COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

92-10-CA

2063010 ONTARIO INC. c.o.b. AGENT'S EQUITY

APPELLANT

- and -

DERRICK BARR, DAVID CURREN, SHEILA HENRY, HEATHER LEBLANC, AMANDA McCONNACHIE, PAUL McCRACKEN, JUDY MITCHELL, BOB MOWERY, SUSAN MOWERY, JAKE PALMER, MARCUS POWER and MARIA YOUNG

RESPONDENTS

2063010 Ontario Inc. (c.o.b. Agent's Equity) v. Barr et al., 2011 NBCA 32

CORAM:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from 3 decisions of the Court of Queen's Bench:
May 28, June 11 and 18, 2010

History of Case:

Decisions under appeal:
2010 NBQB 181
2010 NBQB 208
2010 NBQB 243

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
January 20, 2011

Judgment rendered:
April 14, 2011

2063010 ONTARIO INC., faisant affaire sous la raison sociale AGENT'S EQUITY

APPELANTE

- et -

DERRICK BARR, DAVID CURREN, SHEILA HENRY, HEATHER LEBLANC, AMANDA McCONNACHIE, PAUL McCRACKEN, JUDY MITCHELL, BOB MOWERY, SUSAN MOWERY, JAKE PALMER, MARCUS POWER et MARIA YOUNG

INTIMÉS

2063010 Ontario Inc. (faisant affaire sous la raison sociale Agent's Equity) c. Barr et al., 2011 NBCA 32

CORAM :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel de trois décisions de la Cour du Banc de la Reine :
Les 28 mai, 11 juin et 18 juin 2010

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :
2010 NBBR 181
2010 NBBR 208
2010 NBBR 243

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 20 janvier 2011

Jugement rendu :
Le 14 avril 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Richard J. Scott, Q.C.

For the respondents
Matthew R. Letson

THE COURT

The appeal is allowed. All of the motion judge's orders are set aside and all the motions are dismissed. Agent's Equity is entitled to costs in this Court and in the court below. Costs are fixed at $300 *per* respondent.

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

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

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Richard J. Scott, c.r.

Pour les intimés :
Matthew R. Letson

LA COUR

L'appel est accueilli. Toutes les ordonnances du juge saisi de la motion sont annulées et toutes les motions sont rejetées. Sont accordés à Agent's Equity les dépens devant notre Cour et devant le tribunal dont appel est interjeté. Ils sont fixés à 300 $ pour chaque intimé.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] This case concerns the enforceability, in New Brunswick, of a judgment obtained, in Ontario, by the appellant, 2063010 Ontario Inc., carrying on business as Agent's Equity. The judgment was obtained against 20 individuals, including the 12 respondents who had been engaged as licensed real estate agents, in Saint John, with the brokerage firm of Mawhinney Real Estate ("Mawhinney"). For a fee, Agent's Equity advanced monies to the respondents on the basis of commissions to be earned from sale transactions which had yet to close. For example, Agent's Equity would advance $2,300 on a $2,600 commission to be paid on a sale transaction that would close in 90 days. On the closing date, it was expected that Agent's Equity would be paid $2,600. Otherwise, interest at 18% *per annum* would begin to accumulate.

[2] The exact terms of the contractual arrangement were placed in "Commission Sale Agreements". The respondent agents expressly agreed that the advances would be paid directly into the broker's trust account, yet they did not receive any of the advances from Mawhinney. Nevertheless, the agents remained contractually bound to repay Agent's Equity. They failed to do so and Agent's Equity instituted legal proceedings in Ontario. Service of the Statement of Claim was effected on the individual agents in New Brunswick, but they chose not to defend the proceedings. Subsequently, default judgment was entered against them. In turn, the Ontario judgment was registered as a judgment of the New Brunswick Court of Queen's Bench, pursuant to the *Canadian Judgments Act*, S.N.B. 2000, c. C-0.1. Consequently, the judgment became a lien against the assets of the respondents under the *Land Titles Act*, S.N.B. 1981, c. L-1.1, and the *Personal Property Security Act*, S.N.B. 1993, c. P-7.1. The amount of the default judgment, as against each of the respondent agents, ranges from a low of $1,900 to a high of $8,200.

[3] By Notice of Motion, the respondents, Bob and Susan Mowery, applied under s. 10(2) of the *Canadian Judgments Act* to have the Ontario judgment set aside or, in the alternative, that it be stayed or enforcement be limited pursuant to s. 10(1), or, in the further alternative, that it be held unenforceable by operation of the provisions of the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2. The other respondents had filed motion documents with the Court, based on the Mowerys' documentation, seeking the same relief. During the motion hearing, the judge identified another issue: whether the default judgment was registerable in New Brunswick because of s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act*. That section states that a judgment made in a proceeding in which the judgment debtor did not take part shall not be registered if the judgment was made in a proceeding against an individual resident in New Brunswick to enforce "a contract for the supply of consumer goods or services within New Brunswick". The motion judge asked whether the Commission Sale Agreements qualified as contracts for the supply of a consumer service.

[4] Ultimately, the motion judge ruled the Commission Sale Agreements qualified as contracts for the supply of a consumer service and, therefore, the default judgment was not registerable in New Brunswick. The judge reasoned that the contractual arrangement more closely resembled a form of consumer financial service than a business transaction. In reaching that determination the judge focused in on the cost of the short-term advance, having regard to the amount of the fee charged, which translated into effective annual interest rates ranging from 50% to 217%. The motion judge also awarded costs of $750.00 to both Bob and Susan Mowery and costs of $500.00 to each of the remaining self-represented litigants. The motion judge then granted an injunction barring Agent's Equity from initiating any legal proceeding in any court in New Brunswick with respect to the unpaid advances until such time as Agent's Equity complied with his costs orders. Correlatively, the judge stayed any proceedings that may have been commenced, in New Brunswick, by Agent's Equity pertaining to the underlying Commission Sales Agreements.

[5] In my respectful view, the appeal must be allowed and the orders granted below set aside. In effect, the motion judge perceived the effective annual interest rate to be a usurious rate of interest and, therefore, objectionable or unenforceable as an unconscionable transaction at law. This is where the motion judge began his descent into error. The fact that one agrees to pay what is considered a usurious rate of interest does not automatically render the transaction unconscionable. The notion of inequality of bargaining power must be factored into the legal framework and there is no evidence of an inequality as between the parties. Indeed, the respondent agents stated in their supporting affidavits that they were "compelled" to sign the Agreements at the insistence of Mawhinney. If there were an inequality of bargaining power, it would be between the agent and Mr. Mawhinney. More importantly, the purpose of s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act* is not to prevent the registration of default judgments obtained in regard to consumer transactions that might be unenforceable under the doctrine of unconscionability. The true object of the provision is to force vendors and service providers who are dealing with non-business consumers in New Brunswick to sue in New Brunswick. It is unrealistic to expect this type of consumer to defend a lawsuit brought in another province, particularly when the amount involved may be relatively small.

[6] This Court must provide a practical framework for deciding what is a contract for the supply of a "consumer service" which is consistent with the legislative objective underscoring s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act*. To that end, the analysis is premised on the fact that we are dealing with a "financial service" involving the advance of monies. Ultimately, I settle on a framework that looks to see whether the purchaser/consumer of the service entered into the contract as part of, or in furtherance of, a business enterprise. In short, the *Act* is seeking to exclude business-to-business contractual relationships from the ambit of s. 5(2)(*a*), while insulating the non-business consumer of a financial service from the impact of a default judgment obtained in another province with respect to a contract made in New Brunswick. The question the court must ask in this case is "Did the respondents enter into contracts with Agent's Equity in their capacity as non-business consumers (individuals) or as business consumers (real estate agents)?" Admittedly, this approach contrasts sharply with the approaches adopted under

the *Personal Property Security Act* and the *Consumer Product Warranty and Liability Act*, S.N.B. 1978, c. C-18.1, in regard to the concepts of "consumer goods" and "consumer products", respectively. The differences are explored in these reasons.

II. The Factual Matrix

[7] In the real estate business, sales commissions earned by brokers and agents or sales representatives are usually earned upon the successful negotiation of an agreement of purchase and sale, but are not payable until the closing date of the transaction. Recognizing that receipt of earned commissions is generally delayed and that agents and sales representatives may wish to access a portion of such commissions at an earlier date, Agent's Equity offers a financial service to real estate professionals to enable them to "sell" their sales commission receivables before closing, thereby gaining immediate access to the money they have earned. Agent's Equity deals exclusively with licensed real estate brokers and agents. In order for an agent to take advantage of the financing offered by Agent's Equity, the broker with whom the agent is associated must first open an account with Agent's Equity. The agent may then request to open an account with Agent's Equity. The relationship between Agent's Equity and an agent with respect to the sale of a portion of his or her earned real estate commission is governed by a Commission Sale Agreement between Agent's Equity, the agent or sales representative, and the related broker.

[8] On an approved transaction, Agent's Equity will "purchase" up to 90% of the agent's net receivable for his or her commission to a maximum of $10,000, up to 120 days before closing. Agent's Equity charges an administrative fee of $34.50, on each commission purchased. The commission receivable is purchased at a discount at a rate of $0.74 or $0.84 per thousand dollars advanced per day from the date of the net advance to the scheduled date of closing on the real estate transaction, with a minimum discount of $55. Recognizing that Agent's Equity may not be repaid on the date of closing, a Reserve Fund deduction is also made from the advance calculated at 3% of the value of the gross

commission purchased, plus $15.00. If Agent's Equity is repaid within twenty days of the closing date, the Reserve Fund amount is repaid to the agent on a *pro rata* basis.

[9] A concrete example of how the fee structure works is instructive. On May 21, 2009, Agent's Equity purchased a $2,650 commission that Mr. Mowery was to earn on a sale transaction to close on August 31, 2009. From that amount, Agent's equity deducted $331.73 and paid into the trust account of Mawhinney the balance of $2,318.27. The deduction of $331.73 consisted of a fee of $34.50, a discount of $202.73 and a reserve fund amount of $94.50. On the closing date, Mr. Mowery was required to refund the full amount of the advance. If he did so, the reserve amount of $94.50 would be refunded. In effect, the reserve fund is intended to provide Agent's Equity with a buffer against bad debts. In the event Mr. Mowery failed to repay the advance on the specified date, the unpaid advance would attract an interest charge of 18% *per annum*.

[10] There is one other aspect of the financial arrangement which is worthy of note. The net advance can be made payable jointly to the sales representative and broker, solely to the sales representative, solely to the broker, or spilt between the sales representative and broker; all at the sales representative's option. As well, there are options as to the method of payment. In the present case, each of the respondents signed a direction that required Agent's Equity to pay each advance directly to the broker Mawhinney. The record does not tell us why the respondents would agree to allow the broker to receive the proceeds from the Commission Sale Agreements while remaining personally liable to Agent's Equity.

[11] Mawhinney opened an account with Agent's Equity as did a number of his sales representatives, including the respondents. Between May 21, 2009, and August 4, 2009, the respondents entered into twenty-three individual Commission Sale Agreements with Agent's Equity with respect to the "purchase" from them of net commission receivables totalling $45,130.00. Seven of the related transactions were to close in July 2009, fifteen in August 2009 and one on September 1, 2009. Mawhinney ceased operations in early August 2009. No payments were made to Agent's Equity by either

Mawhinney or the respondent agents in accordance with the terms of the Commission Sale Agreements.

[12] Agent's Equity instituted legal proceedings in Ontario by issuing one statement of claim, in order to collect the unpaid amounts owed to it under the Commission Sales Agreements. Service was effected on 20 agents, including Mawhinney and the 12 respondents, in New Brunswick. All 20 chose not to defend the proceedings. Hence, default judgment was entered and costs of $300 were awarded against each defendant. The Ontario judgment was then registered as a judgment of the New Brunswick Court of Queen's Bench pursuant to the *Canadian Judgments Act.*

[13] The Notice of Motion was returnable on May 25, 2010. The Mowerys were self-represented. Following argument, the motion judge reserved his decision. In reasons dated May 28, 2010, the judge identified an issue which the Mowerys had not raised: "whether the Ontario judgment against the Mowerys was made in a proceeding to enforce a contract for the supply of consumer goods or services within New Brunswick, a consumer financial service." The judge adjourned the hearing and asked for further submissions.

[14] A further hearing date of June 4, 2010 was set. On that date, Mel K. Norton advised those present he was now representing the Mowerys and filed a brief on their behalf. Having heard argument on the application of ss. 5(2)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act*, the motion judge again reserved his decision. At the resumption hearing, held on June 11, 2010, the judge concluded the Ontario judgment enforced contracts for the supply of consumer financial services in New Brunswick and, hence, it was registered contrary to section 5(2)(*a*) of the *Act.* Pursuant to s. 10(2)(*a*) of the *Act*, the judge set aside the registration of the Ontario judgment in a decision reported at 2010 NBQB 181, [2010] N.B.J. No. 178 (QL). The motions with respect to the remaining respondents, and the matter of corollary relief and costs, were once again reserved to a later date: June 18, 2010.

[15] The other respondents, as well as Lorne Daltrop and Paul O'Neil, had filed documents with the Court based on the Mowerys' documentation seeking the same relief. Prior to the hearing on June 18, 2010, Mr. Daltrop and Mr. O'Neil indicated they would not be proceeding further in the matter and, thus, no request for relief on their behalf was before the motion judge on that date. The other respondents, with the exception of Amanda McConnachie and Paul McCracken, only retained Mr. Norton to represent them on the morning of the June 18, 2010 hearing. Other than their Notices of Motion and supporting affidavits, the other respondents had filed no other documents with the Court or made any other submissions.

[16] On June 18, 2010, the motion judge allowed the relief requested in the Notices of Motion filed by the other respondents and awarded each of them costs in the amount of $500. Each of the Mowerys was granted costs of $750. The judge also granted unrequested consequential relief in the form of an order of prohibition against Agent's Equity, all of which was intended to enforce Agent's Equity's obligation to pay costs. Agent's Equity appealed. At the time of issuing the Notice of Appeal, Agent's Equity listed Mr. Daltrop and Mr. O'Neil as respondents. Having confirmed that neither of them was seeking relief at the motion hearing of June 18, 2010, Agent's Equity discontinued the appeal against them. Subsequent to the June 18 hearing, the respondents, Amanda McConnachie and Paul McCracken retained Mr. Norton.

III. The Motion Judge's Decision

[17] At the June 4 hearing, Mr. Norton argued that the monies advanced by Agent's Equity were intended for consumption by the Mowerys for personal, family or household expenses. He went on to emphasize the relatively small amounts of each advance ($1,300 to $2,300), the short period of the advance (16 to 103 days), the fact that Agent's Equity was not a traditional source, the effective annual interest rates being charged (up to 217%) and, finally, that the obligation to repay the advance arose on the Mowerys' *de facto* payday. In brief, Mr. Norton equated the entire arrangement to "payday loans". In *Smith v. National Money Mart Co.*, [2007] O.J. No. 46 (S.C.J.) (QL),

payday loans were described as "loans to consumers from non-traditional lending sources for small amounts of money, for a short term: usually until the borrower's next payday" (para. 6).

[18] Counsel for Agent's Equity emphasized the commercial nature and legal underpinnings of the Commission Sales Agreements which effected a "sale" of a portion of a licensed real estate agent's commission. Counsel maintained it was inappropriate to make an analogy with consumer financing contracts for household or personal purposes. Counsel described the commercial activity of Agent's Equity as that of a "factor" purchasing receivables from businesses in business-to-business transactions. Counsel went on to emphasize that Agent's Equity only deals with brokers, and real estate professionals, who are independent contractors. Therefore, Agent's Equity is not in the consumer trade in any capacity.

[19] The motion judge's analysis and reasoning are succinct (see 2010 NBQB 208, 363 N.B.R. (2d) 396). He notes no one challenged his earlier calculations as to the effective annual interest rates with respect to the cost of the advances made by Agent's Equity and relies on the Supreme Court's decision in *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152, for the proposition that Agent's Equity is asking for the "triumph of form over substance" (para. 13). In two sentences, the motion judge rejects the notion that Agent's Equity was acting as a factoring agent. He ends his analysis with the following sentences:

> In my opinion the partial advances of commissions by Agent's Equity at effective annual interest rates until closing from 36.23% up to 217.61% more closely resemble a form of consumer financial service than true business to business transactions.
>
> Thus I conclude the Ontario judgment against the Mowerys was to enforce contracts for the supply of consumer financial services within New Brunswick. [paras. 16 & 17]

[20] At the June 18 hearing, the above reasoning was applied to the remaining motions. It was at that time that he made his award of costs and issued a prohibition and stay order (see 2010 NBQB 243).

III. Issues

[21] This appeal involves two issues. First, it is alleged the motion judge erred in his interpretation and application of section 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act*, and, in particular, in concluding that the Ontario default judgment in question was to enforce contracts for the supply of a consumer service within New Brunswick. Second, it is submitted that in any event, the motion judge erred in awarding costs to the self-represented respondents. In light of my conclusion on the first issue, it is unnecessary to address the second.

IV. The Interpretation of Section 5(2)(*a*) of *Canadian Judgments Act*

[22] In order to be registered in New Brunswick, a Canadian judgment (as defined in s. 1 of the *Canadian Judgments Act*) must meet the criteria set out in s. 5(1) of the *Act*. Section 5(2) sets out two exceptions with respect to the right to register what amounts to a default judgment against an individual resident in New Brunswick. The first exception applies in cases where the default judgment relates to the enforcement of "a contract for the supply of consumer goods or services within New Brunswick". No one questions that Agent's Equity was supplying financial services "within New Brunswick". What they cannot agree on is whether a Commission Sale Agreement qualifies as a contract for the supply of a consumer service within the meaning of s. 5(2)(*a*).

[23] It is patently obvious that the motion judge was fixated on the rate of return which Agent's Equity was able to extract from the respondents with respect to what most would classify as short-term loans. This is where the judge fell into error. We are not dealing with the enforceability of unconscionable transactions tied to an agreement to pay what many might regard as a usurious rate of interest. We are dealing with the interpretation of a statute, irrespective of the effective rate of return payable. In

other words, the interpretative issue would remain even if Agent's Equity had charged a nominal fee for the financial service it made available to the respondent agents. The judge's responsibility is to seek out the intent of the Legislature by applying the principles and rules of statutory interpretation. Judges are not judges without borders. They are not given an untrammelled authority to achieve what are perceived to be just results. The just result is the one that is reached after applying the tenets of the law in a principled and transparent fashion.

[24] The interpretative question is easily stated: Do the contractual arrangements entered into between Agent's Equity and the individual real estate agents qualify as contracts for the supply of a consumer service? Agent's Equity takes the position that a contract for the supply of a consumer service refers to a contract for the supply of a service acquired for personal, family or household purposes. Correlatively, Agent's Equity contends it is not the nature of the good or service that is determinative, but rather the purpose for which the short-term advances were obtained. In other words, we must look to see what the monies advanced were used for - to pay for business or personal expenses? Agent's Equity goes on to maintain that as the answer to this question is within the knowledge of the person receiving the service, the onus is on the respondents to individually establish the purpose for which each of them entered into the Commission Sale Agreements. As there is nothing in the record to show the monies advanced were not being used for commercial or business purposes, Agent's Equity submits the respondents cannot claim the benefit of the exception set out in s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act.*

[25] The argument advanced above would have us define a contract for the supply of a consumer financial service in terms of whether the monies advanced under the Commission Sale Agreements were used to pay for personal as opposed to business expenses. The argument of Agent's Equity goes one step further and would have us adopt a presumption that the monies were being used to pay business expenses, that is to say, for commercial purposes. In my view, this interpretative approach must be rejected, even though it is one borrowed from another statutory scheme. Let me explain.

[26] While s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act* creates an exception for contracts for the supply of consumer goods as well as for the supply of consumer services, neither of those terms is defined in the *Act* and, therefore, it is understandable that one would turn to other Legislative enactments which utilize those or similar concepts. As Professor Sullivan explains in her oft-cited text, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham: Butterworths Canada Ltd., 2002): "It is presumed that the legislature uses language carefully and consistently so that within a statute or other legislative instrument the same words have the same meaning and different words have different meanings" (p. 162). See also *Soper v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 881 (QL), discussed in Sullivan at p. 336, dealing with the presumption of coherence between statutes. Of course, the presumption of consistency or coherence is simply that, a presumption. Therefore, the same words used in one statute may have a different meaning in another.

[27] While the concept of "consumer service" is not found in any enactment of the Legislature of New Brunswick, the term "consumer goods" is defined in the *Personal Property Security Act* to mean "goods that are used or acquired for use primarily for personal, family or household purposes". A similar definition for the term "consumer product" is found in the *Consumer Product Warranty and Liability Act*: "any tangible personal property, new or used, of a kind that is commonly used for personal, family or household purposes". This leads one to ask whether in law there is a substantive difference between the two terms. The answer is provided by Professor Catherine Walsh, in her text, *An Introduction to the New Brunswick Personal Property Security Act* (Fredericton: Faculty of Law, University of New Brunswick, 1995):

> The definition of "consumer goods" in the [*Personal Property Security Act*] differs from the analogous concept of "consumer product" used in the *Consumer Product Warranty and Liability Act*. Under the latter *Act*, characterization of a product as a "consumer product" depends on whether the goods are of a kind that are commonly used for personal, household or family purposes in the abstract. In contrast, the characterization of goods as "consumer goods" for the purpose of the PPSA turns on the actual subjective use to which they are put by the debtor. If

> the goods are put to both a business and a personal use by the debtor, is it clear from the wording of the definition that it is the primary use that is determinative. [p.12]

[28] In brief, the notion of "consumer goods" under the *Personal Property Security Act* focuses on the debtor's actual use of the goods, while the notion of "consumer product" under the *Consumer Product Warranty and Liability Act* focuses on the use of the product in the abstract. Since s. 5(2)(a) of the *Canadian Judgments Act* uses the term "consumer goods", as does the *Personal Property Security Act*, it is understandable that counsel for Agent's Equity would argue that a contract for the supply of consumer service under the *Canadian Judgments Act* should be measured in terms of how the respondent agents used the monies advanced by Agent's Equity: there being a presumption that it was used for business purposes. The irony of this case is that the respondent agents actually received nothing and, therefore, could not have used the monies for any purpose. Ignoring that reality, the problem with focusing on the agents actual use of the monies advanced is that Agent's Equity has no objective way of knowing whether the monies advanced will be used for business or personal purposes. Hence, one is driven to look for another objective test, which takes us to the concept of consumer product under the *Consumer Product Warranty and Liability Act.* Instead of looking to the purchaser's actual or intended use of the product, this test would have us look to the use of the product "in the abstract".

[29] There is a significant body of jurisprudence dealing with the concept of consumer product as defined under the *Consumer Product Warranty and Liability Act.* The law is clear. The intended use of the product is of no relevance to the question of whether it is a consumer product. So long as the product itself is one commonly used for personal, family or household purposes, it qualifies as a consumer product even if the product was purchased for commercial use. Hence, the test is an objective one, at least to the extent that the judge is not to be influenced by the purchaser's actual use of the product. For example, the purchase of a tractor trailer or taxi will not be looked on as the purchase of a consumer good, irrespective of the purchaser's actual or intended use of the vehicle. Hence, the question is whether the consumer product itself is the kind of product commonly or customarily used for personal, family or household purposes. The lead

decision in New Brunswick is *Greene v. D.R. Sutherland and Sutherland* (1982), 40 N.B.R. (2d) 27, [1982] N.B.J. No. 182 (Q.B.) (QL), at paras. 8-12. See also Ivan Ivankovich, *Consumer Products in New Brunswick* (1983), 32 U.N.B.L.J. 123.

[30] By analogy, the above analysis leads one to ask whether the intended use of the monies, which Agent's Equity advanced to each of the respondents, should be relevant to the question of whether their financial arrangement qualifies as a consumer service within the meaning of s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act*. In my view, the answer has to be "no" if there is another framework or test which offers greater certainty in the law and to the parties. It makes no sense that Agent's Equity's right to register an Ontario judgment in New Brunswick should hinge on the actual use of the monies advanced. Agent's Equity has no way of knowing or controlling the use of the advances. Hence, our search for a workable definition of "consumer service" must continue. This takes us to the respondent agents' argument.

[31] The respondents' argument focuses on the presumed purpose of s. 5(2)(a) of the *Canadian Judgments Act*. They describe the object of the exception as protecting those who are vulnerable due to a power imbalance as between consumers of goods and services and corporations which provide them. This inequality of bargaining power manifests itself in cases involving "payday loans" for which the New Brunswick Legislature has passed the *An Act Respecting Payday Loans*, 2008 c. 3 Bill 4, amending the *Cost of Credit Disclosure Act*, S.N.B. 2002, c. C-28.3, into the *Cost of Credit Disclosure and Payday Loans Act*, which has yet to be brought into force. Briefly stated, that legislation regulates short-term payday loans granted to consumers who desperately need an infusion of cash prior to payday. Once again, the effective annual rates of interest being charged would qualify within the accountant's definition of usurious. Admittedly, the analogy which the respondents draw between monies advanced under a payday loan and those advanced under a Commission Sale Agreement has some attraction. As a general proposition, I am prepared to infer that in normal circumstances the short-term advances or loans would be treated by agents in a fashion similar to a payday loan even if

the loan happened to cover some of the expenses incurred in their professional capacity as real estate agents. However, the analogy fails for the following two reasons.

[32] First, the analogy to payday loans fails because it is built on the mistaken premise that licensed real estate agents somehow lack equality of bargaining power, as is presumed with respect to those individuals who must resort to payday loans as a method of obtaining short-term financing because they lack access to other conventional means of short-term financing. The same cannot be said of real estate agents. On the contrary, this group of professionals has familiarity with interest rate structures, rates of return and an intimate knowledge of the fundamentals of contractual principles governing both listing contracts and agreements of purchase and sale. This knowledge must also carry over to contracts such as Commission Sale Agreements. It would be paternalistic for courts to equate this group of consumers with workers who lack access to traditional financing sources (*e.g.*, line of credit) and who are unable to sustain themselves without access to an advance on their wages.

[33] Second, the respondents, like the motion judge, identify the purpose of s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act* as preventing judgment creditors from being able to enforce unconscionable contracts. With great respect, I do not believe the exception was crafted for that purpose. On reflection, it is the true consumer, that is to say, the non-business person or entity, who is most unlikely to have the financial resources needed to defend a lawsuit brought by a plaintiff in another jurisdiction. The contract itself may be valid and the defendant may or may not have a valid defence to the action. But the reality is that the individual who purchases a consumer product or service is, for all practical purposes, powerless to defend the law suit. Even if the defendant purchaser possesses the financial resources to defend the lawsuit, the amount involved may be overshadowed by the cost of defending the action. In my view, the purpose of s. 5(2)(*a*) has nothing to do with the merits of the underlying action for which default judgment has been granted. Its purpose is simply to exclude the right to register default judgments obtained in other provinces with respect to those defendants who are resident in New Brunswick and who are least likely to be able to afford the cost of defending a lawsuit initiated in another

province. That is why I am unable to accept the respondents' argument and understanding with respect to what is meant by a contract for the supply of a consumer service.

[34] Having rejected the principal submissions of both parties, I am left to provide another framework or test for circumscribing what contracts fall within the meaning of "a contract for the supply of a consumer service". I begin with the fact that the "consumer service" we are dealing with is a "financial service": one that involves an advance of monies with respect to what most persons would regard as a short-term loan. Typically, a financial service is offered to the general public, which includes both the business consumer and the non-business consumer. In its narrow sense, the "true" consumer is the person contracting on his or her own behalf and not for the purpose of advancing a business interest. Obviously, corporations and other legal entities carrying on business in New Brunswick should not be able to shelter behind s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act*. This is true so long as one accepts that the purpose of that section is to insulate the non-business consumer of a financial service from the impact of a default judgment obtained in another province with respect to a contract made in New Brunswick. It is the non-business consumer who is most unlikely to defend a lawsuit brought in another province, either because the consumer cannot afford to do so or because the legal cost would outstrip the amount involved. In summary, there is a rational basis for concluding that the *Act* seeks to exclude business-to-business contractual relationships from the ambit of s. 5(2)(*a*).

[35] The above analysis leads one to ask whether the respondent agents were contracting with Agent's Equity in their capacity as non-business consumers (individuals) or as business consumers (real estate agents). The answer has to be business consumers. Agent's Equity does not offer its financial service to the general public. It deals <u>exclusively</u> with a group of informed professionals in the same way that other professionals might run their business with the assistance of a line-of-credit obtained from a conventional lending institution. The money advanced may well provide the members of the group with the means of paying for personal as well as business expenses. But that reality does not turn the financial arrangement into a contract for the

supply of a consumer service. But for the fact that the respondents were engaged in the real estate business, they would not have had access to the financial service which Agent's Equity offers. I accept its argument that s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act* was not meant to apply to service contracts involving a business-to-business relationship but rather that of the business-to-consumer. In my view, this is the key to understanding what is or is not included within the meaning of a contract for the supply of a consumer service. On the facts of the present case, we are dealing with a business-to-business relationship and that is why the respondents cannot successfully invoke s. 5(2)(a). This understanding of the supply of a consumer service is consistent with what I perceive to be the legislative purpose underscoring s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act*. As well, this understanding does not conflict with the approaches adopted under the *Consumer Product Warranty and Liability Act* or the *Personal Property Security Act*. Each *Act* has its own purpose.

V. Conclusion and Disposition

[36] Given my disposition on the merits of the appeal, it is unnecessary to deal with the motion judge's award of costs to self-represented litigants, his order of prohibition and his stay against the appellant. While the invalidity of the prohibition and stay orders is self-evident, the decision to award costs to self-represented litigants is governed by *McNichol v. Co-Operators General Insurance Company*, 2006 NBCA 54, 298 N.B.R. (2d) 44, at para. 43; *Proenca v. Squires Home Improvements & Total Renovations Ltd.*, 2001 NBCA 45, 252 N.B.R. (2d) 274, at paras. 19-21; *Tibbetts v. Newman*, 2005 NBCA 37, 283 N.B.R. (2d) 63, at para. 14; *Skidmore v. Blackmore* [1995] B.C.J. No. 305 (C.A.) (QL), at paras. 41 & 52 and *Sherman v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FCA 29, [2004] F.C.J. No. 136 (QL).

[37] In conclusion, I hold the financial arrangement entered into between the appellant and the respondents, as evidenced by the Commission Sale Agreements, does not qualify as a contract for the supply of a consumer service within the meaning of s. 5(2)(*a*) of the *Canadian Judgments Act*. Agent's Equity does not offer its services to the

general public, but only to an exclusive group of professionals involved the brokerage of properties. This contractual relationship therefore falls within the category of a business-to-business relationship and not that of business-to-consumer. Accordingly, the appeal must be allowed and the orders granted by the judge set aside. The appellant is entitled to an order dismissing all of the motions and to an order for costs of $300 *per* respondent. The costs order in this Court embraces the costs that should have been awarded in the court below.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] L'affaire concerne la force exécutoire au Nouveau-Brunswick d'un jugement obtenu en Ontario par l'appelante, 2063010 Ontario Inc., faisant affaire sous la raison sociale Agent's Equity. Le jugement a été obtenu contre 20 particuliers, y compris les 12 intimés, qui avaient été engagés comme agents immobiliers titulaires de permis, à Saint John, par la maison de courtage Mawhinney Real Estate (« Mawhinney »). En retour du paiement de frais, Agent's Equity faisait des avances de fonds aux intimés en fonction des commissions que ceux-ci devaient gagner par suite d'opérations de vente dont la clôture restait à venir. Par exemple, Agent's Equity faisait une avance de 2 300 $ sur une commission de 2 600 $ à payer sur une opération de vente dont la clôture aurait lieu dans 90 jours. À la date de clôture, il était prévu que la somme de 2 600 $ serait payée à Agent's Equity; sinon, un intérêt de 18 % par année commençait à s'accumuler.

[2] Les modalités exactes de l'entente contractuelle étaient classées dans les « conventions relatives aux commissions de vente ». Les agents intimés ont expressément consenti à ce que les avances soient versées directement au compte en fiducie du courtier; pourtant, ils n'ont reçu de Mawhinney aucune des avances, et demeuraient quand même obligés par contrat de rembourser Agent's Equity. Ils ne l'ont pas fait, et Agent's Equity a intenté des poursuites en Ontario. L'exposé de la demande a été signifié individuellement aux agents au Nouveau-Brunswick, mais ils ont choisi de ne pas présenter de défense. Par la suite, un jugement par défaut a été inscrit contre eux. Le jugement de l'Ontario a lui-même été enregistré en tant que jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, conformément à la *Loi sur les jugements canadiens*, L.N.-B. 2000, ch. C-0.1. En conséquence, le jugement est devenu un privilège sur l'actif des intimés en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.-B. 1981, ch. L-1.1, et de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, L.N.-B. 1993, ch. P-7.1. Le montant

du jugement par défaut rendu contre chacun des agents intimés varie d'un minimum de 1 900 $ à un maximum de 8 200 $.

[3] Par voie d'avis de motion, les intimés Bob et Susan Mowery ont demandé, conformément au par. 10(2) de la *Loi sur les jugements canadiens*, que le jugement de l'Ontario soit annulé ou, subsidiairement, qu'il soit suspendu ou que son exécution soit limitée conformément au par. 10(1) ou, subsidiairement encore, qu'il soit déclaré inexécutoire par effet des dispositions de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2. Les autres intimés avaient déposé à la Cour des documents relatifs à une motion, inspirés de la documentation des Mowery et demandant les mêmes mesures réparatoires. Pendant l'audition de la motion, le juge a cerné une autre question : le jugement par défaut pouvait-il être enregistré au Nouveau-Brunswick compte tenu de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*? Cette disposition prescrit qu'aucun jugement rendu dans une instance à laquelle le débiteur sur jugement n'a pas pris part ne peut être enregistré si le jugement a été rendu dans une instance engagée contre un particulier qui réside au Nouveau-Brunswick pour forcer l'exécution « d'un contrat pour la fourniture au Nouveau-Brunswick de services ou d'objets de consommation ». Le juge saisi de la motion s'est demandé si les conventions relatives aux commissions de vente constituaient des contrats pour la fourniture d'un service de consommation.

[4] Le juge saisi de la motion a finalement déclaré que les conventions relatives aux commissions de vente constituaient des contrats pour la fourniture d'un service de consommation et que le jugement par défaut, en conséquence, ne pouvait pas être enregistré au Nouveau-Brunswick. Le juge a estimé que l'entente contractuelle ressemblait davantage à une sorte de service financier de consommation qu'à une opération commerciale. En parvenant à cette décision, le juge a fixé son attention sur le coût de l'avance à court terme, eu égard au montant des frais exigés, qui entraînait des taux d'intérêt annuels effectifs variant de 50 % à 217 %. Le juge saisi de la motion a également accordé des dépens de 750 $ à Bob et à Susan Mowery et de 500 $ à chacun des autres plaideurs, qui se représentaient eux-mêmes. Le juge saisi de la motion a ensuite accordé une injonction interdisant à Agent's Equity d'intenter des poursuites à

tout tribunal du Nouveau-Brunswick à l'égard des avances impayées jusqu'à ce qu'Agent's Equity se soit conformée à ses ordonnances en matière de dépens. Corrélativement, le juge a suspendu toutes les poursuites qui ont pu être introduites au Nouveau-Brunswick par Agent's Equity au sujet des conventions sous-jacentes relatives aux commissions de vente.

[5] Avec égards, je suis d'avis qu'il faut accueillir l'appel et annuler les ordonnances accordées par le tribunal dont appel est interjeté. En fait, le juge saisi de la motion a estimé que le taux d'intérêt annuel effectif était un taux d'intérêt usuraire et était en conséquence inadmissible ou inexécutoire en tant qu'opération inique en droit. C'est là que le juge saisi de la motion a commencé à se fourvoyer. Le fait qu'on accepte de payer un taux d'intérêt qui est considéré usuraire ne rend pas automatiquement la transaction inique. Le concept d'inégalité du pouvoir de négociation doit s'inscrire dans le contexte juridique, et il n'existe aucune preuve d'inégalité entre les parties. En fait, les agents intimés ont déclaré dans leurs affidavits à l'appui qu'ils ont été [TRADUCTION] « contraints » de signer les conventions à l'insistance de Mawhinney. S'il y avait inégalité du pouvoir de négociation, ce serait entre l'agent et M. Mawhinney. Surtout, le but de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens* n'est pas d'empêcher l'enregistrement de jugements par défaut obtenus à l'égard d'opérations avec des consommateurs qui pourraient être inexécutoires pour motif d'iniquité. La véritable raison d'être de cette disposition est de forcer les vendeurs et les fournisseurs de services qui font affaire avec des consommateurs autres que des entreprises au Nouveau-Brunswick à intenter des poursuites au Nouveau-Brunswick. Il est irréaliste de s'attendre à ce que ce genre de consommateur se défende contre une poursuite intentée dans une autre province, particulièrement quand le montant en jeu est relativement faible.

[6] Notre Cour doit établir un cadre pratique pour décider ce qu'est un contrat de fourniture d'un « service de consommation » qui s'harmonise avec l'objet sous-jacent de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*. Dans ce but, l'analyse est fondée sur le fait qu'il est question d'un « service financier » comportant l'avance de fonds. En fin de compte, je choisis un cadre qui examine si l'acheteur ou le consommateur du service a

conclu le contrat dans le contexte ou dans l'exécution d'une activité commerciale. En un mot, la *Loi* vise à exclure de la portée de l'al. 5(2)*a)* les relations contractuelles entre entreprises, tout en protégeant le consommateur non commercial d'un service financier des effets d'un jugement par défaut obtenu dans une autre province à l'égard d'un contrat conclu au Nouveau-Brunswick. La question que la Cour doit se poser en l'espèce est la suivante : les intimés ont-il passé des contrats avec Agent's Equity en qualité de consommateurs non commerciaux (particuliers) ou de consommateurs commerciaux (agents immobiliers)? J'admets que cette perspective est très différente de celles qui sont adoptées sous le régime de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* et de la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*, L.N.-B. 1978, ch. C-18.1, à l'égard des notions de « biens de consommation » et de « produits de consommation » respectivement. Les différences sont expliquées dans les présents motifs.

II. Situation factuelle

[7] Dans le commerce de l'immobilier, les commissions de vente gagnées par les courtiers et les agents ou représentants de commerce sont généralement gagnées lorsqu'une convention d'achat-vente a été négociée avec succès, mais ne sont payables qu'à la date de clôture de l'opération. Agent's Equity, ayant reconnu que l'obtention des commissions gagnées est généralement retardée et que les agents et les représentants de commerce voudraient peut-être recevoir plus tôt une partie de ces commissions, offre un service financier aux professionnels de l'immobilier pour leur permettre de « vendre » avant la clôture leurs commissions de vente à recevoir, de sorte qu'ils peuvent recevoir immédiatement l'argent qu'ils ont gagné. Agent's Equity fait affaire exclusivement avec les courtiers et agents immobiliers titulaires de permis. Pour qu'un agent puisse profiter du financement offert par Agent's Equity, le courtier avec qui l'agent est associé doit d'abord ouvrir un compte à Agent's Equity. L'agent peut ensuite demander à y ouvrir un compte. La relation entre Agent's Equity et l'agent concernant la vente d'une partie de sa commission immobilière gagnée est régie par une convention relative aux commissions

de vente, dont les parties sont Agent's Equity, l'agent ou le représentant de commerce, et le courtier associé.

[8] À l'égard d'une opération approuvée, Agent's Equity « achète » au plus 90 % du montant net de la commission à recevoir par l'agent, jusqu'à concurrence de 10 000 $, au plus 120 jours avant la clôture. Agent's Equity perçoit des frais administratifs de 34,50 $ sur chaque commission achetée. La commission à recevoir est achetée à rabais et assujettie à une réduction de 74 ¢ à 84 ¢ par jour par 1 000 $ d'avance, depuis la date de l'avance nette jusqu'à la date prévue de clôture de l'opération immobilière, la réduction minimale étant de 55 $. Pour tenir compte du fait qu'Agent's Equity ne sera peut-être pas remboursée à la date de clôture, un montant est également déduit de l'avance à titre de fonds de réserve; il est fixé à 3 % de la valeur de la commission brute achetée, plus 15 $. Si Agent's Equity est remboursée dans les 20 jours suivant la date de clôture, le montant du fonds de réserve est remboursé à l'agent de façon proportionnelle.

[9] Il est instructif de voir un exemple concret du fonctionnement de la structure de tarifs. Le 21 mai 2009, Agent's Equity a acheté une commission de 2 650 $ que M. Mowery devait gagner sur une opération de vente qui devait être clôturée le 31 août 2009. De cette somme, Agent's Equity a déduit 331,73 $ et a versé au compte en fiducie de Mawhinney le solde de 2 318,27 $. La déduction de 331,73 $ incluait les frais de 34,50 $, un rabais de 202,73 $ et un fonds de réserve de 94,50 $. À la date de clôture, M. Mowery était tenu de rembourser le montant intégral de l'avance. S'il le remboursait, le fonds de réserve de 94,50 $ lui était remis. En pratique, le fonds de réserve vise à donner à Agent's Equity une protection contre les créances irrécouvrables. Si M. Mowery ne remboursait pas l'avance à la date fixée, des frais d'intérêt de 18 % par année étaient exigés sur l'avance impayée.

[10] Il y a un autre aspect de l'arrangement financier qui mérite d'être signalé. L'avance nette peut être payable conjointement au représentant de commerce et au courtier, uniquement au représentant de commerce, uniquement au courtier, ou être

partagée entre le représentant de commerce et le courtier, le tout au choix du représentant de commerce. Il y a aussi des options quant à la méthode de paiement. En l'espèce, chacun des intimés a signé une directive prescrivant à Agent's Equity de payer chaque avance directement au courtier Mawhinney. Le dossier ne nous dit pas pourquoi les intimés ont consenti à ce que le courtier reçoive le produit des conventions relatives aux commissions de vente tout en demeurant personnellement responsables envers Agent's Equity.

[11] Mawhinney a ouvert un compte à Agent's Equity, et plusieurs de ses représentants de commerce, y compris les intimés, ont fait de même. Du 21 mai au 4 août 2009, les intimés ont conclu individuellement avec Agent's Equity 23 conventions relatives aux commissions de vente, prévoyant l'« achat » par celle-ci de commissions à recevoir nettes totalisant 45 130 $. Sept des opérations en question devaient être clôturées en juillet 2009, 15 en août 2009 et une le 1er septembre 2009. Mawhinney a fermé boutique au début d'août 2009. Aucun paiement n'a été fait à Agent's Equity par Mawhinney ni par les agents intimés conformément aux modalités des conventions relatives aux commissions de vente.

[12] Agent's Equity a engagé des poursuites en Ontario en délivrant un seul exposé de la demande afin de percevoir les sommes impayées qui lui étaient dues en vertu des conventions relatives aux commissions de vente. Ce document a été signifié à 20 agents, y compris Mawhinney et les 12 intimés, au Nouveau-Brunswick. Les 20 ont choisi de ne pas présenter de défense. Un jugement par défaut a donc été inscrit, et des dépens de 300 $ ont été imposés à chaque défendeur. Le jugement de l'Ontario a ensuite été enregistré en tant que jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick conformément à la *Loi sur les jugements canadiens*.

[13] L'avis de motion était rapportable le 25 mai 2010. Les Mowery se représentaient eux-mêmes. Après le débat, le juge saisi de la motion a mis l'affaire en délibéré. Dans des motifs datés du 28 mai 2010, le juge a fait état d'une question que les Mowery n'avaient pas soulevée, celle de savoir : [TRADUCTION] « si le jugement

ontarien prononcé […] et à l'encontre des Mowery a été rendu dans une instance pour forcer l'exécution "d'un contrat pour la fourniture au Nouveau-Brunswick de services ou d'objets de consommation", en l'occurrence un service de consommation de nature financière ». Le juge a ajourné l'audience et a demandé des observations additionnelles.

[14] Une nouvelle audience a été fixée au 4 juin 2010. Ce jour-là, Me Mel K. Norton a informé les personnes présentes qu'il représentait désormais les Mowery et a déposé un mémoire en leur nom. Après avoir entendu les avocats sur l'application des al. 5(2)*a)* et 10(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*, le juge saisi de la motion a encore une fois remis l'affaire en délibéré. À la reprise de l'audience, tenue le 11 juin 2010, le juge a conclu que le jugement ontarien forçait l'exécution de contrats pour la fourniture au Nouveau-Brunswick de services financiers de consommation et qu'il avait donc été enregistré en violation de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi*. Conformément à l'al. 10(2)*a)* de la *Loi*, le juge a annulé l'enregistrement du jugement ontarien dans une décision publiée à 2010 NBBR 181, [2010] A.N.-B. n° 178 (QL). Les motions concernant les autres intimés, ainsi que la question des mesures accessoires et des dépens, ont été reportées de nouveau, cette fois au 18 juin 2010.

[15] Les autres intimés, ainsi que Lorne Daltrop et Paul O'Neil, avaient déposé à la Cour des documents inspirés de la documentation des Mowery, qui demandaient les mêmes mesures réparatoires. Avant l'audience du 18 juin 2010, M. Daltrop et M. O'Neil ont indiqué qu'ils ne poursuivraient pas l'affaire, et aucune demande de mesures réparatoires n'a été faite en leur nom à cette date devant le juge saisi de la motion. Les autres intimés, à l'exception d'Amanda McConnachie et de Paul McCracken, n'ont retenu les services de Me Norton pour les représenter que le matin de l'audience du 18 juin 2010. À part leurs avis de motion et leurs affidavits à l'appui, les autres intimés n'avaient déposé à la Cour aucun autre document et n'avaient pas fait d'autres observations.

[16] Le 18 juin 2010, le juge saisi de la motion a accordé les mesures réparatoires demandées dans les avis de motion déposés par les autres intimés et a

accordé à chacun d'eux des dépens de 500 $. Les deux Mowery ont obtenu des dépens de 750 $ chacun. Le juge a également accordé des mesures réparatoires accessoires non sollicitées, sous forme d'une ordonnance d'interdiction contre Agent's Equity; tout cela visait à forcer Agent's Equity à s'acquitter de l'obligation de payer les dépens. Agent's Equity a interjeté appel. Lors de la délivrance de l'avis d'appel, Agent's Equity a inscrit M. Daltrop et M. O'Neil en tant qu'intimés. Après avoir confirmé qu'aucun des deux ne demandait des mesures réparatoires à l'audition de la motion le 18 juin 2010, Agent's Equity s'est désistée de l'appel formé contre eux. Après l'audience du 18 juin, les intimés Amanda McConnachie et Paul McCracken ont retenu les services de Me Norton.

III. Décision du juge saisi de la motion

[17] À l'audience du 4 juin, Me Norton a soutenu que les avances de fonds faites par Agent's Equity étaient destinées aux dépenses de consommation des Mowery à des fins personnelles, familiales ou de ménage. Il a insisté ensuite sur les montants relativement faibles de chaque avance (de 1 300 $ à 2 300 $), la brève échéance des avances (de 16 à 103 jours), le fait qu'Agent's Equity n'était pas un prêteur traditionnel, les taux d'intérêt annuels effectifs exigés (pouvant atteindre 217 %), et enfin, le fait que l'obligation de remboursement de l'avance prenait naissance au moment qui était en pratique le jour de paye des Mowery. Bref, Me Norton a affirmé que tout l'arrangement était identique aux « prêts sur salaire ». Dans le jugement *Smith c. National Money Mart Co.*, [2007] O.J. No. 46 (C.S.J.) (QL), les prêts sur salaire étaient décrits comme [TRADUCTION] « des prêts provenant de sources non traditionnelles consentis aux consommateurs et portant sur de petites sommes d'argent et sur une courte période, habituellement jusqu'au jour de paye suivant de l'emprunteur » (par. 6).

[18] L'avocat d'Agent's Equity a insisté sur la nature commerciale et les fondements juridiques des conventions relatives aux commissions de vente qui rendaient effective la « vente » d'une partie de la commission d'un agent immobilier titulaire de permis. Cet avocat a soutenu qu'il était inapproprié d'établir une analogie avec des contrats de financement de la consommation à des fins ménagères ou personnelles. Il a

décrit l'activité commerciale d'Agent's Equity comme celle d'un « affactureur » qui achète des comptes clients à des entreprises, dans un contexte exclusivement commercial. Il a ensuite souligné qu'Agent's Equity ne traite qu'avec des courtiers et des professionnels de l'immobilier, qui sont des entrepreneurs indépendants. En conséquence, Agent's Equity ne se livre d'aucune façon au commerce de produits et services de consommation.

[19] L'analyse et le raisonnement du juge saisi de la motion sont succincts (voir 2010 NBBR 208, 363 R.N.-B. (2e) 396). Le juge signale que personne n'a contesté ses calculs antérieurs au sujet des taux d'intérêt annuels réels applicables au coût des avances faites par Agent's Equity et invoque l'arrêt de la Cour suprême *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152, à l'appui de l'idée selon laquelle Agent's Equity demande qu'on laisse « la forme l'emporter sur le fond » (par. 13). En deux phrases, le juge saisi de la motion rejette l'idée qu'Agent's Equity agissait à titre d'affactureur. Il termine son analyse par les propos suivants :

> À mon avis, les avances sur commissions effectuées par Agent's Equity à des taux d'intérêt annuels réels jusqu'à la date de clôture allant de 36,23 % à un maximum de 217,61 % ressemblent beaucoup plus à une forme de service financier de consommation qu'à de véritables opérations entre entreprises.
>
> Je conclus donc que le jugement ontarien rendu contre les Mowery avait pour but de forcer l'exécution de contrats pour la fourniture au Nouveau-Brunswick de services financiers de consommation. [Par. 16 et 17]

[20] À l'audience du 18 juin, ce raisonnement a été appliqué aux autres motions. C'est alors que le juge a rendu son ordonnance de dépens et une ordonnance de prohibition et de suspension (voir 2010 NBBR 243).

III. Questions en litige

[21] Dans cet appel, deux questions sont en litige. Tout d'abord, on affirme que le juge saisi de la motion a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*, particulièrement en concluant que le jugement par défaut de l'Ontario visait à forcer l'exécution de contrats pour la fourniture au Nouveau-Brunswick d'un service de consommation. Ensuite, on soutient que de toute façon, le juge saisi de la motion a fait erreur en accordant des dépens à des intimés qui se représentaient eux-mêmes. Étant donné ma conclusion sur la première question, il n'est pas nécessaire d'examiner la deuxième.

IV. Interprétation de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*

[22] Afin d'être enregistré au Nouveau-Brunswick, un jugement canadien (défini à l'art. 1 de la *Loi sur les jugements canadiens*) doit satisfaire aux critères énoncés au par. 5(1) de la *Loi*. Le par. 5(2) prévoit deux exceptions concernant le droit d'enregistrer ce qui revient à un jugement par défaut contre un particulier résidant au Nouveau-Brunswick. La première exception s'applique dans les cas où le jugement par défaut concerne l'exécution « d'un contrat pour la fourniture au Nouveau-Brunswick de services ou d'objets de consommation ». Nul ne conteste qu'Agent's Equity fournissait des services financiers « au Nouveau-Brunswick ». Le sujet de désaccord est celui de savoir si une convention relative aux commissions de vente constitue un contrat pour la fourniture de services de consommation, au sens de l'al. 5(2)*a)*.

[23] Il est manifeste que le juge saisi de la motion était trop préoccupé par le taux de rendement qu'Agent's Equity était capable d'obtenir des intimés sur ce que la plupart qualifieraient de prêts à court terme. C'est là que le juge est tombé dans l'erreur. Il ne s'agit pas de la force exécutoire d'opérations iniques liées à un consentement à payer ce que beaucoup pourraient considérer comme un taux d'intérêt usuraire. Il s'agit de l'interprétation d'une loi, quel que soit le taux de rendement effectif à recevoir. Autrement dit, la question d'interprétation serait identique même si Agent's Equity avait

imposé un droit symbolique pour le service financier qu'elle offrait aux agents intimés. La responsabilité du juge est de rechercher l'intention du législateur en appliquant les principes et les règles de l'interprétation législative. Les juges ne sont pas des « juges sans frontières »; ils n'ont pas reçu le pouvoir de prescrire sans entraves les résultats qu'ils considèrent comme étant justes. Le résultat juste est celui qui est atteint après qu'on a appliqué la doctrine du droit conformément aux principes et de façon transparente.

[24] La question d'interprétation est formulée aisément : les arrangements contractuels conclus entre Agent's Equity et chacun des agents immobiliers constituent-ils des contrats pour la fourniture d'un service de consommation? Agent's Equity soutient qu'un contrat pour la fourniture d'un service de consommation désigne un contrat pour la fourniture d'un service obtenu à des fins personnelles, familiales ou domestiques. Corrélativement, Agent's Equity soutient que le facteur décisif n'est pas la nature du produit ou du service, mais plutôt la fin pour laquelle les avances à court terme ont été obtenues. Autrement dit, nous devons examiner ce à quoi ont servi les sommes avancées : les dépenses étaient-elles commerciales ou personnelles? Agent's Equity ajoute que c'est la personne qui reçoit le service qui connaît la réponse à cette question, et qu'il incombe donc aux intimés de faire individuellement la preuve de la fin pour laquelle chacun d'eux a conclu les conventions relatives aux commissions de vente. Comme il n'y a rien au dossier qui montre que les fonds avancés n'ont pas été utilisés à des fins commerciales ou d'entreprise, Agent's Equity soutient que les intimés ne peuvent pas se prévaloir de l'exception prévue à l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*.

[25] Dans l'argument ci-dessus, on veut nous voir définir un contrat de fourniture d'un service financier de consommation en nous demandant si les fonds avancés en vertu des conventions relatives à des commissions de vente ont servi à payer des dépenses personnelles plutôt que des dépenses d'entreprise. L'argument d'Agent's Equity va encore plus loin et voudrait que nous adoptions la présomption voulant que les fonds aient été utilisés pour payer des dépenses d'entreprise, c'est-à-dire des dépenses

commerciales. À mon avis, il faut rejeter cette démarche d'interprétation, même si elle a été empruntée à un autre régime législatif. Je m'explique.

[26] Bien que l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens* établisse une exception pour les contrats de fourniture d'objets de consommation ainsi que de services de consommation, aucun de ces termes n'est défini dans la *Loi*, et on peut donc comprendre que quelqu'un se réfère à d'autres textes législatifs qui utilisent ces concepts ou des concepts semblables. Comme l'explique la professeure Sullivan dans son ouvrage souvent cité, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham : Butterworths Canada Ltd., 2002), [TRADUCTION] « [o]n présume que le législateur rédige les lois avec soin et d'une manière cohérente, de sorte que dans une loi ou un autre texte législatif, les mêmes termes ont le même sens et les mots différents ont un autre sens » (p. 162). Voir aussi l'arrêt *Soper c. Canada*, [1997] F.C.J. No. 881 (QL), commenté à la p. 336 de l'ouvrage de Sullivan, qui porte sur la présomption de cohérence entre les lois. Bien sûr, la présomption d'uniformité ou de cohérence est une présomption, rien de plus. Par conséquent, les mots utilisés dans une loi peuvent avoir un sens différent dans une autre.

[27] Bien que la notion de « service de consommation » ne se trouve dans aucune loi de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, l'expression *consumer goods* « biens de consommation » se trouve dans la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* et y désigne « les objets utilisés ou acquis à des fins essentiellement personnelles, familiales ou domestiques ». On trouve une définition semblable de l'expression *consumer product* « produit de consommation » dans la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation* : « tout bien personnel corporel, neuf ou usagé, qui sert habituellement à des fins personnelles, familiales ou domestiques ». Cela nous amène à nous demander s'il existe en droit une différence de fond entre les deux expressions. La réponse nous est donnée par la professeure Catherine Walsh dans son ouvrage intitulé *An Introduction to the New Brunswick Personal Property Security Act* (Fredericton : Faculté de droit, Université du Nouveau-Brunswick, 1995) :

> [TRADUCTION]
> La définition de *consumer goods* « biens de consommation » dans la [*Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*] diffère du concept analogue de *consumer product* « produit de consommation » qu'on trouve dans la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*. Dans cette dernière, un produit est classé ou non comme « produit de consommation » selon qu'il est ou non, dans l'abstrait, un bien qui sert habituellement à des fins personnelles, domestiques ou familiales. Au contraire, le fait de classer des biens comme étant des *consumer goods* « biens de consommation » aux fins de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* dépend de l'utilisation subjective réelle qui en est faite par le débiteur. Si celui-ci les utilise à la fois à des fins d'entreprise et personnelles, le libellé de la définition manifeste clairement que c'est l'utilisation principale qui est décisive. [P. 12]

[28] Bref, la notion de *consumer goods* « bien de consommation » dans la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* met l'accent sur l'utilisation effective faite du bien par le débiteur, alors que la notion de *consumer product* « produit de consommation » dans la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation* porte de façon abstraite sur l'utilisation du produit. Puisqu'on trouve dans la version anglaise de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens* la même expression, *consumer goods* « objets de consommation », que dans la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, *consumer goods* « biens de consommation », on peut comprendre que l'avocat d'Agent's Equity soutienne qu'un contrat pour la fourniture de services de consommation, au sens de la *Loi sur les jugements canadiens*, doit être évalué selon l'utilisation que les agents intimés ont faite des fonds qu'elle a avancés, et qu'il faut présumer en outre qu'ils ont été utilisés à des fins d'entreprise. L'ironie de l'affaire est que les agents intimés, en fait, n'ont rien reçu et n'auraient pu utiliser les fonds pour aucune fin. Même si on ferme les yeux sur cette réalité, le problème, si on se concentre sur la façon dont les agents ont effectivement utilisé les fonds avancés, est qu'Agent's Equity n'a aucune façon objective de savoir si les fonds avancés serviront à des fins d'entreprise ou à des fins personnelles. On est donc poussé à chercher un autre critère

objectif, ce qui nous amène à la notion de *consumer product* « produit de consommation » trouvée dans la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*. Au lieu d'examiner l'utilisation que l'acheteur a faite ou projetait de faire du produit, ce critère nous inciterait à considérer « dans l'abstrait » l'utilisation du produit.

[29] Il existe une jurisprudence abondante sur la notion de produit de consommation définie dans la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*. Les principes de droit sont clairs : l'utilisation projetée du produit n'est pas du tout pertinente quant à savoir s'il est un produit de consommation. Tant que le produit lui-même sert habituellement à des fins personnelles, familiales ou domestiques, il est considéré comme produit de consommation, même s'il a été acheté à des fins commerciales. Le critère est donc objectif, au moins dans la mesure où le juge ne se laisse pas influencer par l'utilisation effective que l'acheteur a faite du produit. Par exemple, l'achat d'un camion gros porteur ou d'un taxi n'est pas considéré comme l'achat d'un produit de consommation, quelle que soit la manière dont l'acheteur utilise ou projette d'utiliser le véhicule. La question est donc de savoir si le produit de consommation lui-même est d'un genre qui sert couramment ou habituellement à des fins personnelles, familiales ou domestiques. La décision de principe au Nouveau-Brunswick est le jugement *Greene c. D.R. Sutherland Ltd. and Sutherland* (1982), 40 R.N.-B. (2e) 27, [1982] A.N.-B. no 182 (C.B.R.) (QL), aux par. 8 à 12. Voir aussi Ivan Ivankovich, *Consumer Products in New Brunswick* (1983), 32 R.D.U.N.-B. 123.

[30] Par analogie, l'analyse qui précède nous amène à nous demander si l'utilisation projetée des fonds qu'Agent's Equity a avancés à chacun des intimés devrait être pertinente pour ce qui est de savoir si leur arrangement financier constitue un service de consommation au sens de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*. À mon avis, il faut répondre non s'il existe un autre cadre ou un autre critère qui offre plus de certitude aux juristes et aux parties. Il est illogique que le droit d'Agent's Equity de faire enregistrer un jugement de l'Ontario au Nouveau-Brunswick doive dépendre de l'utilisation effective des fonds avancés. Agent's Equity n'a aucun moyen de savoir ou de

contrôler l'utilisation des fonds. Alors, notre recherche d'une définition utile de « service de consommation » doit se poursuivre. Cela nous amène à l'argument des agents intimés.

[31] L'argument des intimés est axé sur l'objet présumé de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*. Selon eux, l'exception a pour objet de protéger ceux qui sont vulnérables par suite d'un déséquilibre de pouvoir entre les consommateurs de services et d'objets et les corporations qui les fournissent. Cette inégalité de pouvoir de négociation se manifeste dans les affaires qui concernent les « prêts sur salaire », au sujet desquels l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a adopté la *Loi concernant les prêts sur salaire*, 2008, ch. 3, projet de loi 4, qui modifie la *Loi sur la communication du coût du crédit,* L.N.-B. 2002, ch. C-28.3, et la rebaptise *Loi sur la communication du coût du crédit et sur les prêts sur salaire*, laquelle n'est pas encore en vigueur. En bref, cette loi réglemente les prêts sur salaire consentis à court terme aux consommateurs qui ont désespérément besoin d'un apport en argent liquide avant leur jour de paye. Là encore, les taux d'intérêt annuels effectifs qui sont imposés seraient considérés usuraires, selon la définition donnée par un comptable. Certes, l'analogie tirée par les intimés entre les fonds avancés dans un prêt sur salaire et les fonds avancés aux termes d'une convention relative aux commissions de vente a un certain attrait. Comme principe général, je suis prêt à inférer que dans des circonstances normales, les agents traiteraient les avances ou les prêts à court terme d'une manière semblable à un prêt sur salaire, même si le prêt se trouvait à couvrir une partie des dépenses engagées dans leurs fonctions professionnelles d'agents immobiliers. Toutefois, l'analogie ne tient pas pour les deux raisons suivantes.

[32] Tout d'abord, l'analogie avec les prêts sur salaire ne tient pas parce qu'elle est fondée sur le principe erroné voulant que les agents immobiliers, de quelque façon, n'aient pas un pouvoir de négociation égal, comme on le présume dans le cas de particuliers qui doivent recourir aux prêts sur salaire comme moyen d'obtenir un financement à court terme parce qu'ils n'ont pas accès à d'autres moyens conventionnels de financement à court terme. On ne peut en dire autant des agents immobiliers. Au contraire, ce groupe de professionnels s'y connaît en structures de taux d'intérêt et en taux de rendement, et il connaît à fond les notions essentielles des principes contractuels

qui régissent les contrats d'inscription et les conventions d'achat-vente. Cette connaissance doit aussi s'appliquer à des contrats tels que les conventions relatives aux commissions de vente. Les tribunaux agiraient de façon paternaliste en assimilant ce groupe de consommateurs à des travailleurs qui n'ont pas accès aux sources de financement traditionnelles (marge de crédit par exemple) et qui sont incapables de subsister sans avoir accès à une avance sur leurs salaires.

[33] Deuxièmement, les intimés, de même que le juge saisi de la motion, ont circonscrit l'objet de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens* en disant qu'il visait à empêcher les créanciers judiciaires de forcer l'exécution de contrats iniques. Avec beaucoup d'égards, je ne crois pas que l'exception ait été conçue dans ce but. À bien y penser, c'est le vrai consommateur, c'est-à-dire la personne ou l'entité non commerciale, qui a le moins de chances d'avoir les ressources financières requises pour se défendre contre une poursuite intentée par un demandeur dans un autre ressort. Le contrat lui-même peut être valide et le défendeur peut avoir ou ne pas avoir une défense valable contre la poursuite. Mais la réalité, c'est que le particulier qui achète un produit ou un service de consommation, à toutes fins pratiques, est impuissant à se défendre contre la poursuite. Même si l'acheteur défendeur possède les ressources financières voulues pour se défendre contre la poursuite, le coût de cette défense peut l'emporter de loin sur le montant en jeu. À mon avis, l'objet de l'al. 5(2)*a)* n'a rien à voir avec le bien-fondé de la poursuite sous-jacente pour laquelle le jugement par défaut a été accordé. Son objet est simplement de supprimer le droit de faire enregistrer des jugements par défaut obtenus dans d'autres provinces contre les défendeurs qui résident au Nouveau-Brunswick et qui ont le moins de chances de pouvoir payer les frais de la défense contre une poursuite engagée dans une autre province. C'est pourquoi je suis incapable d'accepter l'argument et l'interprétation des intimés quant à ce que signifie l'expression [TRADUCTION] « contrat pour la fourniture d'un service de consommation ».

[34] Maintenant que j'ai rejeté les principales observations des deux parties, il me reste à établir un autre cadre ou un autre critère pour déterminer quels contrats correspondent au sens de [TRADUCTION] « contrat pour la fourniture d'un service de

consommation ». Je commence par remarquer que le « service de consommation » dont il est question est un « service financier », qui concerne une avance de fonds relative à ce que la plupart des gens considéreraient comme un prêt à court terme. D'habitude, un service financier est offert au grand public, y compris les consommateurs qui sont des entreprises et ceux qui n'en sont pas. Au sens restreint, le « vrai » consommateur est la personne qui contracte un emprunt pour son propre compte et non pour promouvoir un intérêt commercial. Il est évident que les corporations et les autres entités juridiques qui font des affaires au Nouveau-Brunswick ne devraient pas pouvoir invoquer la protection de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*. Cela est vrai du moment qu'on admet que cette disposition a pour objet de protéger le consommateur d'un service financier qui n'est pas une entreprise des effets d'un jugement par défaut obtenu dans une autre province à l'égard d'un contrat passé au Nouveau-Brunswick. C'est le consommateur autre qu'une entreprise qui a le plus de chances d'être incapable de se défendre contre une poursuite intentée dans une autre province, soit parce qu'il n'a pas les moyens de le faire, soit parce que les frais juridiques seraient supérieurs au montant en cause. En somme, il existe un fondement rationnel permettant de conclure que la *Loi* cherche à exclure de la portée de l'al. 5(2)*a)* les relations contractuelles entre entreprises.

[35] L'analyse qui précède nous amène à nous demander si les agents intimés passaient des contrats avec Agent's Equity à titre de consommateurs non commerciaux (particuliers) ou à titre de consommateurs commerciaux (agents immobiliers). Il faut répondre que c'est à titre de consommateurs commerciaux. Agent's Equity n'offre pas ses services financiers au grand public; elle traite <u>exclusivement</u> avec un groupe de professionnels éclairés de la même façon que d'autres professionnels pourraient exploiter leur entreprise en recourant à une marge de crédit obtenue d'un établissement prêteur conventionnel. Les fonds avancés peuvent très bien procurer aux membres du groupe les moyens de payer des dépenses personnelles aussi bien que commerciales. Mais cette réalité ne transforme pas l'arrangement financier en contrat pour la fourniture d'un service de consommation. Si les intimés ne s'adonnaient pas au commerce de l'immobilier, ils n'auraient pas accès au service financier offert par Agent's Equity. J'accepte l'argument de celle-ci voulant que l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements*

canadiens n'ait pas été conçu pour s'appliquer aux contrats de services conclus dans le cadre de relations entre entreprises, mais plutôt aux relations entre entreprise et consommateur. À mon avis, c'est la clé qui permet de comprendre ce qui est inclus ou non dans le sens de [TRADUCTION] « contrat pour la fourniture d'un service de consommation ». D'après les faits de l'espèce, il s'agit ici d'une relation entre entreprises, et c'est pourquoi les intimés ne peuvent pas invoquer à bon droit l'al. 5(2)*a)*. Cette façon de définir la fourniture d'un service de consommation est conforme à ce que je considère comme l'objet qui sous-tend l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*. De plus, cette interprétation n'est pas contraire aux perspectives adoptées dans la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation* ou dans la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels.* Chaque loi a son propre objet.

V. Conclusion et dispositif

[36] Étant donné ma décision sur le fond de l'appel, il est inutile de traiter de l'octroi de dépens par le juge saisi de la motion à des plaideurs qui se représentaient eux-mêmes, ni de son ordonnance de prohibition et de la suspension qu'il a imposée à l'appelante. Alors que l'invalidité des ordonnances de prohibition et de suspension est bien évidente, la décision d'accorder des dépens à des plaideurs qui se représentent eux-mêmes est régie par les jugements *McNichol c. Compagnie d'Assurance Générale Co-Operators*, 2006 NBCA 54, 298 R.N.-B. (2e) 44, par. 43, *Proenca c. Squires Home Improvements & Total Renovations Ltd.*, 2001 NBCA 45, 252 R.N.-B. (2e) 274, par. 19 à 21, *Tibbetts c. Newman*, 2005 NBCA 37, 283 R.N.-B. (2e) 63, par. 14, *Skidmore c. Blackmore*, [1995] B.C.J. No. 305 (C.A.) (QL), par. 41 et 52, et *Sherman c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2004 FCA 29, [2004] A.C.F. no 136 (QL).

[37] Pour conclure, je déclare que l'arrangement financier conclu entre l'appelante et les intimés, et attesté par les conventions relatives aux commissions de vente, ne constitue pas un contrat pour la fourniture d'un service de consommation au sens de l'al. 5(2)*a)* de la *Loi sur les jugements canadiens*. Agent's Equity n'offre pas ses services au grand public, mais seulement à un groupe exclusif de professionnels qui

s’adonnent au courtage de biens. Cette relation contractuelle tombe donc dans la catégorie des relations entre entreprises; elle n’est pas une relation d’entreprise à consommateur. En conséquence, l’appel doit être accueilli et les ordonnances accordées par le juge doivent être annulées. L’appelante a droit à une ordonnance rejetant toutes les motions et à une ordonnance imposant des dépens de 300 $ à chaque intimé. L’ordonnance de dépens rendue par notre Cour inclut les dépens qui auraient dû être accordés par le tribunal dont appel est interjeté.