des moyens de révision de M. Crandall en ces termes :

> [TRADUCTION]
> Y a-t-il eu, dans les procédures de l'OCRCVM, notamment son enquête, un manquement à l'équité procédurale qui a porté atteinte au droit de M. Crandall de répondre aux allégations dont il faisait l'objet?

[26] L'audience s'est tenue les 10 et 11 septembre 2018. D'emblée, la présidente du Tribunal a précisé ce qui suit : [TRADUCTION] « La présente audience porte uniquement sur la question de la communication. »

[27] Dès le début de l'audience, M. Crandall a appelé deux anciens collègues à la barre des témoins, après quoi il a lui-même témoigné. L'OCRCVM a appelé trois témoins, dont M. Collins.

[28] Le 7 juin 2019, le Tribunal a rendu sa décision, qui est publiée à 2019 NBFCST 7, dans laquelle il [TRADUCTION] « annul[ait] » les décisions de l'OCRCVM – tant sur le fond que sur les sanctions – et ordonnait l'arrêt des procédures. Le Tribunal estimait que les blocs-notes, les fiches de négociation et les carnets de messages téléphoniques que M. Crandall voulait obtenir de la Financière étaient pertinents quant aux allégations dont il faisait l'objet ainsi que de sa défense. Il concluait que l'omission de fournir ces documents dans le cadre de l'instance de l'OCRCVM constituait un manquement à l'obligation d'équité procédurale à laquelle l'OCRCVM était tenue.

[29] Après en avoir obtenu la permission, et au titre du par. 48(1) de la *Loi sur la Commission des services financiers et des services aux consommateurs*, l'OCRCVM porte la décision du Tribunal en appel. La Commission des services financiers et des

services aux consommateurs du Nouveau-Brunswick (la Commission) et l'Association canadienne des courtiers de fonds mutuels (l'Association) ont obtenu la qualité d'intervenantes. Dans son avis d'appel, l'OCRCVM énonce neuf moyens d'appel, qu'il a quelque peu condensés dans son mémoire. À mon avis, fondamentalement, le présent appel soulève les trois questions suivantes :

1) L'instance tenue devant le Tribunal était-elle équitable envers l'OCRCVM sur le plan de la procédure?

2) Le Tribunal a-t-il eu raison de conclure que l'obligation d'équité procédurale imposait à l'OCRCVM l'obligation de communiquer des documents qui n'étaient pas en sa possession?

3) L'omission de la Financière de produire les documents demandés constitue-t-elle un manquement à l'équité procédurale?

[30] Selon moi, la réponse à ces questions est « non ».

III. Analyse et décision

A. *Norme de contrôle*

[31] La norme de contrôle des décisions administratives dépend de la nature de l'affaire en cause. « [L]orsqu'il s'agit d'équité de la procédure, le tribunal saisi de la requête en révision n'applique aucune norme déférente. Il détermine tout simplement si les règles de l'équité procédurale ont été respectées » : *Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l'Éducation c. Kennedy et autres*, 2015 NBCA 58, [2015] A.N.-B. n° 251 (QL), le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre), au par. 14, arrêt appliqué dans *Landry*, au par. 36. Par conséquent, pour ce qui est de la première des trois questions fondamentales soulevées en appel, le rôle de notre

Cour consiste à déterminer si l'instance qui s'est déroulée devant le Tribunal était équitable envers l'OCRCVM sur le plan de la procédure.

[32] S'agissant du contrôle de la décision au fond, la norme de contrôle est déterminée selon le cadre d'analyse que la Cour suprême du Canada a élaboré dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. nº 65 (QL), aux par. 36 et 37. Selon la Cour suprême, lorsque la loi habilitante d'un décideur administratif renferme un mécanisme d'appel, la cour de révision doit appliquer les normes ordinaires applicables à la révision en appel, lesquelles prévoient que les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte et les questions de fait selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Les questions mixtes de droit et de fait sont également révisées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins qu'une question de droit puisse être isolée : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[33] L'OCRCVM a déposé ses observations écrites avant la publication de l'arrêt *Vavilov*, mais il a plaidé que la nature des questions en cause n'exigeait aucune retenue envers le Tribunal. M. Crandall a prétendu que la norme du caractère raisonnable devrait s'appliquer.

[34] Sur le fondement de l'arrêt *Vavilov*, la Commission et l'Association ont toutes deux fait valoir que les normes ordinaires applicables à la révision en appel s'appliquent en l'espèce. Elles ont soutenu que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle appropriée étant donné que les moyens d'appel que j'ai condensés dans les deuxième et troisième questions formulées plus haut soulèvent tous des questions de droit. Je reconnais le bien-fondé de leur position.

B. *L''instance tenue devant le Tribunal était-elle équitable envers l'OCRCVM sur le plan de la procédure?*

[35] En toute déférence, je suis d'avis que la procédure qui a mené à la décision du Tribunal était viciée à l'égard de deux éléments importants qui, lorsqu'on les considère ensemble, la rendaient injuste envers l'OCRCVM au motif qu'ils soulèvent une crainte raisonnable de partialité. Ces deux éléments sont les suivants :

1) Le Tribunal a présenté une motion formelle sur laquelle il a ensuite statué;

2) De sa propre initiative, sans donner aux parties la possibilité de se faire entendre sur la question, sans préciser la source de ce pouvoir et sans motifs déclarés, le Tribunal a dissocié les moyens de révision et s'est penché en premier sur la question qu'il avait lui-même reformulée.

(1) <u>Le Tribunal a présenté une motion de sa propre initiative et il a statué sur celle-ci</u>

[36] Le Tribunal a invoqué l'art. 44 de la *Loi sur les valeurs mobilières* et le par. 2(2) et la partie 6 de la règle locale 15-501 (la Règle) comme fondements de son droit de présenter une motion de sa propre initiative dans le but de déterminer s'il devrait être ordonné à la Financière de produire les documents. Cette règle, qui a depuis lors été abrogée avec l'adoption des nouvelles *Règles de procédure*, était en vigueur lorsque le Tribunal a statué sur sa propre motion.

[37] En toute déférence, rien dans la disposition législative invoquée ni dans la Règle n'autorisait le Tribunal à présenter une motion de sa propre initiative.

[38] L'article 44 est la disposition qui habilitait M. Crandall à demander une révision, mais elle ne permet pas expressément ou implicitement au Tribunal de présenter une motion de sa propre initiative puis de statuer sur celle-ci. En ce qui

concerne la Règle, elle prévoyait que des motions, dont des motions préliminaires, pouvaient être introduites par une partie durant une instance. Le terme « partie » est défini comme « un requérant, un intimé, les membres du personnel ou toute personne qualifiée de partie par le Tribunal ». Rien ne permettait expressément ou implicitement au Tribunal de présenter une motion de sa propre initiative.

[39] Le paragraphe 2(2) de la Règle permettait au Tribunal de déroger à toute disposition de la Règle ou d'y apporter des modifications et de formuler des directives procédurales s'il était dans l'intérêt public de le faire ou pour que les questions en litige puissent être tranchées de façon équitable et rapide. Le Tribunal s'est fondé sur cette disposition pour s'autoriser à introduire une motion de sa propre initiative et ensuite statuer sur celle-ci. Dans sa décision finale, toutefois, le Tribunal n'a aucunement expliqué en quoi il avait « dérogé » à une disposition quelconque de la Règle ou y avait « apporté des modifications », et encore moins comment cela aurait pu être dans l'intérêt public ou permettre que les questions en litige puissent être tranchées de façon équitable et rapide.

[40] Le paragraphe 8(1) de la Règle prévoyait ce qui suit : « À la demande d'une partie ou de sa propre initiative, un comité peut assigner un témoin pour qu'il se présente à l'audience et y fasse une déposition ou y produise des documents. »

[41] Dans le contexte de ce paragraphe, l'expression « de sa propre initiative » ne signifie pas que le comité peut, de sa propre initiative, introduire une motion et statuer sur celle-ci. Elle autorise plutôt simplement le comité, à défaut d'une demande émanant d'une partie, d'assigner un témoin pour qu'il produise des documents. Il s'agit de la seule source de pouvoir que le Tribunal pouvait invoquer pour obliger un représentant de la Financière à se présenter à l'audience et à amener avec lui les documents pertinents qui étaient en la possession de la Financière.

[42] En toute déférence, la procédure utilisée par le Tribunal était inappropriée. Ni la disposition législative pertinente ni la Règle ne permettaient au

Tribunal d'introduire une motion de sa propre initiative et de la trancher ensuite, et ce pour une bonne raison. Permettre qu'un décideur statue sur une motion qu'il a présentée de sa propre initiative soulève à tout le moins une crainte raisonnable de partialité. Cela ne signifie pas pour autant que le Tribunal ne pouvait pas soulever une nouvelle question dans l'intérêt de la justice ni, de sa propre initiative, assigner un représentant de la Financière et exiger la production de documents.

[43] Dans le contexte du droit criminel, la Cour suprême a formulé des directives précisant quand et dans quelles conditions il sera approprié pour une cour d'appel de soulever de nouvelles questions : *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689. À mon avis, les principes élaborés dans l'arrêt *Mian* sont pertinents pour ce qui est de l'instance devant le Tribunal lorsqu'il contrôle une décision rendue par un tribunal administratif. Il en est ainsi parce que le Tribunal, à l'instar d'un tribunal pénal, est tenu de juger les affaires qui lui sont soumises dans l'intérêt public en suivant un processus équitable sur le plan procédural. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Rothstein explique :

> Au cœur de la question qui se pose en l'espèce, deux considérations sont susceptibles de s'opposer. Premièrement, le système accusatoire qui revêt une importance fondamentale dans notre système juridique. Deuxièmement, le rôle des tribunaux qui doivent veiller à ce que justice soit rendue.
>
> Le système accusatoire qui est le nôtre et dont nous nous servons pour trancher les différends de droit est un système procédural [TRADUCTION] « dans le cadre duquel des parties actives et sans entrave s'opposent pour faire valoir leur cause devant un décideur indépendant » (*Black's Law Dictionary* (9e éd. 2009), sous la rubrique « adversary system »). Un élément important de ce système est le principe de la présentation par les parties, suivant lequel les tribunaux [TRADUCTION] « s'appuient sur [ces dernières] pour formuler les questions qui doivent être tranchées et [. . .] se voient attribuer le rôle d'arbitre neutre sur les questions que présentent les parties » (*Greenlaw c. United States*, 554 U.S. 237 (2008), p. 243, juge Ginsburg).

Une des raisons fondamentales pour maintenir ce système est d'assurer que les décideurs judiciaires demeurent indépendants et impartiaux et qu'ils soient vus comme demeurant ainsi. Lorsqu'un juge ou une formation de juges en appel intervient dans une affaire et déroge au principe de la présentation par les parties, cette intervention risque de susciter une crainte de partialité. Une telle dérogation à la manière habituelle d'instruire un appel peut donner l'impression que la cour intervient pour le compte d'une des parties et porter atteinte à son impartialité. Comme la Cour l'a affirmé, « [il] est tout à fait primordial que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » (*Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, p 43, citant *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259). C'est pour cette raison qu'un principe important de notre système d'appel veut que la cour respecte les choix stratégiques que font les parties en formulant les questions (voir *W. (G.)*, par. 17-18).

Par ailleurs, les tribunaux ont également pour rôle de veiller à ce que justice soit rendue. Comme lord Denning l'a expliqué relativement aux juges de première instance au Royaume-Uni : [TRADUCTION] « ... le juge n'est pas simplement un arbitre ayant pour tâche de déterminer "le pourquoi" d'une affaire. Il lui incombe d'abord et avant tout d'établir la vérité <u>et de rendre justice conformément à la loi</u> ... » (*Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.), p. 159 (je souligne)). Cette proposition est tout aussi vraie en ce qui concerne les juges d'appel. Un examen valable en appel a pour objet d'évaluer la justesse de la décision de la juridiction inférieure, à la fois pour ce qui est des erreurs de droit et pour ce qui est des erreurs de fait manifestes et dominantes (voir *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 25 et 28; et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 1 et 4). Je conviens avec le procureur général de l'Alberta que [TRADUCTION] « pour que "justice soit effectivement rendue", les juges doivent parfois "intervenir dans le débat adversaire" » (m.i., par. 16, citant *Brouillard*, p. 44).

La question qui se pose alors est celle de savoir comment établir un juste équilibre entre ces principes opposés. Une cour d'appel doit avoir le pouvoir discrétionnaire de

> soulever une nouvelle question, mais ce pouvoir ne doit être exercé que dans de rares situations. En effet, elle ne doit soulever une telle question que si son omission de le faire risquerait d'entraîner une injustice. La cour doit aussi se demander si suffisamment d'éléments au dossier justifient de soulever la question et si, le faisant, elle causerait un préjudice d'ordre procédural à l'une ou l'autre des parties. Ce test est suffisamment souple, tout en offrant un degré approprié de retenue pour régler les tensions inhérentes au rôle d'une cour d'appel.
>
> Ce pouvoir discrétionnaire est limité en toutes circonstances par l'exigence suivant laquelle, en soulevant la nouvelle question, la cour ne doit pas donner l'impression qu'elle a un parti pris ou qu'elle fait preuve de partialité. Essentiellement, il ne faut pas que les tribunaux soient vus comme étant en quête d'un tort à rectifier. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec prudence. Il permet à une cour d'appel de soulever une nouvelle question si la justice l'exige, mais il est limité, afin de maintenir l'impartialité du décideur comme l'exige notre système accusatoire. [par. 37 à 42]

[44] Bien que l'arrêt *Mian* reconnaisse à une cour d'appel le droit de soulever une nouvelle question dans des circonstances appropriées et en faisant preuve de prudence, cet arrêt n'appuie pas la thèse voulant qu'un organisme juridictionnel puisse présenter une motion et statuer sur cette dernière. Selon moi, en l'espèce, la marche à suivre aurait été, pour le Tribunal, de discuter avec les parties au cours de sa conférence préparatoire à l'audience de la nécessité d'assigner à comparaître un représentant de la Financière et de lui enjoindre de produire les documents pertinents, le cas échéant, qui étaient en sa possession. Si, après avoir donné aux parties la possibilité de se faire entendre sur la question, le Tribunal avait jugé nécessaire de délivrer une assignation à témoin, il aurait alors pu le faire et le représentant de la Financière aurait été tenu de comparaître à l'audience sur la demande de révision. Étant donné que le Tribunal aurait très bien pu parvenir à peu près au résultat qu'il a obtenu en introduisant une motion de sa propre initiative, je ne suis pas d'avis de conclure que la procédure utilisée, bien qu'inappropriée, permettrait à elle seule d'annuler la décision du Tribunal.

(2) Le Tribunal a dissocié les moyens de révision et s'est penché en premier sur la question qu'il avait lui-même reformulée

[45] De sa propre initiative, sans avoir au préalable avisé ni consulté les parties, le Tribunal, sans autorisation apparente et sans motif déclaré, a indiqué qu'il devait se prononcer dans un premier temps sur un seul moyen de révision qu'il avait lui-même reformulé. Selon mon interprétation du dossier, lorsque le Tribunal a indiqué que le contrôle se ferait d'abord quant au moyen reformulé, il ne restait plus que deux autres moyens de révision, puisque M. Crandall avait retiré cinq des [TRADUCTION] « injustices » dont il s'était plaint dans la lettre dans laquelle il sollicitait une révision de la décision de la formation d'instruction de l'OCRCVM. Il restait donc les moyens suivants : (1) le moyen de nature linguistique dans lequel il alléguait que l'affaire aurait dû être entendue par une formation d'instruction de l'OCRCVM composée de personnes dont la langue maternelle était l'anglais; et (2) la cinquième allégation d'« injustice » que renfermait sa lettre, qui portait sur la question de savoir si on aurait dû lui communiquer les [TRADUCTION] « documents originaux relativement à une partie du contenu des renseignements utilisés comme éléments de preuve ».

[46] Comme je l'ai indiqué, aucun avis n'a été donné pour indiquer que le Tribunal envisageait de dissocier les moyens de révision, aucune possibilité de se faire entendre sur la question n'a été offerte aux parties, aucun précédent n'a été cité à l'appui de la dissociation des questions en litige et aucun motif n'a été donné pour expliquer la décision du Tribunal. Lorsque les circonstances le justifient, un organe administratif pourrait être investi du pouvoir de dissocier les questions à trancher, mais, pour ce faire, il doit adhérer aux principes d'équité procédurale. Dans la présente instance, l'absence d'avis, de possibilité de se faire entendre et de motifs justifiant la dissociation constituait une violation claire des règles d'équité procédurale.

[47] Si le Tribunal avait donné aux parties un avis du fait qu'il envisageait de dissocier les questions ainsi que la possibilité de se faire entendre, l'OCRCVM aurait pu présenter, comme elle l'a fait devant nous, une argumentation convaincante démontrant

que la dissociation n'était pas appropriée étant donné que, pour déterminer si la communication des documents manquants aurait changé l'issue, le Tribunal devrait prendre en considération l'intégralité du dossier de preuve dont disposait la formation d'instruction de l'OCRCVM. Bref, l'OCRCVM aurait pu vigoureusement argumenter que la dissociation était inappropriée. On ne lui a pas accordé cette possibilité.

(3) Les erreurs de procédure du Tribunal soulèvent-elles une crainte raisonnable de partialité?

[48] Le critère permettant de déterminer si une procédure est viciée en raison d'une crainte de partialité a été énoncé dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. L'Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394. Selon ce critère, il s'agit de déterminer si une personne raisonnable et bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, viendrait à la conclusion selon laquelle, selon toute vraisemblance, le décideur, consciemment ou non, ne rendrait pas une décision juste.

[49] Je suis respectueusement d'avis que, lorsque les deux vices de procédure susmentionnés sont examinés ensemble, ce critère est rempli. Une personne raisonnable et bien renseignée serait préoccupée par le fait que le Tribunal a statué sur une motion qu'il a présentée de sa propre initiative. Une telle personne trouverait également inquiétant que le Tribunal, de sa propre initiative, sans autorisation apparente et sans motif déclaré, et sans avoir entendu les parties sur la question, ait dissocié les moyens de révision et choisi de n'entendre en premier que celui qui avait trait à la communication des documents. Il semblait n'y avoir aucun motif impérieux de temps et d'économie justifiant la dissociation des moyens de révision étant donné que les deux moyens qui restaient ne semblaient pas soulever des questions complexes. La personne raisonnable conclurait sans doute que le Tribunal avait probablement décidé d'entendre ce moyen de révision en premier parce qu'il savait déjà quelle décision il allait rendre à son égard. La personne raisonnable se demanderait : pour quelle raison, sinon, dissocier ce moyen? La

personne raisonnable conclurait sans doute que le Tribunal n'avait pas examiné l'affaire en cause de manière juste et impartiale.

[50] En résumé, il était inapproprié que le Tribunal présente une motion de sa propre initiative et statue ensuite sur celle-ci. En décidant, sans aucun préavis aux parties et sans les avoir entendues sur la question, de dissocier les moyens d'appel sans autorisation apparente pour le faire et sans motifs déclarés pour le justifier, le Tribunal a manqué à son obligation d'équité procédurale. Ensemble, ces vices de procédure soulèvent une crainte raisonnable que le Tribunal a fait preuve de partialité envers la thèse défendue par M. Crandall et n'a pas tranché la question de manière équitable. Pour ce seul motif, la décision doit être annulée. Normalement, l'instance serait renvoyée devant un tribunal différemment constitué pour qu'il statue au fond sur la demande de révision. Cependant, lors de l'audience, M. Crandall a retiré sa prétention selon laquelle la formation d'instruction de l'OCRCVM aurait dû être entièrement composée de membres dont la langue maternelle était l'anglais et il a reconnu que la question de savoir si l'OCRCVM avait ou non manqué à ses obligations en matière de communication était effectivement déterminante pour l'issue de sa demande de révision. Nous avons entendu par là que tous les autres moyens de révision avaient été abandonnés. Étant donné que, comme nous allons le démontrer, nous sommes en mesure de trancher cette question, il ne sera pas nécessaire de renvoyer l'affaire au Tribunal.

C. *Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'obligation d'équité procédurale imposait à l'OCRCVM l'obligation de communiquer des documents qui n'étaient pas en sa possession?*

[51] Dans le contexte réglementaire dans lequel fonctionne l'OCRCVM, il existe des étapes distinctes en ce qui concerne l'enquête et la prise de décision. L'obligation en matière d'équité procédurale qui doit être observée à chacune des étapes de la procédure varie considérablement.

(1) À l'étape de l'enquête

[52] Le Tribunal a commencé son analyse en reconnaissant qu'un degré élevé d'équité procédurale était requis dans le contexte des procédures de l'OCRCVM. Le Tribunal a ensuite précisé qu'il s'agissait fondamentalement de trancher la question suivante : « M. Crandall connaissait-il la preuve qu'il avait à réfuter, et a-t-il eu la possibilité pleine et entière de répondre aux allégations » (par. 26). Personne ne conteste l'une ou l'autre de ces propositions.

[53] Le Tribunal s'est ensuite demandé si le personnel de l'OCRCVM avait l'obligation de « fournir à M. Crandall les documents qu'il demandait et, dans l'affirmative, si le défaut de le faire a constitué un manquement à l'obligation d'équité procédurale » (par. 27). Lorsqu'il a répondu à ces questions, le Tribunal a laborieusement expliqué les raisons pour lesquelles il estimait que les documents recherchés par M. Crandall avaient déjà existé et en quoi ils pourraient être pertinents. En toute déférence, cet effort était superflu étant donné que la question de savoir si le personnel de l'OCRCVM avait l'obligation de fournir les documents en question à M. Crandall à l'étape de l'enquête est une question de droit à laquelle il faut répondre par la négative.

[54] Après avoir insisté sur l'existence et l'éventuelle pertinence des documents demandés par M. Crandall, le Tribunal s'est demandé si l'OCRCVM avait « déployé des efforts suffisants pour obtenir » ces documents (par. 153). Sous la rubrique « Enquête », le Tribunal a déclaré ce qui suit :

> Pour les besoins de l'équité procédurale, l'enquête d'un organisme administratif est suffisante lorsqu'elle satisfait à deux conditions : la neutralité et la rigueur. Pour qu'une enquête soit rigoureuse, il n'est pas nécessaire que l'enquêteur ait des entrevues avec chaque personne proposée par le plaignant, mais qu'il tienne compte de la preuve manifestement importante. [Note de bas de page omise.]

> Dans l'arrêt *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113, la question posée à la Cour consistait à savoir si la Commission des droits de la personne avait fait preuve d'un degré de rigueur suffisant pour que sa procédure soit équitable. La Cour d'appel fédérale a conclu que l'enquêteur de la Commission avait violé l'obligation d'équité procédurale en omettant d'examiner et d'analyser des données pertinentes et d'interviewer des témoins pertinents. La Cour d'appel a annulé la décision de l'enquêteur de rejeter la plainte d'atteinte aux droits de la personne. [par. 154 et 155]

[55] Le Tribunal a conclu que « l'enquête de l'OCRCVM a[vait] omis de tenir compte des données pertinentes », c'est-à-dire des documents que M. Crandall avait demandés (par. 156). En toute déférence, comment le personnel de l'OCRCVM aurait-il pu tenir compte de documents qu'il n'avait pas été en mesure d'obtenir malgré ses demandes répétées? Selon moi, le Tribunal a commis une erreur en imposant à l'OCRCVM, à l'étape de l'enquête, une obligation qui dépassait largement l'obligation d'équité procédurale requise à cette étape de la procédure.

[56] Le Tribunal s'est fondé sur l'affaire *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne) (1re inst.)*, [1994] 2 C.F. 574, [1994] A.C.F. nº 181 (Div. 1re inst.) (QL), pour énoncer la norme d'équité procédurale exigée à l'étape de l'enquête. Le Tribunal a résumé l'obligation comme une exigence que l'enquêteur « tienne compte de la preuve manifestement importante » (par. 154). Il a estimé que cette preuve manifestement importante était synonyme de « données pertinentes », citant l'arrêt *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113, [2005] A.C.F. nº 543 (QL).

[57] Les affaires *Slattery* et *Tahmourpour* visaient toutes deux des plaintes que la Commission canadienne des droits de la personne avait rejetées. Les obligations d'équité procédurale en cause étaient envers un plaignant et devaient être acquittées avant qu'un rapport d'enquête ne soit rendu public ou qu'il soit décidé de ne pas donner suite à une plainte. Selon ces affaires, dans le cadre de ce régime particulier sous lequel une plainte peut être rejetée à l'étape de l'enquête, la décision de donner suite ou non à

une plainte doit reposer sur une enquête rigoureuse dans laquelle il faut tenir compte de la preuve manifestement importante. Ni l'une ni l'autre de ces affaires ne permettent d'affirmer que les enquêteurs doivent se lancer à la recherche d'éléments de preuve dont on leur a dit soit qu'ils n'existent pas soit qu'ils n'existent plus. En l'espèce, les enquêteurs de l'OCRCVM ont demandé tous les documents pertinents, pris en considération toutes les données accessibles et estimé qu'il existait une preuve suffisante pour entamer des procédures de mise en application.

[58] Selon le Tribunal, comme M. Crandall était tenu de laisser toute sa documentation relative à sa clientèle auprès de la Financière lorsqu'il a quitté l'emploi qu'il y occupait, il « a dû compter totalement sur la [Financière] et l'OCRCVM pour [l']obtenir » (par. 163). Le Tribunal a conclu que, de ce fait, l'OCRCVM avait une plus grande obligation d'obtenir et de préserver les documents pertinents pour les intimés et qu'il avait manqué à cette obligation. En toute déférence, là n'est pas la question. Il s'agissait en effet de déterminer si, à l'étape de l'enquête, le personnel de l'OCRCVM avait l'obligation de ne pas se contenter de demander les documents et de donner suite aux réponses qu'il avait obtenues. Bien que M. Crandall ait peut-être compté sur la Financière pour produire les documents, il n'avait pas le droit de s'en remettre au personnel de l'OCRCVM pour obtenir des pièces dont on lui avait répété qu'elles n'existaient pas. La capacité du personnel de l'OCRCVM de demander la production de documents à la Financière n'impliquait pas nécessairement que le personnel de l'OCRCVM exerçait un contrôle sur les documents.

[59] L'étendue de l'obligation d'équité procédurale à l'étape de l'enquête doit être tranchée au cas par cas en tenant compte du contexte. Les principes fondamentaux remontent à l'arrêt *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, [1964] A.C.S. nº 49 (QL), dans lequel le juge Cartwright, qui a souscrit aux motifs, a fait observer que, sauf dans les cas où l'obligation naît de l'opération d'une loi, un agent d'administration [TRADUCTION] « dont la fonction consiste simplement à recueillir des renseignements et à faire un rapport et qui n'a aucunement le pouvoir d'imputer une responsabilité ni de rendre une décision portant atteinte aux droits des parties » n'a aucune obligation de se conformer

à la règle *audi alteram partem* (p. 18). Cette règle était au nombre des règles de justice naturelle qui devaient par la suite faire partie de l'obligation d'équité procédurale.

[60] Beaucoup de temps s'est écoulé depuis l'arrêt *Guay*, et le droit administratif a beaucoup changé. Cela a amené au moins un tribunal à observer que l'obligation d'équité procédurale à l'étape de l'enquête [TRADUCTION] « n'est pas bien définie dans la jurisprudence » : *Hills c. Nova Scotia (Provincial Dental Board)*, 2009 NSCA 13, [2009] N.S.J. No. 48 (QL), par. 30. J'en conviens.

[61] Dans l'arrêt *Province du Nouveau-Brunswick c. Comeau*, 2013 NBCA 41, [2013] A.N.-B. n° 199 (QL), notre Cour a eu l'occasion de se pencher sur la question dans le contexte d'une affaire qui mettait en cause des décisions de la ministre du Développement social, décisions qui ont abouti au licenciement de deux employés de longue date d'un établissement résidentiel pour adultes agréé par la province. S'exprimant au nom de la Cour, le juge d'appel Bell (tel était alors son titre) a expliqué que l'étendue de l'obligation d'équité procédurale varie d'une affaire à l'autre et doit être déterminée par l'application des cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, [1999] A.C.S. n° 39 (QL). Ces facteurs sont les suivants : (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi; (2) la nature du régime législatif; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; et (5) le choix de procédure que l'organisme fait lui-même, quand la loi laisse au décideur le droit de déterminer les procédures qu'il tient pour appropriées. Dans l'affaire *Comeau*, les normes établies par la Ministre exigeaient l'application des principes de justice naturelle (lire « équité procédurale ») à l'enquête menée sur les plaintes. De plus, le juge d'appel Bell souligne que « compte tenu de la politique même de la Ministre, une conclusion d'enquête selon laquelle une personne a violé la *Loi* comporte des conséquences semblables à une conclusion de nature judiciaire » (par. 26). Dans la situation en cause dans l'affaire *Comeau*, il n'est pas surprenant qu'un degré élevé d'équité procédurale ait été requis à l'étape de l'enquête, étant donné que cette étape était effectivement assimilable à l'étape décisionnelle. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[62] Pour le dire clairement, les facteurs dont il est question dans *Baker* ont été élaborés dans le contexte de l'obligation à laquelle un décideur est tenu et non de celle qui est imposée à un enquêteur dont la décision ne porte pas directement atteinte aux droits de quiconque. Ils peuvent néanmoins se révéler plutôt utiles pour déterminer l'étendue de l'éventuelle obligation d'équité procédurale à laquelle est tenu un enquêteur. De plus, le contexte de réglementation particulier dans lequel se déroule l'enquête est également pertinent. Parmi les autres facteurs pouvant être pertinents, on trouve le mandat législatif de l'organisme de réglementation, la nature de l'instance, soit une instance de nature disciplinaire, le fait que l'enquêteur soit ou non le décideur ultime et un besoin de souplesse et d'efficacité administratives.

[63] Le Tribunal a estimé qu'il s'agissait en l'espèce d'un cas où le personnel de l'OCRCVM avait omis de prendre en considération des données pertinentes. Je répète la question que j'ai posée plus haut : comment le personnel de l'OCRCVM aurait-il pu tenir compte de documents qu'il n'avait pas été en mesure d'obtenir malgré ses demandes répétées? Quelle que soit la façon dont on tient compte des facteurs de l'arrêt *Baker* et des autres facteurs de nature contextuelle pour déterminer l'étendue de l'obligation d'équité à laquelle le personnel de l'OCRCVM était tenu envers M. Crandall à l'étape de l'enquête, il est simplement impossible d'arriver à la conclusion selon laquelle le personnel de l'OCRCVM avait l'obligation de produire des documents dont on lui avait dit soit qu'ils n'avaient jamais existé, soit qu'ils n'existaient plus, soit qu'ils étaient introuvables. Il serait absurde d'arriver à une autre conclusion.

[64] Bref, il ne s'agit pas d'une situation où des enquêteurs ont omis de tenir compte de données pertinentes, comme c'était le cas dans la jurisprudence citée par le Tribunal. En l'espèce, le personnel de l'OCRCVM a demandé à plusieurs reprises à la Financière de lui communiquer les documents en cause, a divulgué les documents pertinents que la Financière avait produits et a par ailleurs informé M. Crandall des réponses qu'il avait reçues de la Financière. Indépendamment de l'étendue des obligations en matière d'équité procédurale qui sont imposées à l'OCRCVM à l'étape de l'enquête, obligations qui sont limitées comparativement à celles qui sont imposées à

l'étape décisionnelle, elles n'exigeaient certainement pas que l'OCRCVM en fasse plus que ce qu'elle a fait.

(2) À l'étape décisionnelle

[65] Une fois qu'il a été décidé de renvoyer l'affaire à l'étape décisionnelle, comme l'a confirmé la délivrance d'un avis d'audience, il ne fait aucun doute que l'OCRCVM avait l'obligation de communiquer à M. Crandall la preuve sur laquelle il entendait se fonder pour établir le bien-fondé de sa cause. Le Tribunal a fait observer que la règle 8417(1) de l'OCRCVM impose au « personnel de la mise en application » l'obligation de communiquer à l'intimé « l'ensemble des documents et des objets concernant la procédure qui sont en possession de l'OCRCVM ou sous son contrôle […], y compris les documents et les objets lui permettant de présenter une défense pleine et entière ». Le Tribunal a commis une erreur dans son application de la règle. Après le commencement de la procédure dont M. Crandall faisait l'objet, les règles de l'OCRCVM ont été remplacées par les *Règles consolidées*, qui précisaient explicitement qu'elles ne s'appliquaient pas aux procédures déjà engagées. Toutefois, cette erreur est sans conséquence, car les règles qui auraient dû être appliquées renferment une obligation de communication relativement analogue. Les règles 10.1 et 10.2 prévoyaient ce qui suit :

> **10.1 Obligation de la Société de communiquer des renseignements**
>
> Aucune disposition de la présente Règle 10 ne déroge à l'obligation qu'a la Société de communiquer tous les renseignements requis en droit dès que raisonnablement possible suivant la publication de l'avis d'audience.
>
> **10.2 Obligation de la Société de fournir des documents et d'autres éléments**
>
> La Société doit, le plus tôt possible après la notification de l'avis d'audience, et au plus tard 14 jours dans le cas d'une procédure classée dans le régime des affaires standard et 60 jours dans le cas d'une procédure classée

> dans le régime des affaires complexes, avant la date de l'audience :
>
> 1. notifier à l'intimé :
>
> (a) des copies des documents,
> (b) une liste des éléments autres que des documents qu'elle entend invoquer à l'audience ;
>
> 2. permettre à l'intimé de prendre communication de tous les éléments visés au sous-alinéa 1(b).

[66] En common law, les obligations les plus lourdes en matière de communication sont celles qui ont été élaborées dans le contexte du droit criminel dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, [1991] A.C.S. nº 83 (QL). Les obligations de communication dans le contexte du droit administratif ne sont pas nécessairement aussi contraignantes. Dans l'arrêt *May*, que j'ai cité dans le paragraphe introductif des présents motifs, les juges LeBel et Fish, s'exprimant au nom de la majorité, ont déclaré ce qui suit :

> Il importe de se rappeler que les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ont été énoncés dans le contexte particulier d'une instance criminelle mettant en jeu l'innocence de l'accusé. La gravité des conséquences possibles d'une poursuite criminelle explique l'application d'une obligation de communication assez intense. En l'espèce, les décisions attaquées demeurent de nature purement administrative. On ne trouve pas ici de procès criminel et l'innocence des intéressés n'est pas en jeu. Les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ne s'appliquent pas dans ce contexte administratif. [par. 91]

[67] L'OCRCVM n'a pas contesté qu'il avait une obligation d'équité procédurale envers M. Crandall et il a reconnu qu'il avait pour pratique habituelle, pour s'en acquitter, de respecter les obligations énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* : *Re Hirani*, 2018 OCRCVM 33, par. 14. L'OCRCVM fait valoir que son personnel ainsi que la formation d'instruction de l'OCRCVM se sont conformés à ces obligations. Étant donné que les parties ont convenu que les principes du droit pénal devraient s'appliquer,

je considérerai que les obligations en matière de communication de l'OCRCVM sont celles qui sont définies dans l'arrêt *Stinchcombe* et les décisions qui l'ont suivi, sans me prononcer sur leur applicabilité générale aux affaires de droit administratif.

[68] Dans l'arrêt *Stinchcombe*, la Cour suprême a affirmé que l'énoncé suivant du juge en chef McEachern, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dissident, dans *R. c. C. (M.H.) (B.C.C.A.)*, [1988] B.C.J. No. 2620 (C.A.) (QL), inf. par [1991] 1 R.C.S. 763, [1991] A.C.S. n° 27, constituait l'état du droit au Canada :

> [TRADUCTION]
> [L]e ministère public a l'obligation générale de divulguer tout ce qu'il envisage d'utiliser au procès, et particulièrement tous les éléments de preuve qui peuvent aider l'accusé, même si le ministère public n'envisage pas de les présenter. […] [*Stinchcombe*, p. 338]

[69] La Cour suprême a ensuite fait observer que l'obligation de divulgation n'était pas absolue; elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire du ministère public, lequel pouvoir s'exerce, dans les circonstances opportunes, tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment de cette divulgation. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

[70] Au cours des années qui ont suivi l'arrêt *Stinchcombe*, les juges ont beaucoup écrit sur la question de la communication. Le paragraphe qui suit est tiré de l'ouvrage de E. G. Ewaschuk intitulé *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2e éd. (Aurora, Ont : Canada Law Book, édition à feuilles mobiles), au par. 13:3020, et constitue une description générale de l'état actuel du droit dans les affaires de droit pénal :

> [TRADUCTION]
> Le ministère public a « l'obligation de communiquer » tous les renseignements pertinents non protégés – inculpatoires ou disculpatoires – se trouvant en sa possession ou sous son contrôle. C'est ce que l'on appelle la « communication de la preuve par la partie principale ». Si le ministère public refuse cette communication, il lui

appartient de démontrer que les renseignements concernés ne sont « manifestement pas pertinents ». L'obligation de communication incombant au ministère public correspond au droit constitutionnel de l'accusé à la communication de tous les documents qui satisfont à la norme énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*. La communication a pour objet de protéger le droit à une défense pleine et entière conféré par la *Charte* à l'accusé, droit auquel il est porté atteinte lorsqu'il existe une « possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués auraient été utilisés pour réfuter la preuve du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou, par ailleurs, pour prendre une décision qui aurait pu avoir une incidence sur la façon de présenter la défense ». Pour l'application de l'arrêt *Stinchcombe*, le terme « ministère public » ne renvoie pas à l'ensemble des entités étatiques, mais s'entend du seul poursuivant. Toutes les « autres entités du ministère public », y compris la police, sont des « tiers » pour les besoins de la communication. Elles ne sont pas assujetties au régime de production établi dans *Stinchcombe*. Outre les renseignements contenus dans le dossier d'enquête, appelés les « fruits de l'enquête », la police devrait aussi communiquer au poursuivant tous les renseignements additionnels qui « se rapportent manifestement » à la poursuite engagée contre l'accusé. Le poursuivant a l'obligation réciproque de faire des enquêtes raisonnables auprès de la police au sujet de la progression de l'affaire. La « communication de dossiers en la possession de tiers » est traitée dans l'arrêt *O'Connor*. Pour obtenir la production de ces dossiers, l'accusé doit en faire la demande à la cour. Premièrement, « c'est à lui qu'il incombe » de prouver que ces dossiers sont « vraisemblablement pertinents ». Le critère de « la pertinence vraisemblable » – moins rigoureux que celui de « la pertinence véritable » – a une « portée très large » qui « comprend des renseignements qui seraient raisonnablement susceptibles d'aider l'accusé dans l'exercice de son droit à une défense pleine et entière ». Deuxièmement, une fois que l'accusé se sera acquitté de ce fardeau, le juge examinera les dossiers en question pour décider s'ils devraient être transmis à l'accusé et, si oui, dans quelle mesure. Il y a lieu de se poser les questions suivantes au moment de décider « lequel des deux régimes s'applique » : (1) les renseignements demandés se trouvent-ils en la « possession ou sous le contrôle du poursuivant »? et (2) les renseignements recherchés

> sont-ils d'une nature telle que la police ou l'autre entité étatique qui les a en sa possession ou sous son contrôle aurait dû les transmettre au poursuivant? Tel sera le cas si les renseignements visés peuvent être considérés comme faisant partie des « fruits de l'enquête » ou comme étant « manifestement pertinents ». Une réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions commandera l'application du régime de communication par la partie principale. Sinon, le régime de communication de renseignements en la possession de tiers s'appliquera.

[71] Si l'on applique ces principes à la présente instance, l'obligation de l'OCRCVM à l'étape décisionnelle était de communiquer à M. Crandall tous les renseignements pertinents non protégés, inculpatoires ou disculpatoires, qui se trouvaient en sa possession ou sous son contrôle. L'OCRCVM était tenu de s'assurer auprès de ses enquêteurs que la communication était complète. L'OCRCVM avait également l'obligation de communiquer les renseignements pertinents obtenus de tiers dans le cadre de l'enquête, mais il n'était aucunement tenu de communiquer des documents dont une tierce partie quelconque avait la possession exclusive. Les renseignements de la Financière appartenaient à cette catégorie. L'OCRCVM avait l'obligation de communiquer toute l'information pertinente quelle qu'elle soit qu'il avait reçue de la Financière, mais il n'avait aucune obligation d'en faire plus.

[72] Il est exact que le régime de réglementation de l'OCRCVM s'appliquait à la Financière, et même si les employés de la Financière semblent s'être conformés aux demandes de l'OCRCVM, il reste que la Financière était une tierce partie à l'instance contre M. Crandall. De ce fait, la communication de documents qui n'avaient pas été remis à l'OCRCVM relevait du régime que la Cour suprême du Canada a établi dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, [1995] A.C.S. n° 98 (QL). Encore une fois, je cite l'ouvrage intitulé *Criminal Pleadings & Practice in Canada* pour m'expliquer :

> [TRADUCTION]
> Les « documents en la possession de tiers » sont régis par le régime établi dans *O'Connor*. La demande de type *O'Connor* est une « procédure comportant deux étapes ». À la première, l'accusé doit démontrer que les dossiers

> dont la communication est sollicitée sont probablement pertinents à l'égard d'une question en litige, comme la crédibilité ou la fiabilité d'un témoin. Compte tenu des intérêts en matière de protection de la vie privée en cause, « il incombe à l'accusé » de démontrer que les documents dont la communication est demandée ont « une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin ». Si l'accusé satisfait au critère de la pertinence probable, les documents sont communiqués, et le juge d'instance doit alors soupeser « les effets bénéfiques et les effets préjudiciables » d'une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ». [par. 13:3020A]

[73] Un processus analogue à celui qui vient d'être décrit a effectivement été suivi dans la présente instance. Au moyen d'une motion, M. Crandall s'est tourné vers la formation d'instruction de l'OCRCVM pour obtenir la communication des documents dont, selon ses dires, la Financière avait la possession. La formation de l'OCRCVM a ordonné au personnel de l'OCRCVM d'effectuer un suivi, ce qu'il a fait, et d'autres documents ont alors été fournis à M. Crandall.

[74] Selon le Tribunal, cela n'était pas suffisant. Le Tribunal a conclu qu'« il aurait dû être évident pour le personnel de l'OCRCVM que la tenue de dossiers de la [Financière] n'était pas à la hauteur » (par. 177). Que cette qualification soit fondée ou non, il reste que le Tribunal a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'omission de communiquer intégralement les documents de la Financière pouvait être imputée à l'OCRCVM. Il est exact que les documents en cause, s'ils existaient, auraient très bien pu être pertinents, mais ils n'étaient pas en la possession du personnel de l'OCRCVM et, de ce fait, ils n'étaient pas visés par les obligations de l'OCRCVM en matière de communication. Le Tribunal a également commis une erreur en imposant à l'OCRCVM l'obligation de présenter des demandes pour le compte de M. Crandall. Les règles applicables permettaient à M. Crandall de présenter des motions à la formation d'instruction de l'OCRCVM, ce qu'il a fait. Elles n'obligeaient nullement le personnel

de l'OCRCVM à répondre à ses demandes visant l'obtention de documents en la possession de tiers. Même s'il n'était pas tenu de le faire, le personnel de l'OCRCVM a demandé à plusieurs reprises à la Financière de lui remettre les documents que M. Crandall voulait obtenir, et il lui a ensuite remis l'information pertinente que la Financière avait produite. Dans de telles circonstances, on ne pouvait pas en demander plus à l'OCRCVM.

[75] Pour les motifs susmentionnés, je conclus que le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'équité procédurale imposait à l'OCRCVM l'obligation de communiquer des documents que la Financière ne lui avait pas fournis. L'OCRCVM a demandé à plusieurs reprises les documents que M. Crandall voulait obtenir et a communiqué à ce dernier les résultats de ses démarches. Même si l'on applique les obligations plus exigeantes associées au droit pénal, on ne pouvait pas en attendre davantage de l'OCRCVM. Il s'ensuit que l'OCRCVM n'a pas manqué à son obligation d'équité procédurale.

D. *L'omission de la Financière de produire les documents demandés constitue-t-elle un manquement à l'équité procédurale?*

[76] Pour les motifs que je viens d'exposer, le Tribunal a commis une erreur en abordant la présente espèce comme une affaire de communication de documents. Pour dire les choses simplement, l'OCRCVM ne pouvait pas communiquer ce qu'elle n'avait pas ou ce dont un tiers avait la possession exclusive. C'est à bon droit que M. Crandall avait demandé à la formation d'instruction de l'OCRCVM d'ordonner à la Financière de produire les documents et, même si la formation de l'OCRCVM a répondu à cette requête en demandant de nouveau au personnel de tenter de les obtenir auprès de la Financière, nous savons maintenant que, même si une assignation avait été signifiée, le résultat aurait été le même que lorsque le Tribunal a assigné M. Collins à comparaître. Il a témoigné qu'il n'y avait pas d'autres documents. Comme on l'a appris par la suite, il avait tort, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il s'agit en l'espèce d'une affaire de communication de documents.

[77] Postérieurement à l'arrêt *Stinchcombe*, la question de savoir si le ministère public avait l'obligation de communiquer des documents dont d'autres ministères et organismes du ministère public avaient la possession s'est posée. À mon avis, on ne peut pas dire que la Financière, en sa qualité d'entité régie par l'OCRCVM, se trouve dans une situation analogue à celle d'un ministère ou d'un organisme gouvernemental. Néanmoins, même si la situation de la Financière dans le système de réglementation était assimilable à celle d'un autre ministère de la Couronne que le service des poursuites, l'obligation imposée à l'OCRCVM n'aurait pas exigé la communication des documents de la Financière que l'OCRCVM n'avait pas en sa possession. L'obligation serait celle que le juge d'appel Ryan a énoncée dans l'arrêt *R. c. Arsenault* (1994), 153 R.N.-B. (2e) 81, [1994] A.N.-B. no 417 (C.A.) (QL), dans un paragraphe qui a reçu l'aval de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66 :

> Lorsqu'une divulgation est demandée ou exigée, le procureur de la Couronne a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès des autres organismes ou ministères de la Couronne qui pourraient logiquement avoir en leur possession des éléments de preuve. On ne peut excuser le procureur de la Couronne de ne pas se renseigner suffisamment lorsqu'à la connaissance du poursuivant ou de la police un autre organisme de la Couronne a participé à l'enquête. La question de la pertinence ne peut être laissée à la discrétion des profanes. Si le procureur de la Couronne ne peut avoir accès aux dossiers d'un autre organisme, il doit alors en aviser la défense de façon que celle-ci puisse entreprendre les mesures qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de l'accusé. […] [*Arsenault*, par. 15; *McNeil*, par. 49]

[78] Même si la Cour arrivait à la conclusion selon laquelle la relation qui existe entre l'OCRCVM et la Financière est analogue à celle dont il était question dans l'arrêt *McNeil*, ce que j'estime ne pas être le cas, il aurait fallu qu'il se « renseign[e] suffisamment ». Or, la preuve indique que le personnel de l'OCRCVM se serait largement acquitté de cette obligation.

[79] À mon avis, il ne s'agit pas d'une affaire de communication de documents, mais plutôt d'une affaire de documents manquants. Ces types d'affaires peuvent naître d'une des deux manières suivantes : (1) les documents ont été perdus ou détruits par un tiers; et (2) les documents étaient en la possession du ministère public (ou de la police), mais ils ont depuis lors été perdus ou détruits.

[80] Il s'agit en l'espèce du premier de ces deux scénarios. Dans le contexte du droit pénal, le droit indique clairement que le ministère public ne peut communiquer que ce qu'il a en sa possession, ce qui comprend ce qui se trouve en la possession de la police au sujet du dossier particulier et les documents qui ont été produits en réponse aux vérifications raisonnables auprès d'autres ministères ou organismes de la Couronne. Autrement, l'accusé doit s'en remettre au régime établi dans l'arrêt *O'Connor*.

[81] Dans l'arrêt *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, [1997] A.C.S. nº 12 (QL), des éléments de preuve avaient été détruits par un tiers. Il s'agissait d'une situation dans laquelle la plaignante dans une affaire d'agression sexuelle s'était rendue à un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle pour obtenir des conseils et avait été interrogée par une travailleuse sociale qui avait pris des notes. Avant le procès, la défense a demandé une ordonnance de production du dossier du centre. Le ministère public et la plaignante ont consenti à ce que l'ordonnance soit rendue. Lorsque le dossier a été produit, il ne contenait pas les notes en question. Par la suite, il a été découvert que ces notes avaient été détruites dans le but même de les rendre inutilisables dans le cadre d'un procès au criminel.

[82] Le juge Sopinka a rédigé les motifs au nom d'une majorité de cinq juges contre quatre. Ayant conclu qu'il avait été porté atteinte au droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il a déterminé que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en ordonnant l'arrêt des procédures comme la réparation convenable dans les circonstances en cause. Peu de temps après l'arrêt *Carosella*, la Cour suprême a publié ses motifs dans l'affaire *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, [1997] A.C.S. nº 30 (QL). Dans cette affaire, la même majorité de cinq juges contre quatre a

conclu que l'arrêt des procédures n'était pas la réparation appropriée dans une affaire dans laquelle la police avait perdu ou détruit par inadvertance (et non intentionnellement) une déclaration. L'arrêt *La* sera examiné de façon plus détaillée ci-dessous, mais il en ressort une clarification de l'application de l'arrêt *Carosella* qui est désormais limitée [TRADUCTION] « aux cas extrêmement rares mais flagrants dans lesquels des éléments de preuve pertinents ont été délibérément détruits dans le simple but d'entraver l'administration de la justice criminelle » : Graeme G. Mitchell, *R. v. La: The Evolving Right to Crown Disclosure and the Supreme Court Divided* (1997), 8 C.R. (5th) 179. S'il existait le moindre doute au sujet des limites de l'arrêt *Carosella*, ils ont été dissipés par les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Buric*, [1997] 1 R.C.S. 535, [1997] A.C.S. n° 38 (QL).

[83] J'emprunte la description que Graeme G. Mitchell a faite de l'arrêt *Buric* : [TRADUCTION] « [L]a Cour devait déterminer si l'arrêt *Carosella* était applicable dans des circonstances où la police n'avait gardé presque aucune note des entrevues exhaustives que deux agents avaient menées avec le principal témoin à charge dans une affaire de meurtre au premier degré. » L'appel devant la Cour suprême a été rejeté de façon sommaire à l'audience, le juge Sopinka y déclarant que « les principes énoncés dans cet arrêt ne s'appliquent pas, notamment parce que le juge du procès n'a pas conclu que les policiers avaient délibérément omis de préparer un compte rendu pour éviter d'avoir à le produire ».

[84] Dans la présente instance, le Tribunal a invoqué l'affaire *Carosella* à l'appui de sa décision d'ordonner l'arrêt des procédures dont M. Crandall faisait l'objet, concluant qu'un tel arrêt des procédures était justifié dans l'arrêt *Carosella* car « il y avait une possibilité raisonnable que les renseignements contenus dans les notes aient une valeur logiquement probante relativement à la question de la crédibilité de la plaignante » (par. 254). En toute déférence, cette affirmation ne tient pas compte du comportement que la Cour dénonçait plus particulièrement dans l'arrêt *Carosella* et qui, comme l'indiquent clairement les arrêts *La* et *Buric*, a joué un rôle déterminant dans la mesure réparatoire ordonnée, à savoir l'arrêt des procédures. Or, rien de semblable ne

s'est produit en l'espèce. Il n'y a aucune violation de l'obligation de communication ni aucune tentative de porter atteinte à l'équité procédurale et, par conséquent, il n'y avait aucun fondement pour ordonner une mesure réparatoire, et encore moins un arrêt des procédures.

[85] Quoi qu'il en soit, ce ne sont pas tous les cas de destruction d'éléments de preuve qui aboutissent à un arrêt des procédures. Dans l'arrêt *La*, des documents manquants qui s'étaient déjà trouvés en la possession de la police avaient été perdus ou détruits par inadvertance avant le procès. La Cour a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une perte par un « tiers » étant donné que la police, bien que distincte du ministère public, a une obligation particulière en matière de conservation de la preuve. Par conséquent, cela a été traité comme une affaire de communication des documents. La police avait égaré par inadvertance l'enregistrement sur bande d'une entrevue avec la plaignante. S'exprimant au nom des cinq mêmes juges que dans l'affaire *Carosella*, le juge Sopinka a souligné que l'obligation de communication donnait lieu à une obligation de conservation, mais que si le ministère public pouvait expliquer de façon satisfaisante « que la preuve n'a été ni détruite ni perdue par suite d'une négligence inacceptable, l'obligation de divulgation n'a pas été violée » (par. 20). Il a ensuite expliqué que, lorsque la perte d'un élément de preuve n'est pas attribuable à une négligence inacceptable, « l'accusé qui prétend que [cette perte] a eu pour effet de violer l'art. 7 [de la *Charte*] doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière » (par. 25) (je souligne). C'est dans ce seul cas qu'un arrêt des procédures serait justifié.

[86] Pour déterminer ce qui constitue un « préjudice concret », la juge d'appel Weiler a donné l'explication suivante dans *R. c. Bradford*, [2001] O.J. No. 107 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [2001] C.S.C.R. nº 131 :

> [TRADUCTION]
> Le fait qu'il manque un élément de preuve susceptible de porter atteinte ou non à la défense ne sera pas suffisant pour établir que le droit à une défense pleine et entière a

> subi un préjudice irréparable. Il se produit un préjudice concret lorsque l'accusé est dans l'impossibilité de présenter sa défense en raison de la perte de l'élément de preuve en cause, et pas simplement parce qu'il lui sera plus difficile d'opposer une défense. Pour déterminer l'existence d'un préjudice concret, il est crucial de prendre en considération les autres éléments de preuve qui existent effectivement et de se demander s'ils renferment essentiellement la même information que l'élément de preuve perdu. […] [par. 8].

[87] On trouve une bonne application de ces principes dans l'arrêt *Ontario (Ministry of Labour) c. Lee Valley Tools Ltd.*, 2009 ONCA 387, [2009] O.J. No. 1882 (QL), aux par. 21 à 30. Voir également l'arrêt *R. c. Svekla*, 2010 ABCA 390, [2010] A.J. No. 1443 (QL), aux par. 27 à 30. Dans cette dernière affaire, appliquant l'arrêt *Bradford*, la Cour d'appel de l'Alberta a souligné que, pour déterminer si l'existence d'un préjudice concret avait été démontrée, [TRADUCTION] « la présence d'autres éléments de preuve renfermant essentiellement la même information constitue "une considération essentielle" » (par. 27).

[88] Ces mêmes principes ont été appliqués dans une décision en matière de droit administratif, quoique dans le domaine de l'immigration, dans laquelle il a été décidé que les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* étaient en jeu. Dans l'affaire *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, certaines pièces avaient été détruites et il s'agissait de déterminer si les résumés dont l'introduction en preuve était sollicitée devraient être exclus. La juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a expliqué la situation en ces termes :

> En conséquence de l'application de la politique OPS-217, les notes opérationnelles originales et les enregistrements sont des éléments de preuve perdus. Lorsque le ministre perd des éléments de preuve qui auraient dû être communiqués, il est tenu d'expliquer ce qui s'est produit : *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 18-20. S'il est incapable de convaincre le juge que la destruction n'est pas le fruit d'une négligence inacceptable, il n'a pas satisfait à ses obligations en matière de communication et il y a violation de l'art. 7 de la *Charte* : *ibid.*, par. 20. En

> l'espèce, la destruction des notes opérationnelles conformément à la politique OPS-217 constitue une négligence inacceptable au sens de *La*. En effet, aucune mesure raisonnable n'a été prise pour conserver la preuve : *ibid*., par. 21. Au contraire, le SCRS a détruit la documentation en contravention de la *Loi sur le SCRS* et, ce faisant, a compromis « la fonction même du contrôle judiciaire » : *Charkaoui II*, par. 62. En conséquence, les ministres n'ont pas satisfait aux obligations en matière de communication dont ils devaient s'acquitter envers M. Harkat et ont violé l'art. 7 de la *Charte*. [par. 93]

[89] Ayant conclu que l'obligation en matière de communication avait été violée, la juge en chef McLachlin est alors passée à l'analyse de la réparation appropriée. Arrivant à la conclusion selon laquelle l'admission des résumés ne causerait pas un préjudice important à l'équité du procès, la juge en chef McLachlin a approuvé les observations faites dans l'arrêt *Bradford*, selon lesquelles « l'incidence de la perte d'éléments de preuve sur l'équité du procès doit être examinée [TRADUCTION] "dans le contexte de l'ensemble de la preuve et de la position adoptée par la défense" » (par. 97).

[90] Dans la présente affaire, M. Crandall a choisi de ne pas témoigner devant la formation d'instruction de l'OCRCVM. Il est resté silencieux parce qu'il voulait avoir accès à ses blocs-notes et autres documents. Il se pourrait que l'absence de ces documents ait rendu sa position plus difficile, mais il n'existe aucune preuve qu'il lui a été impossible d'opposer une défense. Par conséquent, puisqu'il s'agissait au mieux d'une affaire de perte d'éléments de preuve, l'arrêt des procédures ne pouvait pas constituer une réparation étant donné que M. Crandall n'avait pas démontré qu'il avait subi un préjudice concret par suite de la perte de quelques documents qui soient. De fait, M. Crandall a reconnu devant nous qu'il aurait dû témoigner devant la formation d'instruction de l'OCRCVM. Il aurait peut-être réussi à démontrer l'existence d'un préjudice concret, mais, à ce stade, cela est purement hypothétique. Il lui incombait d'en faire la preuve et il ne l'a pas fait.

[91] En résumé, il s'agit en l'espèce de la perte ou de la destruction possible de documents par un tiers qui n'avait pas pour but de faire obstruction à l'instance qui

se déroulait devant la formation d'instruction de l'OCRCVM. Il s'agit d'une évidence car, si la teneur des documents correspond aux allégations de M. Crandall, ils auraient également été utiles à la Financière si elle avait fait l'objet d'une réclamation quelconque. Les documents qui seraient manquants n'ayant jamais été en la possession de l'OCRCVM, il ne peut s'agir d'une affaire d'omission de communiquer des documents. Si l'on applique les principes du droit pénal dont toutes les parties ont accepté l'application en l'espèce, il aurait fallu que M. Crandall établisse devant la formation d'instruction de l'OCRCVM que la perte ou la destruction des documents lui avait causé un préjudice concret. Cette allégation aurait été évaluée au vu du reste de la preuve dont la formation était saisie. M. Crandall a choisi de ne pas témoigner et a omis d'établir l'existence d'un préjudice concret. Dans ces circonstances, le Tribunal a donc commis une erreur en concluant qu'il s'agissait d'une affaire de communication de documents et en ordonnant l'arrêt des procédures.

IV. Dispositif

[92] Normalement, le présent appel devrait être accueilli et l'instance renvoyée devant le Tribunal pour qu'il reprenne l'audition des moyens de révision qui n'ont pas été tranchés. Il faut en effet rappeler que le présent moyen a été dissocié des moyens restants. Toutefois, lors de l'audience en appel, M. Crandall a admis que l'issue de sa demande de révision reposait uniquement sur le moyen concernant les documents manquants. De ce fait, il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire au Tribunal. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision du Tribunal et de rétablir la décision de la formation d'instruction de l'OCRCVM. L'OCRCVM, dans son mémoire, n'a pas demandé les dépens ni présenté d'observations sur les dépens devant nous. Je suis donc d'avis de ne pas adjuger de dépens dans les circonstances.