

Re Ziaian

AFFAIRE INTÉRESSANT :

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

et

Bardya Ziaian

2020 OCRCVM 34

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

Audience tenue le 23 septembre 2020 à Toronto (Ontario)

Ordonnance délivrée le 24 septembre 2020

Motifs de la décision publiés le 5 octobre 2020

Formation d'instruction

Donna Campbell, présidente, Debbie Archer et Mary Savona

Comparutions

Andrew Werbowski, avocat de la mise en application

Sylvia Samuel, avocate de la mise en application

Joseph Groia, pour Bardya Ziaian

Kevin Richard, pour Bardya Ziaian

Manon Landry, pour Bardya Ziaian

Bardya Ziaian (présent)

MOTIFS DE LA DÉCISION

L'APERÇU

¶ 1 L'audience sur le fond de l'espèce devrait commencer le 13 octobre 2020.

¶ 2 Lors d'une conférence préparatoire à l'audience, le 2 septembre 2020, la formation a déterminé que, compte tenu de la pandémie en cours, il s'agirait non pas d'une audience par comparution, mais plutôt d'une audience électronique se déroulant par vidéoconférence.

¶ 3 Le 23 septembre 2020, l'intimé a présenté une requête visant à obtenir une ordonnance pour que l'audience sur le fond soit menée par comparution ou, à défaut, une ordonnance mettant définitivement fin à la procédure.

¶ 4 Le 24 septembre 2020, après avoir consulté les documents écrits présentés par l'intimé et le personnel de l'OCRCVM (le personnel) et entendu les observations orales de l'intimé et du personnel, la formation a

ordonné que la requête soit rejetée et que l'affaire se poursuive sous forme d'audience électronique aux dates prévues. La formation a indiqué que les motifs du rejet de la requête seraient communiqués ultérieurement. Ces motifs sont exposés ci-après.

LE CONTEXTE

¶ 5 Le 31 juillet 2019, le personnel a déposé un exposé des allégations suivant lequel l'intimé aurait exécuté des opérations irrégulières en obtenant des attributions de titres de nouvelles émissions aux fins de négociation pour compte propre, et non pas aux fins d'attribution de ces titres aux clients du courtier membre, en contravention de l'article 1 de la Règle 29 des courtiers membres.

¶ 6 Le 1^{er} août 2019, la coordonnatrice des audiences a publié un avis d'audience dans lequel elle a déclaré que, conformément à l'article 4809, l'audience sur le fond serait menée sous forme d'audience par comparution. Dans les *Règles de pratique et de procédure* (les Règles), on entend par audience par comparution l'« audience à laquelle les parties ou leurs avocats ou mandataires comparaissent en personne devant la formation d'instruction »¹.

¶ 7 Fin mars 2020, la pandémie de COVID-19 a commencé à restreindre la plupart des interactions humaines sur la plupart des tribunes. Ces restrictions se poursuivent, varient et continueront de varier dans un avenir prévisible.

¶ 8 Depuis mars 2020, l'OCRCVM n'a tenu aucune audience par comparution; ses bureaux sont fermés, mais ils pourraient rouvrir en janvier 2021.

¶ 9 Le 26 août 2020, la coordonnatrice des audiences a informé les parties que l'audience sur le fond pouvait avoir lieu par Webex (vidéoconférence) ou en personne dans les bureaux d'Atchison & Denman. Dans ses observations orales, le personnel a informé la formation qu'aucune audience en personne n'avait eu lieu chez Atchison & Denman.

¶ 10 Le 2 septembre 2020, durant la conférence préparatoire à l'audience, les parties ont fait savoir que la forme de l'audience sur le fond était contestée. Le personnel a fait valoir que, compte tenu de la pandémie en cours, il devait s'agir d'une audience électronique se déroulant par vidéoconférence. L'intimé a soutenu qu'il avait droit à une audience par comparution, qui pouvait se tenir dans les bureaux d'Atchison & Denman, et qu'il avait supposé qu'il y en aurait une jusqu'à ce que le personnel lui fasse savoir récemment qu'il s'opposait à une telle audience, et que si une telle audience ne pouvait pas se tenir en toute sécurité en octobre, l'affaire ne devait pas se poursuivre tant que l'OCRCVM ne pouvait en tenir une. La formation a décidé que, compte tenu des circonstances, l'audience sur le fond devait se dérouler par vidéoconférence².

¶ 11 Le 15 septembre 2020, l'OCRCVM a publié les *Pratiques exemplaires en matière de procédures électroniques* (les Pratiques exemplaires), indiquant qu'en raison de la pandémie, elle a dû ajourner les audiences en personne ou les remplacer par des procédures électroniques se déroulant par téléphone ou par vidéoconférence, et que les audiences devaient « se tenir par voie électronique jusqu'à ce qu'elles puissent avoir lieu en personne »³.

¹ Règle 8400, *Règles de pratique et de procédure*; paragraphe 1 de la Règle 8402.

² Dans son argumentation, l'intimé a contesté le dénouement de la conférence préparatoire à l'audience, soutenant que la formation n'avait pas le pouvoir d'examiner la forme de l'audience à ce moment-là. Selon les alinéas (vi), (viii) et (ix) de la Règle 8416, durant la conférence préparatoire à l'audience, la formation peut examiner la forme d'une audience ou toute question pouvant contribuer à une résolution juste et rapide de la procédure, notamment toute autre question d'ordre procédural ou portant sur le fond, et rendre une ordonnance d'ordre procédural qui contribuera au déroulement équitable et rapide de la procédure.

³ Comité d'instruction de l'OCRCVM, *Pratiques exemplaires en matière de procédures électroniques* (septembre 2020), paragraphes 1 et 3 de la partie A.

¶ 12 Selon les Pratiques exemplaires, si une partie s’oppose à ce que la procédure se déroule par voie électronique, elle doit en indiquer les raisons, en précisant notamment tout préjudice que pourrait causer une audience électronique et les faits sur lesquels elle se fonde, accompagnés de preuves pour étayer son opposition⁴.

¶ 13 Les Pratiques exemplaires ont été publiées après que la requête de l’intimé a été présentée, mais avant qu’elle ne soit plaidée.

LE CONTEXTE DANS LEQUEL LA DÉCISION EST PRISE

¶ 14 Au moment de la rédaction de la présente décision, la pandémie continuait d’influer sur la plupart des interactions humaines physiques. Une augmentation importante et constante des cas signalés à Toronto tout au long du mois de septembre, notamment après que la requête a été plaidée, a conduit à la réimposition de certaines restrictions qui avaient été levées au cours de l’été. Il semble y avoir un consensus parmi les responsables de la santé sur le fait que, durant l’automne et l’hiver, il y aura de nouvelles hausses et probablement de nouvelles restrictions.

¶ 15 Avant la pandémie, cette instance se serait déroulée sous forme d’audience par comparution, toutes les parties et tous les participants étant autorisés à être présents dans la même salle, avec des degrés de proximité variables. Ce n’est pas le monde dans lequel cette audience aura lieu, et c’est dans ce contexte que la décision est prise.

LA REQUÊTE DE L’INTIMÉ

¶ 16 L’intimé fait valoir qu’il a droit à une audience sur le fond à laquelle lui et ses avocats peuvent comparaître devant la formation en personne. La nature contractuelle de la compétence de l’OCRCVM et l’interprétation claire et usuelle des Règles applicables ne permettent pas à la formation d’ordonner la tenue d’une audience électronique vu l’objection de l’intimé. Si elle le faisait, la formation outrepasserait sa compétence, commettrait un abus de procédure et serait obligée de mettre définitivement fin à la procédure.

¶ 17 En outre, l’intimé fait valoir qu’une audience électronique sur le fond est une audience inéquitable qui lui est intrinsèquement préjudiciable. Outre les problèmes techniques qui risquent de survenir, les audiences où les témoins sont nombreux, où la présentation de la preuve prend beaucoup de temps et où la crédibilité est remise en question doivent se dérouler sous forme d’audience par comparution en personne. Le droit à un contre-interrogatoire complet et équitable des témoins est une composante essentielle d’une audience équitable, et ce droit de l’intimé serait perdu dans le cadre d’une audience électronique. L’intimé a le droit de comparaître en personne et de faire face aux personnes qui portent des allégations contre lui. Si la formation ordonne une audience électronique, elle commettra un abus de procédure et devrait suspendre la procédure.

La réponse du personnel

¶ 18 Sur la question de la compétence, le personnel a fait valoir qu’il ne s’agissait pas véritablement d’une question de compétence, mais plutôt de procédure. En raison de son pouvoir de diriger le déroulement des procédures dont elle est saisie et du pouvoir que lui confèrent les Règles, la formation peut ordonner une audience sur le fond sous forme électronique.

¶ 19 La seule question sur laquelle la formation devait se prononcer était celle de savoir si une audience électronique se déroulant par vidéoconférence est équitable sur le plan de la procédure. Le personnel a fait valoir que cela l’était.

L’ANALYSE

⁴ *Ibid.*, paragraphe 9 de la partie A.

Le pouvoir de l'OCRCVM de diriger le déroulement des procédures dont il est saisi

¶ 20 La requête soulève principalement la question de la capacité de l'OCRCVM et de ses formations d'instruction à tenir des audiences pendant une pandémie et à mettre en place une procédure d'audience qui assurera une résolution équitable et dans les meilleurs délais d'une instance sur le fond, en protégeant les droits d'ordre juridique et procédural de toutes les parties, tout en assurant la sécurité de tous les participants et des personnes qui pourraient entrer en contact avec eux.

L'argument de l'intimé concernant la compétence

¶ 21 L'intimé avance essentiellement qu'il a un droit absolu à une audience par comparution en personne devant la formation, et que le pouvoir de la formation de diriger le déroulement de la procédure dont elle est saisie, dès lors qu'une comparution est prévue et qu'un intimé refuse de consentir à une autre forme d'audience, se limite à tenir une audience par comparution ou à retarder indéfiniment la procédure jusqu'à ce qu'il soit possible de la tenir ainsi en toute sécurité.

¶ 22 L'intimé fonde son argument sur le fait que l'OCRCVM tire le pouvoir qu'il a sur ses membres d'un contrat mutuel⁵ suivant lequel les parties sont liées par le Règlement général et les Règles de l'OCRCVM, plutôt que par une loi. Les modalités du contrat sont le Règlement général et les Règles, et une formation de l'OCRCVM doit exercer son pouvoir dans le respect de ces modalités. Il n'y a pas de compétence si les Règles n'en font pas mention.

¶ 23 L'intimé fait valoir que l'alinéa (i) du paragraphe 2 de la Règle 8423⁶ stipule que, parmi les droits d'un intimé qui fait l'objet d'une audience sur le fond, il y a le droit de comparaître et d'être entendu en personne devant la formation, ce qui, à la simple lecture des Règles, exige une audience par comparution (soit une audience à laquelle les parties ou leurs avocats ou mandataires comparaissent en personne devant la formation d'instruction). La formation ne peut pas ordonner une audience électronique, car, selon la définition, il s'agit d'une audience au cours de laquelle les personnes peuvent s'entendre⁷, ce qui ne respecte pas le droit de l'intimé de comparaître et d'être entendu en personne devant la formation. La formation peut ordonner une audience électronique si l'intimé y consent, consentement qu'il ne donne pas⁸. Selon les Règles, sans le consentement de l'intimé, la formation ne peut que tenir une audience par comparution ou retarder l'audience sur le fond pour une durée indéterminée, en attendant la fin de la pandémie.

La formation conclut qu'elle a le pouvoir de diriger le déroulement et la forme de la procédure d'audience

¶ 24 Si on acceptait l'argument avancé par l'intimé, cela voudrait dire que le pouvoir de diriger le déroulement de la procédure des audiences sur le fond est en fin de compte exercé par l'intimé, et non par la formation. La formation rejette cet argument.

¶ 25 La formation n'accepte pas que le fait que, parce que la compétence de l'OCRCVM sur ses membres est fondée sur un contrat plutôt que sur une loi, elle ne soit pas habilitée à réagir à l'imprévu et à l'inattendu. Elle conclut que les principes généraux qui sous-tendent les Règles conduisent à la conclusion inverse, à savoir que la formation a clairement le pouvoir de diriger la procédure d'audience.

⁵ *Deutsche Bank Securities Limited, Re*, 2012 ONSC 1576, par. 4-5.

⁶ À l'audience sur le fond, sauf l'audience par production de pièces, l'intimé peut (i) comparaître et être entendu en personne.

⁷ Paragraphe 1 de la Règle 8409 : « "audience électronique", l'audience tenue par conférence téléphonique ou au moyen d'une autre technologie électronique qui permet aux personnes de s'entendre. »

⁸ Alinéa (ii) du paragraphe 9 de la Règle 8409.

¶ 26 Trois des principes généraux qui sous-tendent les Règles permettent de parvenir à cette conclusion :

- Les Règles sont interprétées et appliquées en vue d'assurer une audience impartiale et une résolution équitable d'une procédure sur le fond dans les meilleurs délais et le plus économiquement possible;
- Sous réserve des dispositions des Règles, la formation d'instruction a le pouvoir de diriger le déroulement de la procédure dont elle est saisie et peut exercer ses pouvoirs de sa propre initiative⁹;
- À la demande d'une partie, la formation d'instruction peut déterminer la procédure applicable pour toute question de procédure qui n'est prévue ni dans les exigences de l'OCRCVM ni dans les Règles de procédure par analogie aux Règles de procédure ou par renvoi aux règles de procédure d'un autre organisme d'autoréglementation ou d'une autre association professionnelle ou aux règles applicables à une autorité en valeurs mobilières ou à une cour supérieure de la section dans laquelle la procédure se déroule¹⁰.

¶ 27 Une formation d'instruction doit avoir le pouvoir de diriger le déroulement de la procédure dont elle est saisie en vue d'assurer une audience impartiale et une résolution équitable d'une instance sur le fond, en particulier lorsqu'elle est confrontée au défi de continuer à diriger des procédures disciplinaires dans des circonstances imprévues et extraordinaires d'une durée incertaine.

¶ 28 Le fait que la définition d'« audience électronique » omette le mot « vidéoconférence » n'empêche pas la formation d'ordonner une audience électronique se déroulant par vidéoconférence si elle conclut que la tenue d'une audience sur le fond sous cette forme sera impartiale et sécuritaire. De même, les objections de l'intimé ne constituent pas un obstacle immuable au prononcé d'une ordonnance d'audience par vidéoconférence, à condition que ces objections soient prises en compte et évaluées et fassent partie des facteurs dont la formation tient compte pour parvenir à une décision quant à la forme la plus équitable de l'audience sur le fond. En l'espèce, les présents motifs exposent les objections et les prennent en compte dans l'évaluation de la forme de l'audience.

Le pouvoir de la formation de diriger le déroulement de la procédure dont elle est saisie s'étend à la forme de l'audience

¶ 29 Il est clair que les Règles donnent à la formation des pouvoirs importants lui permettant de déterminer et de diriger toutes les étapes de la procédure menant à l'audience sur le fond, y compris son déroulement. Le pouvoir de la formation de diriger le déroulement de la procédure dont elle est saisie s'étend à la forme de l'audience¹¹.

¶ 30 Lorsqu'elle détermine la forme de l'audience sur le fond, la formation doit trouver un équilibre entre les droits et les privilèges de l'intimé et l'intérêt public à ce que l'audience sur le fond se déroule sous une forme qui réduit au minimum le risque pour la santé de tous les participants, et ce, dans les meilleurs délais.

Une audience électronique par vidéoconférence est-elle une audience impartiale sur le plan de la procédure?

¶ 31 La question à traiter est de savoir si une audience sur le fond se déroulant par vidéoconférence respecte le droit de l'intimé à une audience impartiale prévu par les règles de procédure.

⁹ Paragraphes 1 et 3 de la Règle 8403.

¹⁰ Paragraphe 4 de la Règle 8403.

¹¹ Règle 8409.

¶ 32 À l’audience sur le fond, sauf l’audience par production de pièces, l’intimé peut :

- i. comparaître et être entendu en personne,
- ii. assigner et interroger des témoins et présenter des preuves documentaires ou autres éléments de preuve,
- iii. contre-interroger les témoins dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire toute la lumière sur tout ce qui touche aux points en litige de la procédure¹².

¶ 33 Lorsqu’elle décide de tenir l’audience sous forme d’audience par comparution, d’audience électronique ou d’audience par production de pièces, la formation d’instruction peut tenir compte de facteurs pertinents, comme :

- i. la nature de l’audience, l’objet de l’audience et les questions devant être réglées, à savoir les questions de fait, de droit ou de procédure,
- ii. la preuve devant être présentée, notamment si des faits sont contestés ou si la crédibilité est remise en cause,
- iii. les frais, l’efficacité et le respect des délais de l’audience ou de la procédure,
- iv. le déroulement équitable et convenable de l’audience pour chacune des parties,
- v. l’accessibilité au public¹³.

¶ 34 La formation conclut qu’une audience électronique se déroulant par vidéoconférence offre à l’intimé tous les droits prévus au paragraphe 2 de la Règle 8423. La seule différence entre une audience électronique et une audience en personne est que, dans le premier cas, les participants n’y sont pas présents en chair et en os. L’intimé et ses avocats seront présents à l’audience tous les jours, et ils verront et entendront la formation, et seront vus et entendus par celle-ci, tout comme leurs témoins. Ils conservent leur droit d’assigner et d’interroger des témoins et de présenter des preuves documentaires et autres éléments de preuve et, dans le cadre d’une audience électronique, ils peuvent exercer pleinement leur droit de contre-interroger les témoins dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire toute la lumière sur tout ce qui touche aux points en litige de la procédure.

L’examen des facteurs prévus au paragraphe 3 de la Règle 8409

¶ 35 Pour parvenir à sa conclusion, la formation a examiné la nature et l’objet de l’audience ainsi que les questions devant être réglées. Les allégations portent sur des opérations relatives à des attributions de titres de nouvelles émissions entre août et décembre 2013. Les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir s’il existe des problèmes importants de crédibilité et si les opérations étaient irrégulières. La formation conclut que la nature et l’objet de l’audience ainsi que les questions devant être réglées peuvent être convenablement pris en compte dans le cadre d’une audience électronique.

¶ 36 L’efficacité et la rapidité d’une audience électronique, peu importe les circonstances, sont évidentes. Compte tenu du fait que la pandémie se dirige vers ce que l’on appelle une deuxième vague, les audiences en personne présentent des risques pour tous les participants. Une vidéoconférence sera efficace et permettra à l’audience sur le fond de progresser rapidement malgré la pandémie. Les frais sont également un facteur à prendre en compte, et l’intimé a fait part de ses préoccupations quant au fait que les difficultés techniques pourraient ralentir l’audience, ce qui augmenterait ses frais. De toute évidence, comme l’audience n’a pas

¹² Paragraphe 2 de la Règle 8423.

¹³ Paragraphe 3 de la Règle 8409.

encore commencé, rien ne prouve que cela se produira. Il est très difficile d'évaluer les frais rattachés à des événements spéculatifs, mais la formation est consciente des préoccupations soulevées et sera attentive aux problèmes techniques particuliers au fur et à mesure qu'ils se présenteront.

¶ 37 Un autre facteur est le déroulement équitable et convenable de l'audience pour chacune des parties. La formation conclut que le déroulement de l'audience est équitable pour toutes les parties. Toutes les parties auront une chance égale de participer, et tous les participants se heurteront aux limites d'une audience électronique. Les questions d'équité qui s'appliquent à l'intimé sont traitées de manière assez détaillée immédiatement après cet exposé.

¶ 38 Pour parvenir à sa conclusion, la formation a tenu compte du déroulement équitable et convenable de l'audience pour tous les participants, y compris les témoins et les personnes qui participent à l'audience à titre administratif, ainsi que les membres de leur famille. La formation ne peut pas ordonner une procédure d'audience sans tenir compte des risques pour la santé inhérents à une audience par comparution en personne. Bien que des mesures de distanciation physique et d'autres précautions puissent être prises, la seule forme d'audience qui ne présente aucun risque est l'audience électronique. Il n'est pas juste d'exiger des témoins de l'extérieur de la ville ou d'autres pays qu'ils prennent le risque de voyager et d'être exposés au virus afin de témoigner en personne¹⁴. Les personnes qui entreraient dans la salle d'audience et en sortiraient et celles qui entreraient en contact avec les personnes présentes dans la salle d'audience seraient également exposées à un risque.

¶ 39 La formation a également tenu compte de la pression subtile qui peut être exercée sur un participant lorsqu'une audience en personne est ordonnée. Les personnes souffrant de certains problèmes de santé peuvent être plus à risque, tout en se sentant mal à l'aise de divulguer de tels renseignements personnels. Des personnes peuvent simplement penser que ce n'est pas un risque qu'elles souhaitent prendre, mais peuvent se sentir obligées de le prendre en raison des exigences de leur emploi ou de la pression exercée par d'autres pour qu'elles assistent à l'audience. Une audience électronique supprime cette pression et la nécessité de prendre une telle décision.

¶ 40 Notre décision est aussi guidée par la prudence. Toute personne, y compris un membre de la formation, pourrait être contrainte de se mettre en quarantaine à tout moment avant ou pendant l'audience. Une audience en personne serait retardée; une audience électronique ne le serait pas.

¶ 41 En ce qui concerne l'accessibilité de la procédure au public, la formation comprend que la coordonnatrice des audiences fournira l'information nécessaire.

Une audience électronique constitue-t-elle une procédure impartiale pour l'intimé?

¶ 42 Ce qui constitue une audience impartiale dépend de nombreux facteurs. Dans la décision *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, il est déclaré :

[...] L'obligation d'équité procédurale est souple et variable et repose sur une appréciation du contexte de la loi et des droits visés. Les droits de participation qui en font partie visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées de présenter leur point de vue et des éléments de preuve qui seront dûment pris en considération par le décideur¹⁵.

¹⁴ Il est reconnu que les témoins du personnel se trouvent au Royaume-Uni, à Montréal, à London (Ontario) et possiblement en Floride. En outre, les témoins se trouvant à l'étranger doivent se placer en quarantaine à leur arrivée au pays.

¹⁵ *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1999] 2 R.S.C. 817, par. 22, 28.

¶ 43 Pour analyser le caractère impartial d’une audience se déroulant par vidéoconférence, la formation a tenu compte des préoccupations soulevées par l’intimé concernant divers aspects d’une audience sur le fond se déroulant par vidéoconférence.

Une audience en personne constitue-t-elle une « règle d’or »?

¶ 44 La déclaration selon laquelle une audience par comparution est une « règle d’or » a été faite dans le cadre d’une requête présentée à un arbitre du travail qui était confronté à une requête visant à poursuivre sous forme d’audience par vidéoconférence ce qui était auparavant une audience par comparution en personne, en raison de la nécessité d’observer les règles de distanciation physique. Après avoir déclaré : [traduction] « Je suis d’accord avec la TTC pour dire qu’une audience en personne est *préférable* – c’est à *tout le moins* une règle d’or – et qu’une telle audience devrait être tenue dans la mesure du possible », l’arbitre a estimé qu’une [traduction] « audience en personne n’était pas possible et pourrait ne pas l’être avant longtemps »¹⁶. Une ordonnance a été rendue pour que l’audience se poursuive par vidéoconférence.

¶ 45 Même si la formation n’admet pas que cette décision fasse résolument autorité pour ce qui est de savoir si une audience en personne constitue une « règle d’or », elle accepte la conclusion suivant laquelle, lorsqu’une audience en personne n’est pas possible et peut ne pas l’être pendant longtemps, une audience électronique est une solution de rechange viable et impartiale.

Une audience en personne est-elle nécessaire dans une affaire complexe faisant appel à de multiples témoins?

¶ 46 L’intimé a cité deux décisions d’un président de la Commission du travail, dont l’une cite la conclusion d’une autre décision de la Commission : [traduction] « les audiences par vidéoconférence ne sont pas appropriées lorsqu’il y a de multiples témoins : la présentation de la preuve risque de prendre beaucoup de temps, et il y a des questions de crédibilité à déterminer¹⁷ ». Les motifs à l’appui de cette conclusion ne sont pas précisés.

¶ 47 Pour évaluer cette question particulière, la formation s’en est remise à la décision *First Global Data Ltd*¹⁸, la plus récente décision de la CVMO concernant la tenue d’une audience sur le fond par vidéoconférence. Dans une requête similaire à celle de l’intimé, on a avancé un argument similaire, s’appuyant sur certaines des mêmes décisions, concernant la nécessité de tenir une audience en personne pour des affaires complexes d’une certaine longueur. L’affaire *First Global* a nécessité 25 témoins et 40 jours d’audience. La présente affaire nécessite neuf témoins et neuf jours d’audience.

¶ 48 Le vice-président Mosley a indiqué :

[traduction] Lorsqu’ils ont été interrogés, les intimés n’ont pu expliquer pourquoi une audience par vidéoconférence est moins appropriée à une audience longue ou complexe qu’à une audience courte ou peu complexe. Par rapport à une courte audience, une longue audience, qu’elle se tienne en personne ou par vidéoconférence, est plus ou moins la même chose. En ce qui concerne la complexité, les intimés ont affirmé que les questions complexes doivent être traitées dans le cadre d’une audience en personne, mais ils ne donnent aucune raison expliquant pourquoi il en est ainsi. »

En effet, comme l’a déclaré la Cour supérieure de justice dans la décision *Miller v FSD Pharma*,

¹⁶ *Toronto Transit Commission v Amalgamated Transit Union Local 113*, 2020 CanLII 28646 (ON LA), au par. 15 (italique dans l’original).

¹⁷ *Velimir Raskovic v Bend All Automotive Inc.*, 2018 CanLII 107003 (ON LRB), au par. 4; *Jose Carvalho Aguiar v. Wesdome Gold Mines Ltd.*, 2018 CanLII 1487 (ON LRB).

¹⁸ *First Global Data Ltd (Re)*, 2020 ONSC 23.

Inc., [traduction « il n’y a rien à propos d’une procédure à distance, qu’elle soit importante, complexe et potentiellement définitive, ou petite, simple et provisoire, qui est intrinsèquement inéquitable pour l’une ou l’autre partie. Cela est particulièrement vrai maintenant que la communauté juridique a eu le temps d’assimiler l’utilisation de la technologie de l’audience virtuelle¹⁹ ».

¶ 49 L’élément de preuve déposé dans le cadre de la requête, soit un affidavit de l’un des avocats de l’intimé, ne fournit pas d’exemple clair expliquant pourquoi la présente affaire – une audience nécessitant neuf témoins pendant neuf jours et concernant des opérations boursières – est trop complexe pour être traitée par vidéoconférence. La formation a conclu que la présente affaire peut être traitée par vidéoconférence en toute impartialité.

Une vidéoconférence entrave-t-elle la défense des avocats de l’intimé et place-t-elle des obstacles à la participation de l’intimé et à sa relation avec ses avocats à un point tel que l’audience devient inéquitable?

¶ 50 Dans les éléments de preuve déposés relativement à cette question, l’auteur de l’affidavit a fait part de ses observations personnelles sur les difficultés d’agir en tant qu’avocat lors d’une vidéoconférence. Elles ont été abordées dans l’argumentation écrite, et M. Groia s’est fait l’écho de ces expériences et préoccupations dans ses observations orales. En résumé, voici ces observations :

- L’évaluation de la crédibilité d’un témoin, par l’observation du langage corporel et le contre-interrogatoire, rend une audience par comparution absolument nécessaire. Le contre-interrogatoire avec un écran interposé entre l’avocat et le témoin nuit considérablement à la capacité de procéder à un contre-interrogatoire complet et équitable;
- De même, un intimé perd la capacité d’être présent en personne à sa propre audience, ce qui constitue un obstacle. Sa présence à une audience qui le concerne est un droit fondamental qu’une audience électronique n’offre pas;
- Les problèmes techniques peuvent compromettre la capacité de l’intimé de se défendre;
- La capacité de l’avocat à défendre efficacement l’intimé est entravée, ce qui entrave le droit de l’intimé à participer à l’audience. La vidéoconférence entrave considérablement le droit de l’avocat et de l’intimé de s’entretenir entre eux.

L’évaluation de la crédibilité

¶ 51 En ce qui concerne d’abord la question de la crédibilité et l’importance de tenir une audience en personne pour évaluer cette crédibilité, la formation constate que les parties ne sont pas d’accord sur la question de savoir si la crédibilité est remise en cause. Le personnel est d’avis que la question soumise à la formation est l’interprétation correcte des conséquences qui peuvent ou non découler de certaines opérations. Les conséquences réglementaires de la participation à ces opérations sont contestées. Le personnel est d’avis que les questions litigieuses sont des questions liées aux arguments et non à la crédibilité.

¶ 52 Les avocats de l’intimé sont en profond désaccord et soutiennent que les questions de crédibilité sont au cœur de la défense de l’intimé, ce qui accroît la nécessité d’une audience en personne.

¶ 53 L’intimé a cité la décision *Law Society of Upper Canada v Fausto Boniferno*, rendue en 2008, pour soutenir la proposition selon laquelle une audience par comparution est nécessaire lorsque la crédibilité est remise en cause. Cette affaire portait sur la requête d’un titulaire de licence visant à récupérer les frais qu’il

¹⁹ *First Global Data (Re)*, précitée, par. 41-42.

avait engagés pour se défendre avec succès devant le Barreau²⁰. Bien que le Barreau ait insisté sur la nécessité d'une audience par comparution lorsque la crédibilité était remise en cause, contrairement à ce qu'avait affirmé l'intimé par écrit, la formation constate que la décision du tribunal est muette sur la question.

¶ 54 La décision *Maple Leaf Investment Fund Corp. et al.*²¹ a également été citée; dans cette décision de la CVMO, la formation a conclu que la tenue d'une audience sur le fond par vidéoconférence présenterait de nombreux défis, notamment des difficultés à contre-interroger l'intimé et à lui soumettre des documents, et nuirait à la capacité de la formation d'évaluer la crédibilité de l'intimé. La formation était également préoccupée par le « risque important » que l'audience soit perturbée ou retardée par des problèmes techniques.

¶ 55 Tranchée en 2010, l'affaire *Maple Leaf* concernait un intimé résidant en Chine et nécessitait une audience de plusieurs jours et la comparution de multiples témoins. Bien qu'il n'y ait aucune preuve concernant la technologie utilisée, on peut supposer qu'elle était moins perfectionnée et moins fiable que celle qui est actuellement accessible. Il convient de noter qu'en 2017, soit sept ans après l'affaire *Maple Leaf*, la CVMO a entendu l'affaire *Sino Forest*²² lors d'une audience par vidéoconférence de plusieurs mois dans le cadre de laquelle de multiples intimés se trouvaient en Chine. Cela ne veut pas dire que les préoccupations soulevées dans le cadre de l'affaire *Maple Leaf* n'étaient pas valables à l'époque, mais simplement que la CVMO a décidé de tenir des audiences électroniques sur le fond dans des affaires portant sur des questions similaires.

¶ 56 La formation a trouvé utiles les décisions exposées dans *First Global Data*. La CVMO n'a pas accepté l'argument selon lequel une audience en personne était nécessaire si la crédibilité était remise en cause et a cité un ensemble de décisions qui soulignent l'importance moindre du comportement dans l'évaluation de la crédibilité²³.

¶ 57 Dans sa décision d'appel infirmant la décision *R v Rhayel*, affaire criminelle dans laquelle le juge de première instance s'était fortement appuyé sur ses observations comportementales pour déclarer un accusé coupable d'agression sexuelle, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré ce qui suit :

[traduction] « Les affaires dans lesquelles des preuves fondées sur le comportement ont été utilisées révèlent que l'évaluation de la crédibilité basée sur le comportement des témoins n'est pas toujours fiable. [...] Il est maintenant reconnu que le comportement a une valeur limitée, car il peut être influencé par de nombreux facteurs, y compris la culture du témoin, les attitudes stéréotypées ainsi que le caractère artificiel de la salle d'audience et la pression que celle-ci peut exercer²⁴. »

¶ 58 Les observations suivantes de la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans la décision *R. v Pressley* ont également été utiles et elles ont été citées avec l'approbation de la Cour supérieure de l'Ontario dans la décision *Springer v. Aird & Berlis LLP* :

[Traduction] « Le juge n'a pas la capacité divine de lire dans le cœur et l'esprit des témoins qui comparaissent devant lui. La justice n'est pas l'apanage du meilleur acteur dans le box des témoins. Le critère permettant d'établir la vérité avec le plus de satisfaction réside dans son harmonie ou son manque d'harmonie avec la prépondérance des probabilités révélées par les faits, les circonstances et

²⁰ *Law Society of Upper Canada v. Fausto Boniferno*, 2008 ONLSHP 56 (CanLII), par. 6 et 19.

²¹ *Maple Leaf Investment Fund Corp. et al.*, 2010 33 OSCP 9851, par. 37.

²² *First Global Data*, précitée, par. 40.

²³ *First Global Data*, précitée, par. 44.

²⁴ *R v Rhayel*, 2015 ONCA 377, par. 85.

les conditions de l'affaire en question²⁵. »

¶ 59 À partir de son examen des décisions, la formation conclut que la crédibilité est évaluée sur la base de nombreux facteurs. Elle constate que l'affaire *First Global Data*, dans laquelle tous s'accordent à dire que la crédibilité est une question centrale, s'est déroulée par vidéoconférence et que, dans le cadre de son examen des décisions portant sur la question, elle a cité deux décisions de la Cour supérieure qui rejetaient la proposition selon laquelle un témoignage par vidéoconférence nuirait à la capacité du tribunal de tirer des conclusions sur la crédibilité d'un témoin²⁶.

¶ 60 Bien qu'un contre-interrogatoire avec un écran interposé entre l'avocat et le témoin ne soit pas idéal aux yeux des avocats de l'intimé, la formation estime que ce n'est pas inéquitable.

Le droit de l'intimé d'être présent à l'audience qui le concerne est compromis

¶ 61 L'intimé a cité la déclaration suivante de la Cour dans la décision *R. v Fecteau* : selon un principe de droit fondamental, un accusé a le droit d'être présent en personne à son procès. Il a fait valoir que l'absence d'audience en personne le privait de ce droit²⁷.

¶ 62 Comme la liberté personnelle d'un accusé est menacée dans un procès criminel, tous les procès criminels se déroulent traditionnellement en personne. En l'espèce, il s'agit d'une audience administrative tenue devant un tribunal administratif. La formation est d'avis que le droit de l'intimé d'être présent à l'audience sur le fond n'est pas compromis par la tenue d'une audience électronique à laquelle il est présent en personne par voie électronique.

Les problèmes techniques pourraient entraver le droit de l'intimé à une audience impartiale

¶ 63 Des inquiétudes ont été exprimées quant au fait qu'une audience par vidéoconférence serait minée par des problèmes techniques. Les éléments de preuve comportent d'amples descriptions de problèmes qui ne se sont pas encore produits, tels que le décalage, le gel et les coupures de son. Le risque de problèmes techniques ne permet pas de conclure qu'une audience sur le fond ne peut être tenue par voie électronique. Si des problèmes surviennent effectivement au cours de l'audience, la formation s'en préoccupera à ce moment-là.

La capacité des avocats à défendre l'intimé est entravée

¶ 64 L'intimé a fait valoir que la capacité des avocats à le défendre efficacement sera entravée lors d'une audience électronique. Les communications entre les avocats et l'intimé seront compromises, en particulier s'ils ne sont pas physiquement dans la même pièce.

¶ 65 L'intimé a cité la décision *R. v Fecteau*, dans laquelle le tribunal a jugé que la possibilité de s'entretenir en privé avec un avocat est fondamentale pour qu'un accusé puisse se défendre²⁸. La formation fait remarquer que la technologie dont disposaient l'accusé et ses avocats pour s'entretenir en 1989 se limitait à un contact téléphonique et télévisuel qui n'était pas privé.

¶ 66 La formation reconnaît que le droit de s'entretenir en privé est un élément important de toute relation avocat-client. La technologie d'aujourd'hui permet d'avoir des conversations privées lors de réunions « en petit groupe ». Des discussions sur la meilleure façon de favoriser le droit de s'entretenir en privé peuvent

²⁵ *Springer v. Aird & Berlis LLP*, 2009 CanLII 15661, par. 14.

²⁶ *First Global Data, (Re)*, précitée, par. 49, citant *Davies v The Corporation of the Municipality of Clarington*, 2015 ONSC 7353, au par. 35; *Chandra v. CBC*, 2015 ONSC 5385, aux par. 20-25.

²⁷ *R. v Fecteau*, 1989 CanLII 7144 (ON SC), par. 18.

²⁸ *R v Fecteau*, précitée, par. 18.

avoir lieu avec la coordonnatrice des audiences, qui connaît les caractéristiques de la technologie utilisée. Tout besoin de conférence prolongée entre l'avocat et son client peut être communiqué à la formation.

¶ 67 La formation fait remarquer que l'intimé peut déterminer qu'il est à l'aise de se rendre aux bureaux de ses avocats où, tout en respectant les règles de distanciation physique et en prenant d'autres mesures préventives, il peut participer à l'audience en étant à proximité de ses avocats. Il s'agit d'une décision qui doit être prise uniquement par l'intimé et qui dépend de ses préférences et de son niveau d'aisance.

¶ 68 Quelle que soit la manière dont l'intimé assiste à l'audience, la formation sera attentive à son besoin de s'entretenir avec ses avocats.

L'intimé n'a pas établi qu'une audience électronique serait inéquitable

¶ 69 L'intimé fait valoir que les lacunes d'une audience électronique rendent chaque aspect de l'audience inéquitable, comme la formation l'a constaté dans son examen des lacunes énumérées. La formation n'est pas persuadée que les lacunes alléguées portent préjudice à l'intimé au point de devoir ordonner une audience par comparution en personne.

¶ 70 Une grande partie de ce qui a été présenté reflète les préférences de l'intimé et de ses avocats, plutôt qu'un véritable préjudice. Une audience par vidéoconférence n'équivaut pas à un refus du droit d'être entendu, et le contre-interrogatoire par vidéoconférence n'équivaut pas à la perte du droit de contre-interroger les témoins de manière complète et équitable. Le droit fondamental d'être présent à une audience n'est pas perdu parce que la présence est virtuelle plutôt qu'en chair et en os.

¶ 71 Dans ses observations verbales, M. Groia a déclaré qu'une audience électronique était une forme de « justice de seconde classe » qui l'empêcherait de créer un dossier au nom de son client. Il a également fait valoir que ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'un intimé devrait voir ses droits déterminés dans le cadre d'une audience électronique.

¶ 72 La formation ne pense pas qu'une audience électronique constitue une forme de justice inférieure à la norme ou crée un dossier de qualité inférieure. Il s'agit d'une audience administrative, et non d'une affaire criminelle. L'intimé se défend contre les allégations d'un organisme de réglementation, et ne fait pas l'objet d'accusations graves en vertu du Code criminel et d'autres lois pénales.

¶ 73 Comme il est souligné dans la décision *Baker c. Canada*, les droits de participation visent à garantir que les décisions administratives sont prises selon une procédure équitable et ouverte, et que les personnes visées par la décision peuvent présenter complètement leurs points de vue ainsi que leurs éléments de preuve de sorte qu'ils soient examinés par le décideur²⁹. De l'avis de la formation, une audience électronique permettra le plein exercice de ces droits de participation devant ce tribunal.

¶ 74 Comme il est indiqué dans la décision *First Global Data*, il ne faut pas présumer, sans éléments convaincants, qu'une audience sur le fond par vidéoconférence ne peut pas se dérouler avec succès ou qu'elle sera inéquitable³⁰. La formation est d'avis qu'aucun élément convaincant n'a été présenté.

L'abus de procédure et la suspension de la procédure

¶ 75 Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans la décision *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, l'abus de procédure est une notion de common law qui est invoquée pour suspendre une procédure lorsqu'il serait oppressif de permettre sa continuation³¹. Il y a abus de procédure

²⁹ *Baker c. Canada*, précitée, par. 28.

³⁰ *First Global Data*, précitée, par. 68.

³¹ *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] CSC 43, par. 116.

lorsque la procédure est injuste au point d'être contraire à l'intérêt de la justice. Les cas de cette nature sont extrêmement rares³².

¶ 76 La formation n'est pas convaincue que le fait d'ordonner une audience électronique est injuste et constitue un abus de procédure justifiant la suspension de la procédure.

Un report jusqu'à ce qu'une audience par comparution puisse être tenue en toute sécurité

¶ 77 L'intimé fait valoir qu'il n'y a pas d'urgence à traiter cette affaire. Il ne travaille plus dans le secteur, et ce, depuis trois ans. Il fait remarquer qu'il y a eu des retards dans l'enquête menée par le personnel, ce qui démontre que la position du personnel (selon laquelle il faut poursuivre l'affaire plutôt qu'attendre un moment où l'audience par comparution pourrait se dérouler en toute sécurité) est nouvelle. L'intimé fait valoir que son droit à une audience équitable ne devrait pas être compromis en raison de la volonté du personnel de faire avancer l'affaire.

¶ 78 La formation doit mener la procédure dans le respect des délais, comme le prévoit l'alinéa 3(iii) de la Règle 8409. Comme nous l'avons indiqué plus haut, au moment de la rédaction des présents motifs, l'Ontario et, en particulier, Toronto faisaient face à la deuxième vague de la pandémie. Il n'existe aucun moyen de mesurer l'ampleur du retard qui se produirait si cette affaire devait attendre un moment où une audience par comparution pourrait être tenue en toute sécurité.

¶ 79 Comme il est souligné dans la décision *First Global Data*, les audiences retardées sont moins opportunes et plus susceptibles d'être coûteuses en raison du temps supplémentaire nécessaire pour rafraîchir la mémoire des personnes concernées³³. Il n'est pas non plus dans l'intérêt public de retarder des affaires concernant les règles régissant les marchés financiers et l'attribution de titres de nouvelles émissions. L'exposé des allégations date du 31 juillet 2019, l'avis d'audience, du 1^{er} août 2019, et la réponse de l'intimé, du 13 septembre 2019.

¶ 80 Il est important que l'affaire soit résolue dans le respect des délais, ce qui nécessite la tenue de l'audience sur le fond. La formation n'admet pas que cela compromette le droit de l'intimé à une audience équitable.

Le déroulement des procédures dont les cours et autres tribunaux sont saisis

¶ 81 Le personnel et l'intimé ont tous deux fourni des renseignements concernant le déroulement des procédures dont les divers cours et les divers tribunaux du Canada sont saisis. Bien qu'ils soient instructifs, ils ne sont pas déterminants. Dans certains cas, ils ne sont tout simplement pas applicables. Comme l'indiquent les éléments de preuve, les procès criminels sont présumés se dérouler en personne, à moins que toutes les parties ne consentent à procéder par vidéoconférence. La liberté de l'accusé étant en jeu, l'importance d'un procès en personne est d'autant plus grande. Bien que les allégations à l'encontre de l'intimé soient graves, il s'agit d'infractions à la réglementation qui sont instruites par un tribunal administratif.

¶ 82 Il est clair que la tenue d'audiences et de procès en personne varie d'un océan à l'autre. Comme elle l'a indiqué dans sa décision *Arconti v. Smith*³⁴, la Cour supérieure de l'Ontario a tenu plusieurs types de procédures par vidéoconférence. Si diverses commissions et l'OCRCVM en Colombie-Britannique ont pu mettre des audiences par comparution en personne à leur calendrier, il n'est pas certain qu'elles ont eu lieu. À

³² *Blencoe, ibid.*, par. 120.

³³ *First Global Data*, précitée, par. 22.

³⁴ *Arconti v Smith*, 2020 ONSC 2782.

Toronto, la CVMO ne tient pas d'audiences en personne et, comme il est indiqué dans la décision *First Global Data*, elle tiendra de longues audiences sur le fond par vidéoconférence dans un avenir prévisible.

¶ 83 En fin de compte, la décision de tenir ou non une audience sur le fond par voie électronique appartient à la formation. Comme le prévoient les Pratiques exemplaires, l'OCRCVM a décidé de mener les audiences par voie électronique jusqu'à ce qu'elles puissent avoir lieu en personne, ce qui signifie qu'elles seront non seulement possibles, mais aussi sécuritaires pour tous les participants. Toute partie qui s'oppose à une procédure électronique peut présenter une requête, telle que celle-ci. Une décision sera alors prise si le préjudice allégué est suffisant pour justifier une autre forme d'audience.

¶ 84 Dans ses observations orales, M. Groia a souligné qu'en août 2020, la coordonnatrice des audiences avait offert de tenir une audience en personne chez Atchison & Denman, et que les Pratiques exemplaires prévoient que les audiences doivent se tenir par voie électronique « jusqu'à ce qu'elles puissent avoir lieu en personne ». M. Groia a fait valoir que, puisque la coordonnatrice des audiences avait proposé une audience en personne, cela voulait dire qu'une telle audience pouvait avoir lieu, et que la possibilité de recourir à une audience électronique était écartée.

¶ 85 La décision sur la forme de l'audience appartient au bout du compte à la formation. Compte tenu des circonstances actuelles et pour les raisons exposées dans la présente décision, la formation a déterminé qu'une audience électronique était la procédure appropriée à suivre.

LA CONCLUSION

¶ 86 En résumé, l'intimé n'a pas réussi à établir qu'une procédure électronique lui causerait un préjudice suffisant pour que soit ordonné le report de la procédure jusqu'à ce qu'il soit sécuritaire de tenir une audience par comparution en personne.

¶ 87 La formation a conclu que, dans ces circonstances, une audience électronique par vidéoconférence respecte les droits de l'intimé et permet de tenir une audience sur le fond sécuritaire et équitable.

¶ 88 L'audience sur le fond sera tenue comme prévu sous forme d'audience électronique par vidéoconférence.

Fait à Toronto le 5 octobre 2020.

Donna Campbell

Debbie Archer

Mary Savona

ORDONNANCE

ATTENDU QUE le 23 septembre 2020, l'intimé a présenté, conformément à l'article 8413 des Règles consolidées de mise en application, d'examen et d'autorisation de l'OCRCVM, une requête visant à obtenir une ordonnance pour que l'audience en l'espèce soit menée sous forme d'audience par comparution ou, à défaut, une ordonnance suspendant de façon permanente la procédure, au motif que l'OCRCVM n'a pas la compétence pour tenir l'audience sous une autre forme;

ET APRÈS avoir examiné les documents déposés par l'intimé et le personnel de l'OCRCVM, et entendu les observations orales de l'intimé et du personnel;

LA FORMATION D'INSTRUCTION ORDONNE CE QUI SUIVIT :

1. La requête de l'intimé est rejetée pour des raisons qui seront communiquées ultérieurement;
2. L'audience sur le fond se déroulera par vidéoconférence;
3. L'audience sur le fond aura lieu du 13 au 16 octobre et du 19 au 23 octobre 2020.

FAIT à Toronto (Ontario) le 24 septembre 2020.

« Donna Campbell »

Donna Campbell, présidente

« Debbie Archer »

Debbie Archer

« Mary Savona »

Mary Savona

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