

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

102-16-CA

G. KEITH ALLEN

APPELLANT

- and -

THE LAW SOCIETY OF NEW BRUNSWICK

RESPONDENT

Allen v. The Law Society of New Brunswick,
2017 NBCA 32

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Discipline Committee of the Law Society of New
Brunswick :
November 3, 2016

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 30, 2017

Judgment rendered:
August 10, 2017

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

G. KEITH ALLEN

APPELANT

- et -

BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK

INTIMÉ

Allen c. Barreau du Nouveau-Brunswick, 2017
NBCA 32

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Comité de discipline du Barreau du Nouveau-
Brunswick :
le 3 novembre 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 30 mai 2017

Jugement rendu :
le 10 août 2017

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:

J. Kitty Maurey

For the respondent:

Edwin G. Ehrhardt, Q.C.

THE COURT

On May 30, 2017, the Court dismissed, with reasons to follow, the within appeal against the order of costs rendered by a panel of the Law Society's Discipline Committee after it found the appellant guilty of conduct deserving sanction and imposed the sanctions it deemed appropriate, namely a reprimand and a fine. The Court's reasons for decision are set out in the accompanying text.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :

J. Kitty Maurey

Pour l'intimé :

Edwin G. Ehrhardt, c.r.

LA COUR

Le 30 mai 2017, la Cour a rejeté, en indiquant que les motifs suivraient, le présent appel à l'encontre de l'ordonnance de dépens rendue par un sous-comité de discipline du Barreau après que celui-ci a conclu que l'appelant avait fait preuve d'une conduite répréhensible et a infligé les sanctions qu'il jugeait appropriées, à savoir une réprimande et une amende. Les motifs de la décision de la Cour sont exposés ci-après.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] In a July 20, 2016 decision on the “merits”, a panel of the Discipline Committee found the appellant, a longstanding Queen’s Counsel and respected member of the Law Society, guilty of “conduct deserving sanction” within the meaning of s. 60(1) of the *Law Society Act, 1996*, S.N.B. 1996, c. 89. The conduct in question was particularized in two charges that were set out in the Notice of Complaint served upon the appellant and subsequently amended at the hearing. The first charge alleged the appellant provided legal services falling short of the standards in Chapter 2 (“Competence”) and Chapter 3 (“Quality of Service”) of the *Law Society Code of Professional Conduct*. The second was founded on a claim that the appellant continued to act for his client, the complainant, after a conflict of interest arose, thereby engaging in conduct proscribed by the *Code’s* Chapter 6 (“Conflict of Interest between Clients”). The decision on the “merits”, including the finding of conduct deserving sanction, is not under appeal.

[2] In a follow-up decision, the panel reprimanded the appellant, imposed a fine of \$3,000 and ordered he pay the sum of \$16,195.27 towards the costs incurred by the Law Society. Only the last-mentioned order is impugned on appeal. The appellant contends it is unreasonable. Respectfully, I disagree.

[3] After hearing counsel, the Court dismissed the appeal from the bench with reasons to follow. In the text that follows, I articulate the reasons that prompted me to join my colleagues in disposing of the appeal in that fashion.

II. Context and Summary Disposition of Some Issues

[4] As will be seen, and contrary to my general practice, I reproduce lengthy excerpts from the decisions of the Discipline Committee panel. I do so for a host of reasons. First, *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, instructs this Court to “look to” the panel’s reasons in exercising its appellate function under the *Act*. A proper understanding of those reasons requires their consideration in the context fleshed out by the panel in its review of the evidence, both testimonial and documentary, and its findings of fact, credibility and reliability. Second, a verbatim reproduction of those reasons will serve to convey the panel’s unfiltered take on what is inarguably an unusual set of circumstances. Third, the record at our disposal does not include a transcript of the evidence and the representations in first instance. Fourth, neither side takes issue with the panel’s findings of fact, credibility and reliability. Finally, while the real estate transaction that gave rise to the underlying complaint and charges against the appellant may generate seemingly legitimate concerns over the appropriateness of the purchase’s financing and both the real estate and broker fees charged, there is absolutely no suggestion, let alone evidence, of dishonesty, misappropriation of funds or lack of credibility on the appellant’s part. The panel’s reasons, as formulated, make that case quite competently.

[5] As noted, the appeal challenges an order of costs by a panel of the Discipline Committee constituted to inquire into two charges, which were set out in a Notice of Complaint dated July 28, 2015. The salient parts of the Notice lay out the kernel of the controversy as it was initially conceived, without the benefit of the appellant’s formal input by way of the statutorily prescribed reply:

[1] In or about May of 2012 G. Keith Allen was retained to act for [Serena Wallace] in the sale of her home (“the Property”). [Serena Wallace] had negotiated an agreement with [Brad MacPherson] of [Madawaska Mortgages] that she would sell her property for \$102,000.00 and [Brad MacPherson] would purchase the house and “flip” it. According to that agreement, [Serena Wallace’s] mortgage of \$77,000.00 would be paid out from the proceeds from

the sale of the property, and she would receive a balance of \$24,000.00. [Brad MacPherson] advised [Serena Wallace] that [Marcel Arsenault] would be the purchaser of the property.

In May of 2012 [Serena Wallace] attended G. Keith Allen's office to sign documents pertaining to the sale to [Marcel Arsenault]. At that time G. Keith Allen's client, [Serena Wallace], noted that there was a broker's fee of \$59,807.50. When [Serena Wallace] questioned G. Keith Allen, about the broker's fee he failed to provide her with any explanation for the fee. [Serena Wallace] never received any proceeds from the sale of the property, she failed to receive complete reporting documents from G. Keith Allen and G. Keith Allen failed to provide her with any detail surrounding her transaction notwithstanding inquiries from her. G. Keith Allen therefore failed to provide his client with competent legal services, failed to keep her reasonably informed during the currency and completion of her matter, and failed to make a complete and prompt report to his client contrary to Rule 2 (Competence), Rule 3 (Quality of Service) of the *Law Society of New Brunswick Code of Professional Conduct*;

[2] In May of 2012 G. Keith Allen was retained to act for [Serena Wallace] in the sale of her Property. G. Keith Allen also acted for the purchaser, [Marcel Arsenault], in the same transaction. G. Keith Allen failed to obtain the written consent of the parties that he represent both of them. When [Serena Wallace] attempted to obtain information regarding the progress of her file and her failure to receive sale proceeds, G. Keith Allen failed to provide this to her in a timely manner and continued to act for the purchaser even when it became evident that [Serena Wallace] was questioning the propriety of the transaction and the documentation associated with it. G. Keith Allen therefore acted in a conflict of interest contrary to Chapter 6 (Conflict of Interest between Clients) of the *Law Society of New Brunswick Code of Professional Conduct*.

[6] The essence of the first charge's particulars (as opposed to anticipated evidence) is that the appellant failed: (1) to provide Ms. Wallace with competent legal services; (2) to keep her reasonably informed; and (3) to make a complete and prompt report to her. As for the second charge, the essence of its pleaded particulars is that the

appellant continued to act for both sides of the transaction after it became evident that Ms. Wallace “was questioning the propriety of the transaction and the documentation associated with it”.

[7] Under s. 56(4) of the *Act*, the appellant was required to file a reply “[admitting] any charges that are true, [and giving] an explanation of any charges that are not true”. In his August 14, 2015 Reply, the appellant disputed “the complaints of [Serena Wallace] as set out in the Notice of Complaint in their entirety”. The Reply did not go on to provide an “explanation” in accordance with s. 56(4).

[8] The hearing into the charges took place on May 17, 2016. The panel struck from the second charge the allegation that the appellant failed to obtain the written consent of the parties to his representation of both sides to the transaction. The panel did so on the grounds that the evidence adduced by the appellant established “clearly that this consent had been obtained”. The panel also heard four witnesses, Serena Wallace, the complainant, solicitor William Craig Kean, who testified on behalf of the Law Society as an expert in the practice of residential real estate law, Richard Moore, the real estate agent, and the appellant.

[9] The panel’s decision on the merits features a detailed review of Ms. Wallace’s testimony and the documentary evidence. I reproduce hereinafter the pertinent parts of that review, adding only sub-headings to break down the text into discrete topics and thereby facilitate a proper understanding of Ms. Wallace’s perspective on the events surrounding the sale of her home:

a) Ms. Wallace’s background.

Ms. Wallace is 43 years old, lives in Zealand, New Brunswick and works as an Administrative Assistant at the Dr. Everett Chalmers Hospital, in Fredericton, New Brunswick.

After a one-year collegiate course as a legal assistant, she has worked in the hospital system on and off for 22 years. She has also worked for the Law Society as an assistant to

the Registrar of Complaints, from May 2008 to September 2009.

b) The subject property at the time of sale: unoccupied; in need of rehabilitative measures to remove an oil smell; subject to a mortgage of less than \$75,000; and assessed at \$119,000 for property tax purposes.

[Ms. Wallace] acquired a property situated at 1433, Route 104, Zealand, New Brunswick in April 2007 from her grandmother, for \$50,000, an amount lower than the then value of the property, which was assessed, for real property taxes purposes at \$119,000. Although the property was in good shape, it was a bit dated. Ms. Wallace installed a new furnace, flooring, built a bathroom, painted and renovated.

Ms. Wallace lived on the property until December 13th 2010 when the property was flooded. Oil entered the basement. She had to leave the premises for the duration of the cleanup.

Ms. Wallace received some compensation from the New Brunswick Disaster Assistance Program which allowed her to do some cleanup. There was still a persistent oil smell in the house. Ms. Wallace therefore never occupied the property after the flood.

Upon acquiring the property, Ms. Wallace entered into a mortgage with HSBC for \$68,000 but later paid it off and re-mortgaged with Scotiabank for \$80,000 to obtain a better interest rate. She maintained her mortgage in good standing after the flood and owed approximately \$75,000 in 2012.

c) The involvement of a broker, Madawaska Mortgages: Ms. Wallace's expectation that it would buy the property for \$100,000, pay off the mortgage, renovate and resell, at which time she would be paid the balance of the purchase price owing to her.

In 2012, her boyfriend mentioned that a friend of his had sold a property through Madawaska Mortgages, of Grand Falls, New Brunswick. They were in the business of "flipping" properties: buying, renovating and reselling. Since she did not know how to proceed to correct the oil

scent situation, she thought they might be able to better help with the sale of her house. She contacted an agent, Brad MacPherson, from their Fredericton office, in February 2012. Mr. MacPherson assured her he had a “boxful” of clients looking to buy. He made arrangements for [Marcel Arsenault] and himself to visit the property, along with Ms. Wallace.

After the visit, he asked Ms. Wallace how much she wanted for the property and she said she would accept \$100,000. Mr. MacPherson agreed and also agreed to buy her furniture for an extra \$3,000.

Mr. MacPherson explained that he would be “flipping” the property, that is to say he would buy it, renovate it and resell it. The existing mortgage with Scotiabank would be paid in full upon the first sale [to Mr. Arsenault] and Ms. Wallace would receive the balance of her money upon the resale, which would happen within 30 days to 8 weeks of the first sale.

On March 8, 2012, Mr. MacPherson sent an email to Ms. Wallace (Exhibit #5, page 42), reading:

Hi Serena.

Send me a copy of your payout statement on your home in Zealand. I will try my best to put a deal together for you.

Here is what I can do fast if you are in agreement: based on our phone chat ...

We buy it and pay-out first mortgage of \$75,000 with our private money.

Have you come in with a 2nd mortgage for \$25,000; 24 hours after closing.

I will then approve a mortgage for one of my buyers (flip), close their mortgage and pay you out an additional \$25,000.

You walk away with \$25,000 and we cover all the fees. Will take me 30 days to complete the whole deal and you receive \$25,000.

Does that work for you?

- d) The involvement of Richard Moore, the real estate agent, and the execution of the first agreement of purchase and sale (for \$100,000).**

On or about April 10th 2012, Ms. Wallace met with [Richard] Moore [a real estate agent to whom she had been referred by Mr. MacPherson] to execute an Agreement of Purchase and Sale, with the buyer being Mr. Arsenault, for a purchase price of \$100,000 and a closing date of May 15th 2012. (page 93 of Exhibit #5).

- e) The subsequent addition of addendums to the agreement of purchase and sale for \$100,000: the purchase price is raised to \$102,000, the existing mortgage is to be paid and replaced by another for an unspecified amount and the purchaser is to provide Ms. Wallace with a second mortgage for \$24,000 (to be paid upon the property's resale, which was expected within two months of closing).**

There were no addendums attached to the contract when she executed it. Mr. MacPherson later emailed Addendums "A" and "B" for her to sign and return. She did. Addendum "A" reads (Exhibit #5, page 40):

ADDENDUM "A" TO PURCHASE AND SALE

*SUBJECT PROPERTY: 1433 ROUTE 104,
ZEALAND, NB*

Vendor hereby agrees to a vendor take back (VTB) financing of \$24,000 secured as a 2nd security collateral mortgage on the subject property.

Purchase price is to be \$102,000; of which the vendor will receive \$78,000 immediately on closing less the VTB noted above.

Addendum "B" attached shall include all listed furniture, appliances and fixtures[.]

The purchase and sale shall include all window dressings in the home.

The Vendor hereby agrees the VTB is to be paid in full immediately upon the purchasers (sic) re-sale of the home; unless new terms are mutually agreed in writing between the parties hereto.

The Addendum was signed by both Mr. Arsenault and Ms. Wallace. The second addendum listed the furniture and equipment included in the purchase price. It was also signed by both the buyer and the vendor.

Ms. Wallace says she enquired with Mr. MacPherson about the Vendor Take Back financing. She understood she would be paid the remaining \$24,000 no later than two months after closing. According to Ms. Wallace the timeframe for this last payment kept changing.

f) An evolving transaction, one that ends up with questionable new features: the property gets listed by the real estate agent for \$139,000 and then \$149,000, even though it had already been sold for much less; a new agreement of purchase and sale (for \$145,000) is executed; and Ms. Wallace's confusion grows.

On May 2, 2012, Mr. MacPherson sent the following email to Mr. Moore (Exhibit #5, page 82):

Hi Rick; follow these steps ... I want to close this as fast as we can.

Please call and meet [Serena] tomorrow to sign the listing of \$149,900 [sic] and get property information sheet completed ...

Prepare a purchase and sale for \$142,000 for Marcel Arsenault.

Then you will bring her the offer from Marc at \$144,000; get me back the sign (sic) purchase and sale as soon as possible (If you email it to me tonight Marcel Arsenault will sign it in the morning.)

I want to close this sale on or before May 15th, 2010 (sic); Conditional only on 10 days for bank financing, seller property disclosure statement

signed by vendor and home insurance obtained by buyer.

Addendum A to state:

Vendor agrees to a 2nd mortgage of \$25K and will receive \$78,000 immediately on closing.

Buyer agrees to pay legal fees and closing costs.

I want to move quick to close it. Keith Allen will close the sale.

Brad

Ms. Wallace was copied on this email. She tried to contact Mr. MacPherson but was not successful. She thought she was selling for \$100,000 but Mr. MacPherson had told her he needed to finance an additional amount, for the improvements. Ms. Wallace was then told she had to meet with Mr. Moore, a real estate agent from Referral Real Estate Services Inc. in Fredericton, in order to list the property for sale, even though a purchase and sale agreement had already been executed. Mr. MacPherson told her it was all part of the process and she trusted him. A listing for \$139,000, (Exhibit #5, page 82) dated May 3, 2012, was executed by Ms. Wallace. Another listing agreement (Exhibit #5, page 86), also dated May 3, 2012, was later signed for \$149,000.

Ms. Wallace was then shown another Agreement of purchase and sale (Exhibit #5, page 33), this time for \$145,000 and dated May 9th 2012. She recognized her signature on page 5 of the document but said the initials on the first page (where the purchase price is indicated) are not hers. She testified she never saw that first page prior to closing but only much later, when she filed a complaint, and that she never agreed to sell for \$145,000. She does not know why she was asked to sign a second Agreement of purchase and sale. She also said the name of the lawyer to represent the parties was not filled in when she signed and that she did not know Mr. Allen at the time.

How the sale was to proceed was still not clear to Ms. Wallace. On May 29th, 2012, she sent the following email to Mr. MacPherson (Exhibit #5, page 43):

Brad, as per our conversation today, could you just please write the details of what is happening (to cover my butt)? Regarding the mortgage payout, then the rest being paid later, people in the house for a month and electricity into their name, etc ...

Also we need to discuss insurance.

Thanks! Serena.

A few minutes later, Mr. MacPherson replied: (Exhibit #5, page 43)

The entire deal closes on Friday or Tuesday and after that you have no worries; it is a sale.

I don't understand your question?

On closing you receive \$78,000 and you agreed to carry a 2nd mortgage on the property for \$25,000 until we complete the renovations and resell the home as discussed.

On closing; insurance, power, property taxes etc. anything to do with the home is our responsibility as the owner. You are free n clear of all responsibility.

- g) The appellant's involvement: a written consent allowing him to represent both sides is executed; Ms. Wallace signs the Letter of Direction purporting to instruct the appellant to pay Madawaska Mortgages a brokerage fee of \$59,807.50 (presumably out of the proceeds from the first mortgage); the purchaser is to execute a second mortgage in Ms. Wallace's favor; and continued confusion on her part regarding the terms of the deal.**

[Ms. Wallace's] first contact with Mr. Allen was on June 5th 2012. She had been called a few days before to schedule the appointment. It was later in the afternoon, after she finished her work at 4 PM. The meeting lasted about 20 minutes. A secretary first brought her to a boardroom and left her to review the documents.

She met with Mr. Allen, who asked her if she had reviewed the documents and had any questions. She then signed the prescribed written consent agreeing to Mr. Allen representing both parties.

She testified she also signed a "Letter of direction", although it is dated June 6th 2012. She says she only attended Mr. Allen's office once and that the handwritten date for this document is not her handwriting. That document (Exhibit#6, page 11) reads:

LETTER OF DIRECTION
VENDOR SOLICITOR LETTER OF DIRECTION
AGREEMENT

Client(S): SERENA WALLACE
CURRENT ADDRESS (address)

FROM BROKER: Madawaska Mortgages
ADDRESS: 191 Caswell Road, Grand Falls, NB E3Z 1A6

In consideration of you arranging a loan/mortgage in the amount required for the purchaser to purchase and improve property located in 1433 route 104 Zealand New Brunswick in accordance with a Statement of Mortgage or any other loan acceptable to Me/Us, I/We the undersigned, agree to pay you a flat brokerage fee of \$59,807.50 (fifty nine thousand eight hundred seven dollars and 50 cents)

I/We hereby direct the/our solicitor acting on this transaction to pay Madawaska Mortgage your brokerage fee of \$59,807.50 (fifty nine thousand eight hundred seven dollars and 50 cents)

from the proceeds of this mortgage loan/closing and to pay this fee to Madawaska Mortgage, immediately upon closing.

Should We/I decide not to accept the above named mortgage; Madawaska Mortgages will maintain their full brokerage fee which I acknowledge to be a pre-estimate of damages, and not a penalty of any kind or nature.

*Dated at Fredericton, this 6th day of June 2011
(sic).*

Applicant Signature: (SERENA WALLACE)

Printed Name: SERENA WALLACE

Ms. Wallace also executed an HST certificate, a UFFI warranty and a transfer, all dated June 5th 2012.

Ms. Wallace testified that she asked Mr. Allen about the Letter of Direction and the large brokerage fee as this was the first time she heard of this figure. She says Mr. Allen shrugged his shoulders and said it was a deal between her and Mr. MacPherson. She asked if the papers said she would be getting her \$24,000 and she says he again shrugged his shoulders and did not answer at first but then said he would check with the purchaser and Mr. MacPherson.

Ms. Wallace says she asked about the second mortgage and Mr. Allen said he would follow up on this. She felt he was in a rush to get her to sign and leave. She felt uncomfortable. She does not recall discussing anything else and said the \$145,000 Agreement of Purchase and Sale was not reviewed, nor were the numbers (purchase price, adjustments, pay-out etc).

She was not told what funds Mr. Allen would receive from the first mortgage financing. She knew someone was buying and renovations were necessary but there were no discussions as to the amount to be spent on improvements. She thought a second mortgage was a guarantee of payment. There were no discussions as to the terms of her second mortgage.

Counsel for the Law Society then showed her Exhibit #6, page 10, which reads:

To funds directed to be paid to S. Wallace

Pursuant to letter of direction, increased

To

103,000.00

To tax credit to Ms. Wallace
\$469.59

To credit re
promissory note \$25,000.00

To paid Scotia
Mortgage 72,661.93

To funds to
S. Wallace 5,807.66

\$103,469.[5]9 \$103,469.59

Ms. Wallace denied having been shown that document when she met Mr. Allen. She also denied seeing other documents showing numbers for the transaction and the first mortgage financing.

Ms. Wallace testified she then had no contact with Mr. Allen prior to closing (scheduled for June 8th 2012). She relied on Mr. Allen to represent her interest in the transaction.

h) The closing and the salient events in its immediate aftermath. At closing, a first mortgage is granted to the National Bank for more than \$40,000 in excess of the actual purchase price; Ms. Wallace is paid \$5,807.66 and given a promissory note instead of the agreed-upon second mortgage; the real estate agent is paid a commission of \$8,192.50 even though the property was sold before his involvement; Madawaska Mortgages is paid a broker's fee of \$59,807.50 (from which the appellant's legal fees are deducted), without any readily enforceable assurance that any of those fees will be applied to the required home improvements. Post-closing, Ms. Wallace's confusion, angst and dissatisfaction mushroom; she seeks clarifications from Mr. MacPherson and the appellant.

About a week after the closing, [Ms. Wallace] called Scotiabank to confirm that her mortgage had been paid. She was told there was an overpayment and that this had been returned to Mr. Allen.

She then contacted Mr. Allen's office to get those extra funds. She was told she had to attend the office to pick up her cheque. She did so and received a cheque for \$800 to \$900 and asked for copies of her documents. She was told they were in Mr. Allen's office and he was with a client at the moment. She requested the documents be sent to her. On cross-examination, it was suggested to her she had received her cheque from Mr. Moore, that the overpayment was only about 300\$ and that she received a cheque for \$5,807.66. She admitted she did receive that amount but does not remember that it was given to her by Mr. Moore.

In July 2012, Ms. Wallace tried to contact Mr. MacPherson about her money. She spoke to Daniel Paradis, Mr. MacPherson's supervisor and owner of Madawaska Mortgages. She learned that Mr. MacPherson was in a rehabilitation center for cocaine addiction. She was told that her file was their top priority.

Ms. Wallace called Mr. Allen's office eight to ten times until September 2012 when she then demanded that her documents be given to her by the following Friday. She still had not received her \$24,000 and was getting nervous.

The following Friday, she attended Mr. Allen's office and received a small envelope with 5 pages, including:

- a. The letter of Direction mentioned above. (Exhibit #6, page 11)
- b. The document identified as Exhibit #6, page 10, mentioned above.
- c. A page (Exhibit #6, page 12), containing these figures:

145,000 loan amount
-8192.50 real estate fees
= 136,807.50
-102,000 amount to [Serena]
= 34,807.50
+ 25,000 VTB (SECOND MORTGAGE) [Serena]
= 59,807.50 less lawyers invoice for both sides.

- d. A promissory note (Exhibit #6, page 26), which reads:

PROMISSORY NOTE

AMOUNT: \$25,000.00
DATED: June 8, 2012
MATURITY DATE: June 8, 2013

FOR VALUE RECEIVED, Joseph Marcel Arsenault (the "Borrower"), promises to pay to Serena Dawn Wallace for 1433 Route 104 Highway, Zealand New Brunswick the principal sum of Twenty-Five Thousand Dollars (\$25,000) without interest with the principal being due and payable on the Maturity Date or when subject property is sold.

Upon default in payment of any instalment or payment hereunder, all remaining instalments and payments shall immediately become due and payable.

The undersigned waive presentation, protest and notice of dishonour of this promissory note.

*Borrower:
Joseph Marcel Arsenault*

Ms. Wallace says she was shocked. There had never been question of a promissory note. The one-year timeframe was never discussed. The breakdown of numbers didn't make sense to her. None of the documents she had signed were there. No mortgage documents were included.

She asked Mr. Allen's staff about it. She was told they would look into it and get back to her.

She called Mr. Allen a few weeks later, asked about the promissory note and asked why she still had not received her money. Mr. Allen told her MacPherson and Moore would be coming to his office and he would try to talk to them. She received no reply.

Ms. Wallace never got a report on her file. In February 2013, she met with Mr. Paradis and Mr. MacPherson and was told that Mr. Arsenault would sign the second mortgage and that she would be paid shortly.

- i) **Ms. Wallace finally gets the promised second mortgage, but it proves to be a valueless security: the purchaser defaults under the first mortgage and goes bankrupt; the first mortgagee exercises its power of sale, but recovers less than the amount owing under its mortgage; and Ms. Wallace sues the appellant and others, and achieves a net recovery of only \$10,000.**

A while later, [Ms. Wallace] contacted Mr. Allen's office. He confirmed the second mortgage had been put in place. No terms were discussed. She felt better, a bit more secure.

She was never explained what a second mortgage is and for how much the first mortgage was for so she enquired by herself. She contacted the first mortgagee and the manager explained to her that her mortgage was no guarantee of payment.

Eventually, Mr. Arsenault went bankrupt. The first mortgagee proceeded with a mortgage sale and the property was sold for well below the amount due on the first mortgage. Ms. Wallace did not receive her \$24,000.

She filed a civil action against Mr. Allen, Mr. MacPherson, Madawaska Mortgages, Richard Moore, Marcel Arsenault and McInnis Cooper. She eventually received \$10,000 net of her lawyer's fees. It took five years all in all. [paras. 7-48]

[10] The panel was satisfied Ms. Wallace testified honestly and to the best of her knowledge. However, it found her recollection of some events was unreliable.

[11] These are the key features of Mr. Kean's expert testimony:

Mr. Kean testified that the transaction probably closed on June 8th, 2012 as the cheques bear this date and there was a letter to the bank saying the closing was being postponed to June 8th 2012.

He could not find any documentation as to disclosure to Ms. Wallace of the amount of the first mortgage. His opinion was that when representing both parties, and there

is a "Vendor Take Back" financing, the lawyer should inform the seller of this information, make sure the security is executed and registered.

His opinion was that when a lawyer receives a Purchase and Sale Agreement, he/she should review it with his client. A mortgage payout should be obtained, a Statement of Adjustments prepared and reviewed with client. This statement should indicate the purchase price, the deposit paid, the adjustments for taxes, fuel etc. If there is a Vendor Take Back, it should also appear on that document.

Closing documents should be prepared and reviewed with client. The lawyer should send a final report to the client, with a copy of closing documents, a report on trusts funds. The provenance and disbursement of funds should be clear. This final report would ideally be done within a month of closing but can be delayed because of the time it sometimes takes for the releases of prior mortgages to be received.

In Mr. Allen's file, Mr. Kean testified he could not find any reporting documents. When shown the document found on page 10 of Exhibit #6, reproduced above, he said it looked like a Statement of Adjustments but wasn't sure. The document mentioned a letter of direction with an increase in the funds payable to Ms. Wallace to \$103,000 but no such letter could be found.

Mr. Kean elaborated on the Vendor Take Back agreement. Since the documentation was silent on the terms of the Vendor Take Back financing, his opinion was that the lawyer should find out what these terms were: When was the amount due to be paid? Was it to be paid by installments and if so of what amount and when? Is there to be interest payable on the amount due? He could find no documentation as to these points having been reviewed with Ms. Wallace.

Mr. Kean added that the lawyer, in a Vendor Take Back financing situation should explain to his client what the legal effect of what the client is getting into. He should explain the difference between a first and second mortgage, the difference between a mortgage and a promissory note, the risks involved, even if the Purchase and Sale Agreement is already signed. Again he could find no documentary evidence that this was done. He testified a

lawyer should have made inquiry with both the seller and buyer re extraordinary brokerage fee of \$59,807.50. No documentary evidence was found in the file that this had been done.

He could not explain why a promissory note was prepared instead of the second mortgage mentioned in the documents. Maybe the mortgage was to be collateral to the note but then it was prepared months later. This 9 months' delay between the date of closing and the execution of the second mortgage seemed highly unusual to him and should not happen. There is a risk that another charge could be registered against the property before the second mortgage is registered. The three months' gap between the date of execution and registration is also highly unusual. [paras. 54-61]

[12]

Here is the panel's account of Mr. Moore's testimony:

He indicated he is a real estate broker with Referral Real Estate Services Inc.

His first involvement in this matter was a contact from Mr. MacPherson, in early April 2012, saying he had a seller and a buyer and needed a property to be listed. Mr. MacPherson brought both parties to him.

Mr. Moore knew Mr. MacPherson as a mortgage broker with Madawaska Mortgages. He met Ms. Wallace at her work place to have her sign the listing agreement (Exhibit #5, page 93). He states he was not aware a purchase and sale agreement had already been executed at the time.

He had not seen the \$100,000 Agreement of Purchase and Sale until some two years later, when a complaint was filed by Ms. Wallace against him to the New Brunswick Real Estate Board.

He prepared the \$145,000 agreement (Exhibit #5, page 33). There were no addendums attached (except the dual agency agreement). He said that normally, such addendums would be mentioned in section 10 of the agreement. On cross-examination, he admitted the original document was for \$144,000 and he changed it to \$145,000 and wrote Ms. Wallace's initials "at her request". When asked if this is

contrary to his profession's rules, he answered: it is what it is.

He confirmed having Ms. Wallace execute a first listing agreement for \$139,000 and a second one for \$149,000, to "establish value".

He visited the property after it [was] listed.

He testified meeting Ms. Wallace on June 6th 2012 to have her review and execute the Letter of Direction (Exhibit #6, page 11). The word "Fredericton" is his handwriting. He says he also reviewed the figures found at page 12 of the same exhibit with Ms. Wallace. He then emailed these two documents (separately) to Mr. Allen. (Exhibits #9 and 10).

On June 8, 2012, he received a call from Mr. Allen's office that his commission cheque for \$8,192.50 was ready so he went to the office to pick it up. There was a letter with Ms. Wallace's name on it so he called her to ask if it was ok to bring it to her. She agreed and thanked him for his work.

On cross-examination, he was asked why the parties were paying him a commission of \$8,192.50 since the deal was already done prior to the listing. He replied he had to pay back a referral fee to Mr. MacPherson of about \$5,000, hence he only netted approximately \$3,000. He first listed the property for \$139,000 and then changed the agreement to \$149,000 on the instructions of Mr. MacPherson. He testified the reason why the listing was increased to \$149,000 was to provide credibility to the appraisal and facilitate financing.

Mr. Moore testified he did nothing wrong. Ms. Wallace lost money and filed complaints against him to several authorities. [paras. 63-73]

[Emphasis added.]

[13] The panel found the appellant's testimony was both credible and reliable, and it preferred his testimony where it conflicted with that of Ms. Wallace. The panel's understanding of the appellant's testimony is as follows:

Mr. Allen did not know Ms. Wallace prior to opening the file of 2012. His first involvement was when he received

the Agreement of Purchase and Sale from Mr. Moore on May 24th, 2012. (Exhibit #5, page 33). The addendums were not included. He only learned of them on June 6th 2012.

He did the usual conflict search and opened the file on May 28th, 2012. He then obtained the Service New Brunswick information, printed a copy of the existing mortgages and obtained a Certificate of Registered Ownership. He still had had no contact with Ms. Wallace at this point.

Since he was representing both the vendor and the purchaser, he prepared the financing documentation for the purchaser and asked for the pay-out statements. Two mortgages were on the Certificate of Registered Ownership. He contacted the lawyer that had done the second existing mortgage to have the first one released.

He requested the funds and prepared the vendor's documents, checked taxes, requested and received title insurance etc.

A letter of joint representation was prepared and executed.

Mr. Allen met Ms. Wallace for the first and only time (prior to closing) on June 5th 2012. That meeting had been arranged through his assistants. The assistant brought Ms. Wallace to the boardroom and left her to review the documents, without Mr. Allen being present. Mr. Allen then joined her and asked Ms. Wallace if she had any questions or concerns. The documents were then executed. He does not recall Ms. Wallace having any questions.

He explained Ms. Wallace is wrong in saying she had questions about the Letter of Direction or about the figures of page 12 as he only received these documents the following day.

For the same reason, he therefore denies that the Letter of Direction was signed before him, at the June 5th, 2012 meeting.

On June 5th, 2012, he was therefore only aware of an agreement for purchase and sale for \$145,000. He was still not aware of any Vendor Take Back financing or of any second mortgage. He does not recall the question of the

payment of \$25,000 being discussed at that time. He still thought she was receiving \$145,000 upon closing.

He did not review the Agreement of Purchase and Sale with Ms. Wallace. He could not negotiate the agreement. It had already been executed and was binding.

The transaction closed on June 8th 2012. He was not contacted by Ms. Wallace between June 5th and June 8th. Upon closing, he paid the existing mortgage and there was an overpayment of \$390 since Ms. Wallace had made a payment after the pay-out statement had been issued. That amount, plus the remainder of the funds received at closing, were remitted to Ms. Wallace.

It was only later that Ms. Wallace contacted him about not having received her \$25,000. He was not involved in negotiating that Vendor Take Back financing.

He admits not having had a second mortgage executed and registered right away. Instead, he prepared a promissory note, payable in one year and bearing no interest, thinking the resale would occur immediately. He assumes responsibility for this mistake. Once the second mortgage was finally executed, it was not registered for months. Mr. Allen could not explain that delay and why there is no hard copy of that mortgage in his file.

In between the registration of the first and the second mortgage, there were no intermediate encumbrances registered, nor was the property sold.

He admits there were no formal statements of adjustments and that the numbers were not discussed with Ms. Wallace, even after he received the documents from Mr. Moore on the 6th. "It was their deal – no obligation to advise client." Again, Mr. Allen confirmed that no discussions had taken place with Ms. Wallace regarding the second mortgage, the security regarding a second mortgage or [changes] regarding the addendums on page 40 and 41 of Exhibit #5.

He admits not having sent any reporting letter to Ms. Wallace.

He could not explain why the document on page 10 of Exhibit #6 referred to a selling price of \$103,000 while the

calculation sent to him by Mr. Moore (page 12) indicated an amount of \$102,000. He said there might have been a corrected letter of direction that he did not print.

The price went from \$145,000 to \$102,000 to \$103,000 but Mr. Allen indicated he never contacted Ms. Wallace to ask her if this was correct.

On the document found at page 12 there is a mention of “+ 25,000 VTD (Second Mortgage)”. The addendums, also received by Mr. Allen on June 6th, mention: “vendor hereby agrees to a vendor take back (VTB) financing of \$24,000 secured as a 2nd security collateral mortgage on the subject property”. No specific terms as to this secondary financing were mentioned. He did not ask Ms. Wallace about these terms prior to closing.

He did not inform Ms. Wallace of the amount of the first mortgage having priority to her security.

He assumed Ms. Wallace knew of the risks of the transaction since she had previous mortgage experience and considered she knew what a second mortgage meant and its consequences regarding a first mortgage. He admits not having discussed this with Ms. Wallace but says she had to know as she signed the addendums.

Mr. Allen stated that Mr. Moore had told him he (Mr. Moore) had discussed the \$59,807.50 brokerage fee (Exhibit #6, page 11) with Ms. Wallace. Mr. Allen accepted this in good faith; no questions, no concern.
[paras. 81-102]

[Emphasis added.]

[14] No representative of Madawaska Mortgages testified.

[15] In the panel’s view, the Law Society bore the burden of proving, on a balance of probabilities, the first charge, namely a breach of Chapter 2 (“Competence”) and Chapter 3 (“Quality of Service”). As mentioned, the panel found the appellant testified honestly and reliably. Nonetheless, and taking into account his testimonial admissions, the fairly extensive documentary record and Mr. Kean’s expert opinion, the panel concluded the Law Society discharged its burden of proof:

The first charge alleges a breach of Chapters 2 (Competence) and 3 (quality of service) of the code of conduct.

The general rule of Chapter 2 (Competence) of the *Law Society of New Brunswick Code of Professional Conduct* reads: *The lawyer shall be competent to perform all legal services undertaken by the lawyer on behalf of the client.* [...]

Chapter 3 deals with the quality of service. The general rule reads: *The lawyer shall serve the client with a quality of service at least equal to that expected by lawyers generally of a competent lawyer in a like situation.*

[...]

The panel finds that Mr. Allen possesses all the required knowledge and expertise to undertake a real property transaction. Mr. Allen has, however, admitted to not having prepared a proper Statement of Adjustments, not having reviewed the numbers with Ms. Wallace and not having produced an acceptable reporting letter to his client.

The Panel finds that the fact that Ms. Wallace did not receive, to quote the charge “any proceeds from the sale of the property” is not a breach of the Rules of professional conduct. Had she been properly informed, she still might have proceeded as she did and lost money.

The evidence clearly demonstrated that Mr. Allen failed to obtain and register a second mortgage in a timely fashion. However, after a careful examination of the charges laid against him, this panel is of the view that this element does not form part of either charge. The panel cannot rule on a specific conduct not included in the charges. See *Nicholson v. New Brunswick Institute of Chartered Accountants* (1993) 137 N.B.R. (2d) 222 (Q.B.), affd 147 N.B.R. (2d) 158 (C.A.) and *Law Society of New Brunswick [v.] O’Toole*, February 21, 2016.

The panel accepts the evidence of Mr. Kean that a Statement of Adjustments must be prepared and reviewed with the client as well as documents showing the provenance and distribution of funds. The panel does find that Ms. Wallace did not receive proper reporting and was

not kept reasonably informed during the currency and completion of her matter. The panel also finds that Mr. Allen failed to provide his client with appropriate details surrounding her transaction notwithstanding inquiries from her.

The panel finds that Mr. Allen has breached these Chapters, particularly Chapter 3 (Quality of service) and is therefore guilty of conduct deserving sanction on this count. [paras. 127-128, 130 and 132-136]

[16] As noted, the appellant does not take issue with the panel's finding that the essential elements of the first charge were proven, namely: (1) his failure to prepare a proper statement of adjustments for Ms. Wallace; (2) his failure to review the numbers with her or otherwise keep her informed; and (3) his failure to provide her with an acceptable reporting letter.

[17] Nevertheless, the appellant underscores the panel found he did not receive the "Letter of Direction" before June 6 and, thus, could not have failed to explain it to Ms. Wallace on June 5, as she alleged. The appellant contends the panel made "very narrow findings" of sub-par conduct, and that it made those findings on the basis of his testimonial admissions. In his submission, the panel overlooked the fact that some averments in the charges were not proven when it fashioned its order of costs.

[18] The Law Society disagrees, underscoring the essence of the pleaded particulars was proven, the appellant only made those admissions in the course of his testimony at the hearing and he neither conceded having engaged in conduct deserving sanction nor apologized to the complainant or the Law Society for that conduct. In my view, the Law Society's point is well taken.

[19] As mentioned, s. 56(4) of the *Act* obligated the appellant to file a reply to the Notice of Complaint in which he was required to "admit any charges that are true, [and] give an explanation of any charges that are not true". The Notice of Complaint itself drew the appellant's attention to that obligation. However, in his Reply, the appellant admitted nothing. He disputed, without the required explanation, the complaints

“as set out in the Notice of Complaint in their entirety” (emphasis added). Had the appellant included in his Reply the admissions of fact he eventually made in his testimony and an explanation for his objection to the charges, the Law Society would undoubtedly have been spared some of the costs it incurred and for which it obtained an order of reimbursement. Having failed to comply with s. 56(4), the appellant cannot now successfully contend the panel’s decision to order full reimbursement of those costs was unreasonable. There is no merit whatsoever to this contention, and I would summarily reject it. Nothing further need be said on point.

[20] That is likewise the case for the appellant’s contention that previous decisions of the Discipline Committee compelled a significantly lower award of costs in the case at hand. In my assessment, those decisions do not involve truly comparable circumstances and I conclude none obligated the panel to eschew the order that it made.

[21] As to the second charge, the panel found the appellant bore the burden of showing compliance with the *Code*’s Chapter 6 (“Conflict of Interest between Clients”) and that he failed to discharge this burden:

The second charge is somewhat repetitive. It clearly was drafted at a time when it was thought that Mr. Allen had failed to obtain the required written consent to act for both parties. With the striking out of the sentence alleging failure to obtain the written consent of the parties in order to act for both of them, what remains is essentially a charge that Mr. Allen “continued to act for the purchaser even when it became evident that Ms. Wallace was questioning the propriety of the transaction and the documentation associated with it”.

[...]

Clearly, when Mr. Allen obtained Mr. Arsenault’s signature on the second mortgage and later proceeded to register the same, an “issue contentious to the clients”, had arisen. Ms. Wallace was not happy about not receiving the rest of the purchase price and not having received her second mortgage. Although the execution and registration of a second mortgage was agreed to by the parties, there was to paraphrase comment 2(a) [in Chapter 6 of the *Code*], a

serious dispute about the repayment of the vendor take back financing and Mr. Allen should then have recommended to both parties to obtain independent legal representation.

The panel finds that Mr. Allen has breached this Chapter and is guilty of conduct deserving sanction on the second charge. [paras. 137 and 141-142]

[22] While not contesting the finding that the second charge was proven, the appellant points out the panel accepted he was “not aware of any dispute between the parties when he closed the deal on June 8th”. As can be distilled from the panel’s reasons, it found against the appellant on the basis that he continued to act for Ms. Wallace after the closing, by taking Mr. Arsenault’s signature and registering a second mortgage in her favour when an “issue contentious to the clients” had arisen, rather than recommend both parties seek independent legal representation. That finding covers the essence of the second charge.

[23] The hearing on sanctions proceeded on November 2, 2016. The only additional evidence produced at that hearing is Exhibit 1, which particularizes the costs incurred by the Law Society prior to September 24, 2016 (\$22,059.41). Those costs include the Law Society’s outlays for counsel and expert fees, reporting charges, the expenses of the panel members and the cost of the financial audit of the appellant’s practice (\$5,864.14). Exhibit 1 was received in evidence with the appellant’s consent.

[24] The panel found the appropriate sanctions for the appellant’s substandard conduct was a reprimand and a fine of \$3,000.00. In addition, he was ordered to pay the sum of \$16,195.27 towards the costs incurred by the Law Society. This quantum was determined on the basis of the data in Exhibit 1, except for the cost of the financial audit. That claim was denied, and there is no cross-appeal from that determination.

[25] In his written submission, the appellant challenged all costs incurred after the panel’s decision on “the merits”, arguing the Law Society waived entitlement to their recovery. That allegation was denied: in its written submission, the Law Society asserted

it only agreed to forego any claim for costs associated with attendance at the sanction hearing of November 2, 2016. At the hearing on appeal, the appellant withdrew the parts of his written submission giving expression to the complaint on point.

[26] In my view, the appeal raises only one issue of significance, and it is whether the impugned order of costs is unreasonable by reason of its issuance on the basis of a legal test that is distinct from the one applied in imposing the reprimand and the fine. At the end of the day, the core question is whether an order of costs under s. 60(1)(e) is a “sanction” that is indistinguishable for analytical purposes from a reprimand, a fine, a suspension or disbarment.

III. Analysis

[27] Section 60(1) of the *Law Society Act* sets out the measures that a panel of the Discipline Committee may choose from following a finding of conduct deserving sanction. It reads as follows:

60(1) If a panel of the Discipline Committee finds that a respondent, other than a student-at-law, is guilty of conduct deserving sanction, it may do one or a combination of the following:

(a) reprimand the respondent;

(b) order that the respondent, within a fixed time, pay to the Society a fine not exceeding an amount set by the rules;

(c) suspend the respondent from practising law for a fixed period or indefinitely, on such terms as in its opinion are necessary in the circumstances;

(d) disbar the respondent;

(d.1) order that the respondent, within a fixed time, pay to the complainant or the

60(1) Le sous-comité de discipline qui conclut que l'intimé — autre qu'un stagiaire — a fait preuve d'une conduite répréhensible peut exercer un ou plusieurs des choix suivants :

a) il le réprimande;

b) il lui ordonne de payer au Barreau, dans des délais précis, une amende qui ne dépasse pas le plafond prévu par les règles;

c) il le suspend de l'exercice du droit pour une période déterminée ou indéfinie, aux conditions qu'il juge nécessaires dans les circonstances;

d) il le radie;

d.1) il lui ordonne d'indemniser le plaignant ou le Fonds d'indemnisation,

Compensation Fund restitution for any financial losses or expenses, or compensation paid as a result of the actions for which the respondent is being sanctioned;

(added July 1, 2009)

dans des délais précis, des pertes financières qui ont été subies, des dépenses qui ont été engagées ou des indemnités qui ont été payées à cause de ces actes répréhensibles;

(ajout du 1^{er} juillet 2009)

(e) order that the respondent pay to the Society within a fixed time in an amount decided by the panel, costs of the inquiry, including the costs of an investigation by the Registrar, the Complaints Committee, or of an audit or investigation under Part 11; or

e) ayant fixé les délais et le montant, il lui ordonne de payer au Barreau les frais de l'enquête, y compris de celle du registraire ou du comité des plaintes, ou ceux d'une vérification ou d'une investigation effectuées en vertu de la partie 11;

(f) make such other order as in its opinion is necessary and appropriate in the circumstances, including any order that could be made by the Competence Committee under section 46.

f) il prend toute autre mesure qu'il juge nécessaire et utile dans les circonstances, y compris toute mesure que le comité des compétences a le pouvoir de prendre en vertu de l'article 46.

[28]

As indicated, after finding the appellant guilty of conduct deserving sanction, the panel chose to reprimand him and order he pay a fine of \$3,000. The panel viewed each of those measures as a "penalty", and found they were appropriate upon consideration of the factors that commonly inform determinations of that kind:

In order to determine the appropriate penalty, this Panel must embark on a "[conscious] comparison" of the relevant factors with similar cases, lest inconsistent results are reached: *Stevens v. Law Society of Upper Canada* (1979) 55 O.R. (2d) 405 (Ont.S.C.).

The factors to be considered are enumerated in *Law Society of British Columbia v. Ogilvie* (1999) LSDD No. 45, (1999) LSBC 17 as:

- a. The nature and gravity of the conduct proven;
- b. The age and experience of the respondent;
- c. The previous character of the respondent, including details of prior discipline;

- d. The impact upon the victim;
- e. The advantage gained, or to be gained, by the respondent;
- f. The number of times the offending conduct occurred;
- g. Whether the respondent acknowledged the misconduct and taken steps to disclose and redress the wrong and the presence or absence of other mitigating circumstances;
- h. The possibility of remediating or rehabilitating the respondent;

[...]

- [j]. The impact of the proposed penalty on the respondent;
- [k]. The need for specific and general deterrence;
- [l]. The need to ensure the public's confidence in the integrity of the profession; and
- [m]. The range of penalties imposed in similar cases.

As stated in numerous decisions, the purpose of these proceedings is not to punish the Member. The purpose is to ensure public protection.

Citing Gavin Mackenzie's *Lawyers and Ethics; Professional Responsibility and Discipline* (Carswell 1993), the Panel in the *P.P.* decision [*Law Society of New Brunswick v. P.P.*, 2008 NBLSB 2 (CanLII)] referred to above said:

Factors frequently weighed in assessing the seriousness of the lawyer's misconduct include the extent of injury, the lawyer's blameworthiness, and the penalties that have been imposed previously for similar misconduct. In assessing each of these factors, the Discipline Hearing panel focuses on the offense rather than the offender and considers the

desirability of parity “and” proportionality in sanctions and the need for deterrence. The panel also considers an array of aggravating and mitigating factors, many of which are relevant to the likelihood of recurrence. These aggravating and mitigating factors include the lawyer’s prior discipline record, the lawyer’s reaction to the discipline process, the restitution (if any) made by the lawyer, the length of time the lawyer has been in practice, the lawyer’s general character and the lawyer’s mental state. Alcoholism, drug addiction, stress caused by financial and matrimonial difficulties, and mental illness are common factors in discipline cases and are material to the assessment of penalty in cases where a causal relationship exists between the lawyer’s condition and the misconduct being considered ...

Therefore, although the panel must focus on the offense rather than the offender, it must also consider all aggravating and mitigating factors including taking into consideration the personal situation of the member being disciplined.

Applying the different factors found in *Ogilvie* above, we have before us two serious breaches, although not as serious as offenses dealing with dishonesty or misappropriation of funds. Mr. Allen has been practicing for over 55 years without ever having been disciplined, and lawyers and the Courts have recognized his expertise in the field.

The impact on the victim is difficult to assess. We have heard evidence that she filed a civil action against many defendants and settled for an amount which left her, after her legal expenses, with approximately \$10,000 (She had lost \$25,000 in the transaction although it cannot be said for sure that the result would have been any different were it not for the breaches to the *Code of Conduct*). It is unknown whether the Member paid all or part of this settlement.

Although there have been admissions of facts, for example, failing to produce a proper Statement of Adjustment and report to his client, Mr. Allen never admitted having acted

in a manner deserving sanction and has never apologized to the complainant or the Law Society.

The Panel recognizes that this procedure has been very difficult on the Member.

Mr. Allen has not gained any advantage other than his regular fees. There is only one occurrence of the offending conduct.

Considering all these factors, the need for specific and general deterrence and the similar cases, this Panel therefore makes the following order:

- a. Pursuant to paragraph 60(1)a) of the *Act*, the Member is reprimanded.
- b. Pursuant to paragraph 60(1)b) of the *Act*, the Member shall pay, within 60 days of this decision, a fine of \$3,000. [paras. 18-28]

[29] The panel then turned its attention to the issue of costs. In making its determination on point, the panel did not apply the *Ogilvie* factors, as it did in connection with the reprimand and the fine. Instead, and after observing the appellant had been found guilty of both charges in the Notice of Complaint, the panel applied the “general rule” by which reasonable costs arising from the Law Society’s investigation of the complaint and the ensuing inquiry should be borne by the member found guilty of conduct deserving sanction, not the profession as a whole. The panel relied upon *Groia v. the Law Society of Upper Canada*, 2016 ONCA 471, [2016] O.J. No. 3094 (QL), at paragraph 234, leave to appeal granted [2016] S.C.C.A. No. 310, as authority for the application of that framework. In the result, the panel determined the Law Society was entitled to an order directing the appellant pay the costs claimed in Exhibit 1 except, as mentioned, for the cost (\$5,864.14) of the financial audit of his practice:

There remains the question of costs. The general rule is that the reasonable costs of investigating and conducting a disciplinary proceeding should not be borne by the profession as a whole where a determination adverse to the defending lawyer has been made. See *Groia v. The Law*

Society of Upper Canada, 2016 ONCA 471 (CanLII), at paragraph 234.

In cases where the lawyer was not found guilty of all charges, costs have sometimes been reduced accordingly. See *The Law Society of New Brunswick v. Peters*, 2013 NBLSB 6 (CanLII). Here, the Member has been found guilty of both charges.

Although it is submitted for the Member that he should not be ordered to pay any cost, there were no questions on the amount claimed except for the sum of \$5,864.14 paid to Grant Thornton for a practice audit. No explanation regarding the reason for requesting an audit, under the circumstances, were provided to the Panel.

The Law Society indicated that audits are not always requested in investigations and that this particular audit found no irregularity.

Mr. Allen has not been charged with any breach of the Code of Conduct or of the rules adopted under the *Act* regarding his trust account. The panel is therefore not convinced that this disbursement was necessary for the investigation or of conducting the disciplinary proceeding.

Except for this amount, the Panel finds no reason to depart from the general rule.

The Law Society is therefore entitled to costs for an amount of \$16,195.27, to be paid on or before February 2, 2017. The Law Society has not asked for costs for the sanction hearing. [paras. 29-35]

[30] In *Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, Chief Justice McLachlin confirmed great deference is owed by a reviewing court to a tribunal's selection of remedies or administrative responses:

A statutory purpose that requires a tribunal to select from a range of remedial choices or administrative responses, is concerned with the protection of the public, engages policy issues, or involves the balancing of multiple sets of

interests or considerations will demand greater deference from a reviewing court [...] [para. 31]

[31] Courts have only reluctantly interfered with the measures crafted by professional bodies as responses to objectionable conduct by their members. In *Bouhamdani v. Association of Professional Engineers and Geoscientists of New Brunswick*, 2004 NBCA 84, 276 N.B.R. (2d) 341, Turnbull, J.A. identifies the rationale behind that reluctance:

[...] courts are generally reluctant to vary any penalty imposed by a profession's discipline committee. Such judicial deference is derived from the legislated authorization of self-governance, and the consequent belief that the members of that profession, because of their particular expertise, are the best judges of the appropriate penalty for one of their peers. [para. 75]

[32] In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, the Supreme Court of Canada ruled this Court should only intervene if the contested panel decision, determination or order "is shown to be unreasonable". A disposition may be labelled "unreasonable" only if "no line of analysis within the given reasons [...] could reasonably lead the tribunal from the evidence before it to the conclusion at which it arrived. If any of the reasons that are sufficient to support the conclusion are tenable in the sense that they can stand up to a somewhat probing examination, then the decision will not be unreasonable and a reviewing court must not interfere" (see *Ryan*, at paras. 42 and 55). In my view, this unmistakably exacting standard applies to all dispositions, including cost orders, prescribed by panels of the Discipline Committee.

[33] The appellant submits the order of costs is unreasonable because it flows from the application of the general rule described above, instead of the pertinent *Ogilvie* factors. While acknowledging this general rule has been recognized and applied in other provinces, the appellant argues it has no traction in this jurisdiction because, unlike the situation elsewhere, an order of costs, such as the one under appeal, is a sanction under the *Act*. This rather odd equation would arise from: (1) s. 60(1)'s inclusion of costs orders in the pool of measures commonly viewed as sanctions (reprimand, fine, suspension and

disbarment) and; (2) the *Act*'s failure to invest panels with the power to order the Law Society pay costs to a member found not guilty of conduct deserving sanction. I respectfully reject this submission for the following reasons.

[34] First, and contrary to the appellant's understanding, panels do have the power to order the Law Society pay costs to a respondent member in the event he or she is found not guilty of conduct deserving sanction (see s. 60(3)). Second, the appellant's submission overlooks what s. 60(1) states, and what it does not state.

[35] Indeed, by its very terms, s. 60(1) does no more than enunciate the measures a panel of the Discipline Committee may prescribe following a finding of conduct deserving sanction. Those measures include, but are not confined to penalties or sanctions. On a plain reading of its wording, s. 60(1) does not provide, explicitly or implicitly, that all measures listed in its sub-paragraphs constitute sanctions; it merely sets out what a panel "may do" once it finds the respondent member guilty of conduct deserving sanction. The French version's reference to "choices" open to the panel is ambiguous and, in my view, fails to tilt the interpretative scales, one way or the other.

[36] Of the ordinary meanings ascribable to the term "sanction", only one has application in the present context, and it is "a penalty [...] enacted to enforce obedience to a law or rule" *Oxford Canadian Dictionary*, 2nd ed (Oxford University Press: Toronto, 2006)). An order of costs under s. 60(1)(e), like the one under appeal, is not captured by that meaning: the object of such an order is restitutive, not punitive. In my view, the order of costs rendered in first instance is no more a sanction or penalty than an order of restitution under s. 60(1)(d.1). Section 60(1)(f) is also telling: it confers on a panel the power to make any "other order as in its opinion is necessary and appropriate in the circumstances". There is no reason to interpret this omnibus provision in a manner that would limit its scope to measures in the nature of penalties or sanctions.

[37] Here, the panel found the appellant guilty of both charges in the Notice of Complaint. It described each charge as "serious". After giving due consideration to the pertinent *Ogilvie* factors and as required under s. 59, the panel imposed sanctions in

accordance with s. 60, specifically subparagraphs (a) (reprimand) and (b) (fine). Applying the general rule referenced hereinabove, the panel then combined those sanctions with a non-punitive measure, the order of costs under sub-paragraph (e). In my judgment, the panel's treatment of an order of costs as a non-punitive measure to which the "general" rule could be applied is not legally impermissible and cannot be labeled unreasonable on that basis (see *Lysons v. Alberta Land Surveyors' Association*, 2017 ABCA 7, [2017] A.J. No. 10 (QL), at paras. 12-13 and Bryan Salte, *The Law of Professional Regulation*, (Markham, Ont.: LexisNexis, 2015) at paras. 8.12 and 8.14). I would go further: the panel's approach reflects a rationally defensible policy choice and its use would be appropriate in other cases, like the present one, where the essence of each charge is proven and as a result, the respondent member is found guilty of all charges. Where the case features a mix of proven and unproven charges, a corresponding allocation of the costs might be warranted (see *Hasan v. College of Physicians and Surgeons (N.B.)* (1994), 152 N.B.R. (2d) 230, [1994] N.B.J. No. 389 (C.A.) (QL), per Ryan, J.A.). In relatively rare cases, a suitably calibrated apportionment of costs might also be appropriate where, despite all charges being proven, the more serious particulars, as pleaded, have been rejected. On the panel's findings, that is clearly not the case here.

[38] In coming to the conclusion that s. 60(1) did not require the panel determine the appropriateness of an order of costs by resorting to the framework it applied for the reprimand and the fine, I have not overlooked that multi-faceted provision's one-word heading: "Sanctions". While s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c, I- 13, states headings are "inserted for convenience of reference only", there is authority for the proposition that headings may be relied upon for interpretative purposes, even where the wording of the provision itself is not ambiguous (see Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3rd ed (Toronto: Irwin Law, 2016) at 160, 161 and 167).

[39] The drafters' choice of "Sanctions" as the heading for s. 60 is neither surprising nor entirely ill-suited; after all, the bulk of the measures listed in s. 60(1) is comprised of sanctions (reprimand, fine, suspension and disbarment). A one-word heading will rarely purport to capture the full reach of a multi-faceted provision. The key

question is whether s. 60(1)'s heading reflects an intention that all of the measures it identifies, including the non-punitive ones, be viewed as penalties or sanctions. In my view, it does not. A "non-punitive sanction" surely qualifies as an oxymoron and the drafters could not have intended that illogical result, a consequence of morphing non-punitive measures into punitive ones.

[40] One final observation. Even if the appellant's interpretation of s. 60(1) had carried the day, so that orders of costs under s. 60(1)(e) would stand to be included, like reprimands, fines, suspensions and disbarments, in the basket of imposable sanctions, I would still conclude the panel's approach has not been shown to be unreasonable. There is nothing in s. 60(1) that requires the application of the *Ogilvie* factors to every measure enunciated in its sub-paragraphs. Indeed, no feature of the *Act's* pertinent provisions precludes a panel from resorting to the general rule applied in first instance to determine the appropriateness of an order of costs under s. 60(1)(e).

IV. Conclusion

[41] As more fully appears from the preceding text, the panel's order under s. 60(1)(e) of the *Law Society Act, 1996* requiring the appellant pay the sum of \$16,195.27 towards the costs incurred by the Law Society has not been shown to be unreasonable. It is for this reason that I joined my colleagues in dismissing the appeal from the bench. I would wrap up the proceedings by ordering the appellant pay costs on appeal of \$2,500.

LE JUGE DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Dans une décision rendue le 20 juillet 2016 sur le « fond », un sous-comité de discipline a conclu que l'appelant, conseiller de la reine et membre respecté du Barreau depuis longtemps, avait fait preuve de « conduite répréhensible » au sens du par. 60(1) de la *Loi de 1996 sur le Barreau*, L.N.-B. 1996, ch. 89. La conduite en question a été détaillée dans deux accusations exposées dans l'avis de plainte signifié à l'appelant, et modifié plus tard à l'audience. Dans la première accusation, on affirmait que l'appelant a fourni des services juridiques inférieurs aux normes du chapitre 2 (« La compétence ») et du chapitre 3 (« La qualité des services ») du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau. La deuxième accusation était fondée sur l'assertion que l'appelant a continué à représenter sa cliente, la plaignante, après qu'un conflit d'intérêts a pris naissance, adoptant ainsi une conduite interdite par le chapitre 6 du *Code* (« Conflit d'intérêts entre clients »). La décision sur le « fond », y compris la conclusion de conduite répréhensible, n'est pas portée en appel.

[2] Dans une décision ultérieure, le sous-comité a réprimandé l'appelant, lui a infligé une amende de 3 000 \$ et lui a ordonné de payer la somme de 16 195,27 \$ au titre des frais engagés par le Barreau. Seule cette dernière ordonnance est contestée en appel. L'appelant soutient qu'elle est déraisonnable. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

[3] Après avoir entendu les avocats, la Cour a rejeté l'appel séance tenante en indiquant que les motifs suivraient. Dans les pages qui suivent, je formule les motifs qui m'ont incité à me joindre à mes collègues pour statuer ainsi sur cet appel.

II. Contexte et règlement sommaire de certaines questions

[4] Comme on le verra, et contrairement à ma pratique générale, je reproduis de longs extraits des décisions du sous-comité de discipline. Je procède ainsi pour une série de raisons. Tout d'abord, l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, prescrit à la Cour d'« examiner » les motifs du sous-comité lorsqu'elle exerce ses fonctions en appel en application de la *Loi*. Pour bien comprendre ces motifs, il faut les examiner dans le contexte décrit par le sous-comité dans son examen des éléments de preuve documentaire et des témoignages, ainsi que dans ses conclusions sur les faits, la crédibilité et la fiabilité. Deuxièmement, une reproduction textuelle de ces motifs servira à faire comprendre l'interprétation non filtrée du sous-comité de ce qui est indiscutablement un ensemble inhabituel de circonstances. Troisièmement, le dossier dont nous disposons n'inclut pas de transcription de la preuve et des plaidoiries en première instance. Quatrièmement, ni l'une ni l'autre des deux parties ne conteste les conclusions du sous-comité quant aux faits, à la crédibilité et à la fiabilité. Enfin, bien que la transaction immobilière qui a donné lieu à la plainte sous-jacente et aux accusations contre l'appelant puisse susciter des préoccupations qui semblent légitimes au sujet du caractère approprié du financement de l'achat, des honoraires immobiliers et des frais de courtier perçus, il n'y a absolument aucune insinuation, et encore moins de preuves, de malhonnêteté, de détournement de fonds ou de manque de crédibilité de la part de l'appelant. Les motifs formulés par le sous-comité le démontrent de façon très compétente.

[5] Comme je l'ai indiqué, l'appel conteste une ordonnance de dépens rendue par un sous-comité de discipline constitué pour faire enquête sur deux accusations qui ont été formulées dans un avis de plainte daté du 28 juillet 2015. Les extraits importants de l'avis exposent le nœud de la controverse tel qu'il a été conçu au départ, sans l'avantage des observations officielles faites par l'appelant dans le cadre de sa réponse prescrite par la loi :

[TRADUCTION]

[1] En mai 2012, ou vers cette date, les services de G. Keith

Allen ont été retenus pour qu'il représente [Serena Wallace] dans la vente de sa maison (« la propriété »). [Serena Wallace] avait négocié avec [Brad MacPherson], de la compagnie [Madawaska Mortgages], une entente selon laquelle elle vendrait sa propriété à un prix de 102 000 \$ à [Brad MacPherson], qui ensuite la revendrait rapidement à profit. Selon cette entente, le prêt hypothécaire de 77 000 \$ de [Serena Wallace] serait remboursé à partir du produit de la vente de la propriété, et elle toucherait alors un solde de 24 000 \$. [Brad MacPherson] a informé [Serena Wallace] que [Marcel Arsenault] serait l'acheteur de la propriété.

En mai 2012, [Serena Wallace] s'est présentée au bureau de G. Keith Allen afin de signer des documents ayant trait à la vente à [Marcel Arsenault]. À ce moment-là, la cliente de G. Keith Allen, [Serena Wallace], a constaté qu'il y avait des frais de courtier de 59 807,50 \$. Lorsque [Serena Wallace] a posé une question à G. Keith Allen à propos de ces frais, il ne lui a donné aucune explication à leur sujet. [Serena Wallace] n'a jamais touché le produit de la vente de la propriété, elle n'a jamais reçu de compte rendu de G. Keith Allen et ce dernier a omis de lui fournir des détails quant à sa transaction, malgré les questions qu'elle lui adressait. Par conséquent, G. Keith Allen n'a pas fourni à sa cliente des services juridiques satisfaisants, il a omis de la tenir raisonnablement informée pendant le déroulement de l'affaire et après son dénouement, et il a omis de lui donner un rapport rapide et complet une fois le travail terminé, contrevenant ainsi au chapitre 2 (La compétence) et au chapitre 3 (La qualité des services) du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick;

[2] En mai 2012, les services de G. Keith Allen ont été retenus pour qu'il représente [Serena Wallace] dans la vente de sa propriété. G. Keith Allen a également agi pour le compte de l'acheteur, [Marcel Arsenault], dans la même transaction. G. Keith Allen a omis d'obtenir de la part des deux parties leur consentement écrit à ce qu'il les représente toutes les deux. Lorsque [Serena Wallace] a essayé d'obtenir des renseignements sur le progrès de son dossier et sur le fait qu'elle n'avait pas touché le produit de la vente, G. Keith Allen a omis de les lui fournir à bref délai et a continué d'agir pour le compte de l'acheteur, même lorsqu'il est devenu évident que [Serena Wallace]

remettait en question le bien-fondé de la transaction et de la documentation s'y rapportant. Par conséquent, G. Keith Allen a agi dans une situation de conflit d'intérêts, contrevenant ainsi au chapitre 6 (Conflit d'intérêts entre clients) du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick.

[6] L'essentiel des détails de la première accusation (et non de la preuve attendue) est que l'appelant a omis 1) de fournir à M^{me} Wallace des services juridiques satisfaisants, 2) de la tenir raisonnablement informée, et 3) de lui donner un rapport rapide et complet. Quant à la deuxième accusation, l'essentiel des précisions données dans les plaidoiries est que l'appelant a continué d'agir pour le compte des deux parties à la transaction après qu'il est devenu évident que M^{me} Wallace [TRADUCTION] « remettait en question le bien-fondé de la transaction et de la documentation s'y rapportant ».

[7] Aux termes du par. 56(4) de la *Loi*, l'appelant était tenu de déposer une réponse « [admettant] quelles accusations sont fondées [et expliquant] celles qui ne le sont pas ». Dans sa réponse du 14 août 2015, l'appelant a contesté [TRADUCTION] « les plaintes de [Serena Wallace] exposées dans l'avis de plainte, dans leur totalité ». La réponse n'a pas ensuite « expliqu[é] » les choses conformément au par. 56(4).

[8] L'audience sur les accusations a eu lieu le 17 mai 2016. Le sous-comité a radié de la deuxième accusation l'allégation voulant que l'appelant ait omis d'obtenir le consentement écrit des parties à ce qu'il représente les deux parties à la transaction. Le sous-comité a agi ainsi pour le motif que la preuve présentée par l'appelant établissait [TRADUCTION] « clairement que ce consentement avait été obtenu ». Le sous-comité a également entendu quatre témoins : Serena Wallace, la plaignante, M^e William Craig Kean, qui a témoigné au nom du Barreau en tant qu'expert dans la pratique du droit immobilier résidentiel, Richard Moore, l'agent immobilier et l'appelant.

[9] La décision du sous-comité sur le fond inclut un examen détaillé du témoignage de M^{me} Wallace ainsi que de la preuve documentaire. Je reproduis ci-après les extraits pertinents de cet examen, ajoutant seulement des sous-titres pour diviser le

texte en sujets distincts et faciliter ainsi une bonne compréhension du point de vue de M^{me} Wallace sur les événements entourant la vente de sa maison :

a) Antécédents de M^{me} Wallace

[TRADUCTION]

M^{me} Wallace est âgée de 43 ans, vit à Zealand, au Nouveau-Brunswick, et travaille comme adjointe administrative à Hôpital D^r Everett Chalmers, à Fredericton, au Nouveau-Brunswick.

Après avoir suivi un programme d'études collégiales d'un an pour devenir assistante juridique, elle a travaillé dans le secteur hospitalier de façon intermittente pendant 22 ans. Elle a aussi travaillé au Barreau du Nouveau-Brunswick comme assistante à la Registraire des plaintes de mai 2008 à septembre 2009.

b) Le bien en question au moment de la vente : vacant; ayant besoin de mesures correctives pour supprimer une odeur de mazout; grevé d'une hypothèque de moins de 75 000 \$; évalué à 119 000 \$ aux fins de l'impôt foncier.

[M^{me} Wallace] a fait l'acquisition de la propriété sise au 1433, route 104, Zealand, au Nouveau-Brunswick, en avril 2007, de sa grand-mère, moyennant 50 000 \$, un montant inférieur à la valeur de la propriété à cette date, évaluée à 119 000 \$ aux fins de l'impôt foncier. Même si la propriété était en bon état, elle était un peu démodée. M^{me} Wallace a installé une nouvelle chaudière et de nouveaux planchers, a construit une salle de bain, a effectué des travaux de peinture et de rénovation.

M^{me} Wallace vivait dans la propriété jusqu'à ce qu'elle soit inondée, le 13 décembre 2010. Du mazout a pénétré dans le sous-sol. Elle a dû quitter les lieux pendant la durée du nettoyage.

M^{me} Wallace a reçu une indemnité partielle du Programme d'aide financière en cas de catastrophe du Nouveau-Brunswick, qui lui a permis d'effectuer des travaux de nettoyage. Une odeur de mazout persistait dans la maison. Par conséquent, M^{me} Wallace n'a plus jamais occupé les lieux après l'inondation.

Après avoir fait l'acquisition de la propriété, M^{me} Wallace a contracté un prêt hypothécaire de 68 000 \$ avec la HSBC, mais elle l'a plus tard remboursé et a contracté un autre prêt hypothécaire avec la Banque Scotia, d'un montant de 80 000 \$, afin d'obtenir un meilleur taux d'intérêt. Elle a maintenu son prêt hypothécaire en règle après l'inondation et devait environ 75 000 \$ en 2012.

c) La participation d'un courtier, Madawaska Mortgages : M^{me} Wallace s'attendait à ce que celui-ci achète le bien pour 100 000 \$, paie l'hypothèque, rénove et revende la propriété, après quoi elle recevrait le solde du prix d'achat qui lui était dû.

En 2012, son copain lui a mentionné qu'un de ses amis avait vendu une propriété par l'entremise de Madawaska Mortgages, de Grand-Sault, au Nouveau-Brunswick. Cette entreprise faisait affaire dans le secteur de la revente précipitée de propriétés, c'est-à-dire qu'elle faisait l'achat de propriétés, les rénove et les revendait. Comme elle ne savait pas comment procéder pour remédier à l'odeur de mazout, elle a pensé que cette entreprise pourrait l'aider à vendre plus facilement sa maison. Elle a communiqué avec Brad MacPherson, un agent de leur bureau de Fredericton, en février 2012. M. MacPherson l'a assuré qu'il avait un fichier plein de clients qui cherchaient à acheter des biens immobiliers. Il a pris des dispositions pour que [Marcel] Arsenault et lui-même visitent la propriété, accompagnés de M^{me} Wallace.

Après la visite, il a demandé à M^{me} Wallace à quel prix elle souhaitait vendre la propriété, et elle lui a répondu qu'elle accepterait 100 000 \$. M. MacPherson a accepté, et a aussi accepté d'acheter ses meubles moyennant un coût supplémentaire de 3 000 \$.

M. MacPherson a expliqué qu'il ferait une revente précipitée de la propriété, c'est-à-dire qu'il l'achèterait, la rénoverait et la revendrait. Le prêt hypothécaire existant, consenti par la Banque Scotia, serait pleinement remboursé dès la première vente [à M. Arsenault], et M^{me} Wallace toucherait le solde au moment de la revente, qui se conclurait dans un délai de 30 jours à huit mois de la première vente.

Le 8 mars 2012, M. MacPherson a envoyé un courriel à M^{me} Wallace (pièce n^o 5, p. 42), dont voici le texte :

[TRADUCTION]

Bonjour Serena,

Je vous prie de me faire parvenir une copie de l'état du coût de remboursement du prêt hypothécaire relatif à votre maison située à Zealand. Je ferai de mon mieux pour concrétiser une entente pour vous.

Voici ce que je peux faire rapidement si vous êtes d'accord : selon notre conversation téléphonique...

Nous l'achetons et nous remboursons l'hypothèque de premier rang de 75 000 \$ à partir de nos fonds privés.

Vous arrivez ensuite avec un prêt hypothécaire de deuxième rang, d'un montant de 25 000 \$, 24 heures après la clôture.

J'approuverai par la suite un prêt hypothécaire pour l'un de mes acheteurs (en vue d'une revente précipitée), clôturerai leur prêt hypothécaire et vous verserai une somme supplémentaire de 25 000 \$.

Vous repartirez avec 25 000 \$ et nous nous occuperons de tous les frais. Il me faudra 30 jours pour conclure l'entente au complet, et vous toucherez ensuite 25 000 \$.

Cela vous convient-il?

d) La participation de Richard Moore, l'agent immobilier, et la signature de la première convention d'achat-vente (pour 100 000 \$).

Le 10 avril 2012, ou vers cette date, M^{me} Wallace a rencontré [Richard] Moore [un agent immobilier à qui M. MacPherson l'avait adressée] afin de signer une convention d'achat-vente indiquant M. Arsenault comme acheteur, un prix d'achat de 100 000 \$ et le 15 mai 2012 comme date de clôture. (page 93 de la pièce n^o 5).

- e) **L'ajout ultérieur d'addendas à la convention d'achat-vente pour 100 000 \$: le prix d'achat est porté à 102 000 \$, l'hypothèque en vigueur doit être payée et remplacée par une autre d'un montant non précisé, et l'acheteur doit consentir à M^{me} Wallace une hypothèque de deuxième rang de 24 000 \$ (à payer lors de la revente du bien, qui était attendue dans un délai de deux mois après la clôture).**

Aucun addenda n'était joint au contrat lorsqu'elle l'a signé. M. MacPherson lui a plus tard envoyé les addendas A et B par courriel, afin qu'elle les signe et les lui renvoie, ce qu'elle a fait. L'addenda A est ainsi rédigé (pièce n^o 5, page 40) :

[TRADUCTION]

CONVENTION D'ACHAT-VENTE – ADDENDA A

*PROPRIÉTÉ VISÉE : 1433, ROUTE 104,
ZEALAND, N.-B.*

Par les présentes, la venderesse accorde un financement par le vendeur de 24 000 \$, garanti à titre d'hypothèque accessoire de deuxième rang grevant la propriété visée.

Le prix d'achat est de 102 000 \$; la venderesse recevra 78 000 \$ immédiatement, dès la clôture, moins le montant du financement accordé par la venderesse, indiqué ci-dessus.

L'addenda B ci-joint comprend une liste de tous les meubles, appareils électroménagers et accessoires fixes.

La convention d'achat-vente comprend tout l'habillage des fenêtres de la maison.

La venderesse accepte par les présentes que le financement qu'elle accorde soit versé au complet à la revente de la maison par l'acheteur, sauf si les parties fixent par écrit de nouvelles conditions d'un commun accord.

L'addenda a été signé par M. Arsenault et M^{me} Wallace. Le second addenda énumérait les meubles et les appareils

inclus dans le prix d'achat. Il a aussi été signé par l'acheteur et la venderesse.

M^{me} Wallace dit qu'elle a demandé des renseignements à M. MacPherson au sujet du financement accordé par la venderesse. Elle avait compris qu'elle toucherait le solde de 24 000 \$ au plus tard deux mois après la clôture. Selon M^{me} Wallace, le délai relatif à ce dernier paiement changeait continuellement.

f) Une transaction en évolution, qui finit par inclure de nouveaux éléments douteux : le bien est inscrit par l'agent immobilier pour 139 000 \$, puis pour 149 000 \$, même s'il avait déjà été vendu bien moins cher; une nouvelle convention d'achat-vente (pour 145 000 \$) est signée; M^{me} Wallace est de plus en plus perplexe.

Le 2 mai 2012, M. MacPherson a envoyé le courriel suivant à M. Moore (pièce n^o 5, page 82) :

[TRADUCTION]

Bonjour Rick, veuillez suivre les étapes suivantes... j'aimerais conclure cette vente aussi rapidement que possible.

Veuillez appeler et rencontrer [Serena] demain afin de signer l'inscription à 149 900 \$ [sic] et de remplir la fiche de renseignements sur la propriété...

Veuillez aussi préparer une convention d'achat-vente pour Marcel Arsenault au prix de 142 000 \$.

Vous lui apporterez ensuite l'offre de Marc de 144 000 \$. Rendez-moi la convention d'achat-vente signée aussitôt que possible (si vous me l'envoyez par courriel ce soir, Marcel Arsenault la signera demain matin).

Je souhaite conclure cette vente au plus tard le 15 mai 2010 (sic), sous réserve seulement de l'obtention du financement de la banque, de la signature du formulaire de divulgation immobilière par la venderesse et de la souscription d'une

assurance habitation par l'acheteur, le tout dans un délai de 10 jours.

L'addenda A doit indiquer ce qui suit :

La venderesse accepte de contracter une hypothèque de deuxième rang de 25 000 \$ et recevra 78 000 \$ immédiatement, dès la clôture.

L'acheteur accepte de payer les honoraires d'avocat et les frais de clôture.

*Je souhaite conclure cette vente rapidement.
Keith Allen s'occupera de la clôture de la vente.*

Brad

Une copie de ce courriel a été adressée à M^{me} Wallace. Elle a tenté de communiquer avec M. MacPherson, mais sans y parvenir. Elle pensait qu'elle vendait sa maison au prix de 100 000 \$, mais M. MacPherson lui a dit qu'il avait besoin d'obtenir un financement supplémentaire pour réaliser les améliorations. On a ensuite dit à M^{me} Wallace qu'elle devait rencontrer M. Moore, un agent immobilier à Referral Real Estate Services Inc. à Fredericton, afin de mettre la propriété en vente, même si une convention d'achat-vente avait déjà été signée. M. MacPherson lui a dit que tout cela faisait partie du processus, et elle lui a fait confiance. M^{me} Wallace a signé l'inscription datée du 3 mai 2012 et affichant un prix de 139 000 \$ (pièce n° 5, page 82). Une autre convention d'inscription (pièce n° 5, page 86), aussi datée du 3 mai 2012 et affichant un prix de 149 000 \$, a plus tard été signée.

On a ensuite montré une autre convention d'achat-vente à M^{me} Wallace (pièce n° 5, page 33), celle-ci affichant un prix de 145 000 \$ et datée du 9 mai 2012. Elle a plus tard reconnu sa signature à la page 5 du document, mais a déclaré que les initiales inscrites sur la première page (où le prix d'achat est indiqué) n'étaient pas les siennes. Elle a témoigné qu'elle n'avait jamais vu cette première page avant la clôture, mais seulement beaucoup plus tard, lorsqu'elle a porté plainte, et qu'elle n'a jamais accepté de vendre sa maison pour 145 000 \$. Elle ne sait pas pourquoi on lui a demandé de signer une seconde convention d'achat-vente. Elle a de plus affirmé que le nom de l'avocat

représentant les parties n'était pas indiqué sur le formulaire lorsqu'elle l'a signé, et qu'elle ne connaissait pas M^e Allen à l'époque.

Le déroulement de la vente n'était toujours pas clair pour M^{me} Wallace. Le 29 mai 2012, elle a envoyé le courriel suivant à M. MacPherson (pièce n^o 5, page 43) :

[TRADUCTION]

Brad, conformément à notre conversation d'hier, pourriez-vous tout simplement écrire en détail ce qui se passe (pour protéger mes arrières)? Particulièrement en ce qui concerne le paiement intégral de l'hypothèque, le paiement ultérieur du solde, le fait qu'il y aura des personnes dans la maison pendant un mois et que l'électricité sera à leur nom, etc.

En outre, nous devons discuter d'assurance.

Merci! Serena

Quelques minutes plus tard, M. MacPherson lui a envoyé la réponse suivante (pièce n^o 5, page 43) :

[TRADUCTION]

La clôture de cette transaction au complet aura lieu soit vendredi ou mardi, et après celle-ci, vous n'aurez aucune inquiétude; il s'agit d'une vente.

Je ne comprends pas votre question?

Le jour de la clôture, vous recevrez 78 000 \$ et vous avez accepté de contracter une hypothèque de deuxième rang sur la propriété, pour une somme de 25 000 \$, jusqu'à ce que nous terminions les rénovations et revendions la maison, comme nous en avons discuté.

Le jour de la clôture, nous sommes responsables, en tant que propriétaires, de tout ce qui a trait à la maison (assurance, électricité, impôts fonciers, etc.). Vous êtes libre et quitte de toute responsabilité.

- g) La participation de l'appelant : un consentement écrit lui permettant de représenter les deux parties est signé; M^{me} Wallace signe une lettre d'instructions visant à charger l'appelant de payer à Madawaska Mortgages des frais de courtage de 59 807,50 \$ (présûmés provenir du produit de la première hypothèque); l'acheteur devait signer une hypothèque de deuxième rang en faveur de M^{me} Wallace; celle-ci continue d'être perplexe au sujet des conditions de la transaction.**

La première communication de [M^{me} Wallace] avec M^e Allen a eu lieu le 5 juin 2012. Elle avait reçu un appel quelques jours auparavant afin de fixer le rendez-vous. La rencontre a eu lieu plus tard en après-midi, après qu'elle eut fini de travailler à 16 h, et a duré environ 20 minutes. Une secrétaire l'a amenée à une salle de conférence et l'y a laissée afin qu'elle puisse examiner les documents.

Elle a rencontré M^e Allen, qui lui a demandé si elle avait examiné les documents et si elle avait des questions. Elle a ensuite signé le consentement écrit prescrit, acceptant que M^e Allen représente les deux parties.

Elle a témoigné qu'elle avait aussi signé une « lettre d'instructions », malgré le fait que celle-ci était datée du 6 juin 2012. Elle déclare ne s'être présentée au bureau de M^e Allen qu'une seule fois, et que la date manuscrite sur ce document ne correspond pas à son écriture. Voici le texte de ce document (pièce n^o 6, page 11) :

[TRADUCTION]

*LETTRE D'INSTRUCTIONS
CONVENTION RELATIVE À LA LETTRE D'INSTRUCTIONS DE
L'AVOCAT DE LA VENDERESSE*

*Client : SERENA WALLACE
ADRESSE ACTUELLE : (adresse)*

*DU COURTIER : Madawaska Mortgages
ADRESSE : 191, chemin Caswell
Grand-Sault, Nouveau-Brunswick
E3Z 1A6*

*En contrepartie de la négociation d'un prêt ou
d'une hypothèque du montant requis pour que*

l'acheteur achète et améliore la propriété située au 1433, route 104, à Zealand, au Nouveau-Brunswick, aux termes d'un état du solde hypothécaire ou de tout autre prêt que nous jugeons acceptable, nous, soussignés, convenons de vous verser des frais de courtage de 59 807,50 \$ (cinquante-neuf mille huit cent sept dollars et cinquante cents)

Par les présentes, nous donnons pour instructions à l'avocat chargé de l'opération de prélever ces frais de courtage

sur le produit du prêt hypothécaire/de la clôture, et de remettre la somme à Madawaska Mortgages dès la clôture.

Dans le cas où nous déciderions de ne pas accepter l'emprunt hypothécaire susmentionné, Madawaska Mortgages conservera l'intégralité de ses frais de courtage, que nous reconnaissons être une évaluation anticipée des dommages-intérêts et non une pénalité de quelque nature que ce soit.

Fait à Fredericton, le 6 juin 2011 (sic).

Signature de la requérante : (SERENA WALLACE)

Nom en lettres moulées : SERENA WALLACE

M^{me} Wallace a aussi signé un certificat de TVH, une garantie relative à la MIUF et un transfert, tous datés du 5 juin 2012.

M^{me} Wallace a témoigné qu'elle avait posé des questions à M^e Allen au sujet de la lettre d'instructions et des frais de courtage élevés, étant donné que c'était la première fois qu'elle entendait parler du montant de ceux-ci. Elle dit que M^e Allen a répondu par un haussement d'épaules en lui disant qu'il s'agissait d'une entente entre elle et M. MacPherson. Elle lui a demandé si les documents indiquaient qu'elle toucherait la somme de 24 000 \$ qui lui revenait. Selon elle, il aurait dans un premier temps haussé les épaules de nouveau sans lui répondre, et lui aurait par la suite dit qu'il vérifierait auprès de l'acheteur et de M. MacPherson.

M^{me} Wallace dit lui avoir posé des questions sur l'hypothèque de deuxième rang, et M^e Allen lui a répondu qu'il assurerait un suivi à ce sujet. Il lui paraissait pressé d'obtenir sa signature et de la voir partir. Elle se sentait mal à l'aise. Elle ne se souvient pas d'avoir discuté autre chose, et a dit que ni la convention d'achat-vente de 145 000 \$ ni les chiffres (prix d'achat, rajustement, remboursement, etc.) n'ont été examinés.

Elle n'a pas été informée des sommes d'argent que M^e Allen recevrait à partir du financement de l'hypothèque de premier rang. Elle savait qu'il y avait un acheteur, et que des rénovations étaient nécessaires, mais aucune discussion n'a eu lieu concernant les sommes qui devaient être dépensées pour réaliser ces améliorations. Elle croyait qu'une hypothèque de deuxième rang constituait une garantie de paiement. Il n'y a eu aucune discussion sur les modalités de l'hypothèque de deuxième rang.

L'avocat du Barreau lui a par la suite montré la page 10 de la pièce n^o 6, dont voici le texte :

[TRADUCTION]

Fonds devant être versés à S. Wallace

Majoration prévue dans la lettre d'instructions

à 103 000 \$

Crédit d'impôt pour M^{me} Wallace

469,59 \$

À créditer,

conformément au billet 25 000,00 \$

À verser à la Banque Scotia

pour l'hypothèque 72 661,93 \$

Fonds à verser

à S. Wallace 5 807,66 \$

103 469,[5]9 \$ 103 469,59 \$

M^{me} Wallace nie avoir vu ce document lorsqu'elle a rencontré M^e Allen. Elle nie aussi avoir vu d'autres

documents indiquant des chiffres relatifs à la transaction et au financement de l'hypothèque de premier rang.

M^{me} Wallace a témoigné qu'elle n'avait eu aucune communication avec M^c Allen avant la clôture (qui devait avoir lieu le 8 juin 2012). Elle se fiait à M^c Allen pour qu'il représente ses intérêts dans la transaction.

h) La clôture et les principaux événements qui y font immédiatement suite. Lors de la clôture, une première hypothèque est accordée à la Banque Nationale; son montant excède de plus de 40 000 \$ le prix d'achat réel; M^{me} Wallace reçoit une somme de 5 807,66 \$ ainsi qu'un billet au lieu de l'hypothèque de deuxième rang convenue; l'agent immobilier reçoit une commission de 8 192,50 \$ même si le bien a été vendu avant qu'il s'en occupe; Madawaska Mortgages reçoit des frais de courtage de 59 807,50 \$ (dont les honoraires juridiques de l'appelant sont déduits), sans aucun engagement exécutoire portant qu'une partie de ces honoraires sera appliquée aux améliorations à apporter dans la maison. Après la clôture, la confusion, la colère et l'insatisfaction de M^{me} Wallace montent en flèche; elle demande des éclaircissements à M. MacPherson et à l'appelant.

Environ une semaine après la clôture, [M^{me} Wallace] a téléphoné à la Banque Scotia pour vérifier si son prêt hypothécaire avait été remboursé. On lui a dit qu'il y avait eu un paiement en trop et que l'excédent avait été rendu à M^c Allen.

Elle a ensuite communiqué avec le bureau de M^c Allen afin d'obtenir cet excédent. On lui a dit qu'elle devrait se rendre au bureau pour prendre son chèque. Elle s'y est rendue et on lui a remis un chèque de 800 à 900 \$. Elle a demandé des copies de ses documents. On lui a dit qu'ils étaient dans le bureau de M^c Allen, et que celui-ci était alors occupé avec un client. Elle a demandé qu'on lui fasse parvenir les documents. Au contre-interrogatoire, on lui a dit que le chèque lui avait été remis par M. Moore, que le paiement en trop n'était que d'environ 300 \$ et qu'elle avait touché un chèque de 5 807,66 \$. Elle a admis qu'elle avait effectivement reçu ce montant, mais qu'elle ne se souvenait pas que c'était M. Moore qui lui avait donné le chèque.

En juillet 2012, M^{me} Wallace a tenté de communiquer avec M. MacPherson au sujet de son argent. Elle a parlé à Daniel Paradis, le superviseur de M. MacPherson et propriétaire de Madawaska Mortgages. Elle a appris que M. MacPherson était dans un centre de désintoxication pour des problèmes de dépendance à la cocaïne. On lui a dit qu'on accorderait à son dossier la priorité absolue.

M^{me} Wallace a téléphoné au bureau de M^c Allen de huit à dix fois, jusqu'à ce qu'elle exige, en septembre 2012, que ses documents lui soient remis au plus tard le vendredi suivant. Elle n'avait toujours pas reçu la somme de 24 000 \$ qui lui était due, ce qui commençait à la rendre nerveuse.

Le vendredi suivant, elle s'est présentée au bureau de M^c Allen et a reçu une petite enveloppe contenant cinq pages, y compris les documents suivants :

- a. La lettre d'instructions mentionnée précédemment. (pièce n^o 6, page 11)
- b. Le document identifié comme la pièce n^o 6, page 10, mentionné précédemment.
- c. Une page (pièce n^o 6, page 12), indiquant les chiffres suivants :

145 000 \$, montant du prêt
- 8 192,50 \$, honoraires immobiliers
= 136 807,50 \$
- 102 000 \$ somme versée à [Serena]
= 34 807,50 \$
+ 25 000 \$, financement accordé par la venderesse
(HYPOTHÈQUE DE DEUXIÈME RANG)
[Serena]
= 59 807,50 \$, moins les sommes facturées par
les avocats des deux parties.

- d. Un billet (pièce n^o 6, page 26), indiquant ce qui suit :

[TRADUCTION]

BILLET

MONTANT : 25 000,00 \$
DATE : le 8 juin 2012
ÉCHÉANCE : le 8 juin 2013

POUR VALEUR REÇUE, Joseph Marcel Arsenault (l'« emprunteur ») promet de payer à l'ordre de Serena Dawn Wallace pour le 1433, route 104 à Zealand, au Nouveau-Brunswick, un capital de vingt-cinq mille dollars (25 000 \$) sans intérêts, exigible à la date d'échéance ou dès la vente de la propriété visée.

En cas de défaut de paiement d'un versement prévu aux présentes, tous les autres versements deviennent immédiatement exigibles.

Le soussigné renonce à la présentation pour paiement, au protêt et à l'avis de refus du présent billet.

*Emprunteur :
Joseph Marcel Arsenault*

M^{me} Wallace a dit qu'elle était stupéfaite. Il n'avait jamais été question d'un billet. Le terme d'un an n'avait jamais été discuté. La ventilation des chiffres n'avait aucun sens pour elle. Aucun des documents qu'elle avait signés n'y était. Aucun document relatif à l'hypothèque n'y était.

Elle a posé des questions à ce sujet au personnel de M^e Allen. On lui a répondu qu'on s'informerait et qu'on communiquerait de nouveau avec elle.

Elle a téléphoné à M^e Allen quelques semaines plus tard, s'est enquis du billet et lui a demandé pourquoi elle n'avait toujours pas reçu son argent. M^e Allen lui a dit que M. MacPherson et M. Moore allaient venir à son bureau, et qu'il essaierait de leur parler. Elle n'a reçu aucune réponse.

M^{me} Wallace n'a jamais obtenu de rapport relativement à son dossier. En février 2013, elle a rencontré M. Paradis et M. MacPherson et on lui a dit que M. Arsenault signerait l'hypothèque de deuxième rang et qu'elle recevrait son argent sous peu.

i) M^{me} Wallace obtient enfin l'hypothèque de deuxième rang promise, mais celle-ci s'avère être

une sûreté sans valeur : l'acheteur est en défaut de paiement de la première hypothèque et fait faillite; le créancier hypothécaire de premier rang exerce son pouvoir de vente, mais récupère un montant inférieur à celui qui lui est dû aux termes de son hypothèque; M^{me} Wallace poursuit l'appelant et d'autres parties, et réussit à obtenir un montant net d'à peine 10 000 \$.

Un peu plus tard, [M^{me} Wallace] a téléphoné au bureau de M^c Allen. Il a confirmé que l'hypothèque de deuxième rang avait été contractée. Il n'y a eu aucune discussion au sujet des modalités de l'hypothèque. Elle se sentait mieux, un peu rassurée.

On ne lui a jamais expliqué ce qu'était une hypothèque de deuxième rang ni le montant de l'hypothèque de premier rang; elle s'en est donc enquis elle-même. Elle a communiqué avec le créancier hypothécaire de premier rang, et le directeur lui a expliqué que son prêt hypothécaire ne constituait pas une garantie de paiement.

En fin de compte, M. Arsenault a fait faillite. Le créancier hypothécaire de premier rang a effectué une vente hypothécaire et la propriété a été vendue à un prix bien en deçà du solde dû sur l'hypothèque de premier rang. M^{me} Wallace n'a pas reçu la somme de 24 000 \$ qui lui revenait.

Elle a intenté une poursuite civile contre M^c Allen, M. MacPherson, Madawaska Mortgages, Richard Moore, Marcel Arsenault et McInnis Cooper. Elle a ultimement reçu la somme de 10 000 \$, déduction faite des honoraires de son avocat. Il lui aura fallu en tout cinq ans pour recouvrer cette somme. [par. 7 à 48]

[10] Le sous-comité a été convaincu que M^{me} Wallace avait témoigné honnêtement et au meilleur de ses connaissances. Toutefois, il a conclu que son souvenir de certains événements n'était pas fiable.

[11] Voici les éléments clés du témoignage d'expert de M^c Kean :

[TRADUCTION]

M. Kean a témoigné que la clôture de la transaction a probablement eu lieu le 8 juin 2012, puisqu'il s'agit de la date inscrite sur les chèques et qu'une lettre adressée à la banque indique que la clôture était reportée au 8 juin 2012.

Il n'a pu trouver aucun document en ce qui concerne la communication à M^{me} Wallace du montant de l'hypothèque de premier rang. À son avis, l'avocat qui représente les deux parties dans une transaction où il y a un financement accordé par le vendeur doit fournir ces renseignements au vendeur et veiller à ce que la sûreté soit consentie et enregistrée.

Il est d'avis qu'un avocat qui reçoit une convention d'achat-vente doit l'examiner avec son client. Il doit obtenir la liquidation de l'hypothèque, préparer un état des rajustements et examiner celui-ci avec le client. Cet état doit indiquer le prix d'achat, le montant du dépôt qui a été versé, et le rajustement en fonction notamment des taxes et du combustible. S'il y a un financement accordé par le vendeur, ce document doit également le préciser.

Les documents de clôture doivent être préparés et examinés avec le client. L'avocat doit envoyer un rapport définitif au client, y compris une copie des documents de clôture et un rapport relatif aux fonds de fiducie. La provenance et l'affectation des fonds doivent être clairement indiquées. Idéalement, le rapport définitif est terminé pendant le mois suivant la clôture, mais peut être retardé en raison du temps parfois requis pour la réception des mainlevées des hypothèques précédentes.

M. Kean a témoigné qu'il n'a pas pu trouver de comptes rendus dans le dossier de M^e Allen. Lorsqu'on lui a montré le document trouvé à la page 10 de la pièce n^o 6, reproduit ci-dessus, il a dit que cela ressemblait à un état des rajustements, mais qu'il n'en était pas certain. Le document faisait mention d'une lettre d'instructions selon laquelle les fonds payables à M^{me} Wallace devaient être majorés à 103 000 \$, mais cette lettre est introuvable.

M. Kean a donné plus de détails sur l'entente de financement accordé par le vendeur. Puisque les documents ne mentionnaient rien au sujet des modalités du financement accordé par la venderesse, il était d'avis que

l'avocat devait essayer de les déterminer, afin de répondre aux questions suivantes : à quelle date le paiement du montant est-il exigible? Doit-il être payé en versements? Si oui, quels sont le montant et la fréquence des versements? Le montant exigible est-il assorti d'intérêts? Il n'a pas pu trouver de document portant que ces questions avaient été examinées avec M^{me} Wallace.

M. Kean a ajouté que l'avocat qui s'occupe d'une affaire où il est question d'un financement accordé par le vendeur doit expliquer à son client les effets juridiques de la situation dans laquelle il est sur le point de s'engager. Il doit lui expliquer la différence entre une hypothèque de premier et de deuxième rang, la différence entre une hypothèque et un billet, ainsi que les risques courus, et ce, même si la convention d'achat-vente a déjà été signée. Encore une fois, il n'a pu trouver aucun élément de preuve documentaire indiquant que cela a été fait. Il a témoigné qu'un avocat aurait dû s'enquérir à la fois auprès de la venderesse et de l'acheteur au sujet du droit de courtage extraordinaire de 59 807,50 \$. Aucun élément de preuve documentaire n'a été trouvé dans le dossier qui indique que cela a été fait.

Il ne pouvait pas expliquer pourquoi on a préparé un billet au lieu de l'hypothèque de deuxième rang mentionnée dans les documents. L'hypothèque était peut-être censée être accessoire au billet, mais elle n'a été préparée que plusieurs mois plus tard. Cette période de neuf mois qui s'est écoulée entre la date de clôture et la signature de l'hypothèque de deuxième rang lui semblait très inhabituelle et aurait dû être évitée. Il existe un risque qu'une autre charge grève la propriété avant l'enregistrement de l'hypothèque de deuxième rang. L'intervalle de trois mois entre la date de la signature et celle de l'enregistrement est aussi très inhabituel. [par. 54 à 61]

[12] Voici le compte rendu du sous-comité au sujet du témoignage de
M. Moore :

[TRADUCTION]

M. Moore a indiqué être un courtier en immobilier pour Referral Real Estate Services Inc.

Il est intervenu pour la première fois dans cette affaire lorsque M. MacPherson a communiqué avec lui, au début avril 2012, pour lui dire qu'il avait un vendeur et un acheteur, et avait besoin de mettre une propriété en vente. M. MacPherson lui a présenté les deux parties.

M. Moore savait que M. MacPherson était courtier hypothécaire à Madawaska Mortgages. Il est allé rencontrer M^{me} Wallace à son travail pour lui faire signer la convention d'inscription (pièce n° 5, page 93). Il a déclaré qu'il ne savait pas qu'une convention d'achat-vente avait déjà été signée à l'époque.

Il n'a vu la convention d'achat-vente indiquant un prix de 100 000 \$ qu'environ deux ans plus tard, lorsque M^{me} Wallace a déposé une plainte contre lui auprès de l'Association des agents immobiliers du Nouveau-Brunswick.

Il a préparé l'entente indiquant un prix de 145 000 \$ (pièce n° 5, page 33). Aucun addenda n'y était joint (à l'exception de la convention de mandat double). Il a dit qu'en temps normal, un tel addenda serait mentionné à l'article 10 de la convention. Au contre-interrogatoire, il a admis que le document initial indiquait un prix de 144 000 \$, qu'il l'a changé à 145 000 \$ et qu'il a inscrit les initiales de M^{me} Wallace [TRADUCTION] « à sa demande ». Lorsqu'on lui a demandé si agir ainsi est contraire aux règles de sa profession, il a répondu : [TRADUCTION] « C'est ce que c'est ».

Il a confirmé avoir fait signer à M^{me} Wallace une première convention d'inscription au prix de 139 000 \$, et une seconde à 149 000 \$, pour [TRADUCTION] « établir la valeur ».

Il a visité la propriété après sa mise en vente.

Il a témoigné avoir rencontré M^{me} Wallace le 6 juin 2012 pour qu'elle examine et signe la lettre d'instructions (pièce n° 6, page 11). Le mot « Fredericton » a été inscrit de sa main. Il dit aussi avoir examiné avec M^{me} Wallace les chiffres que l'on trouve à la page 12 de la même pièce. Il a par la suite envoyé (séparément) ces deux documents par courriel à M^e Allen. (pièces n^{os} 9 et 10).

Le 8 juin 2012, il a reçu un appel du cabinet de M^e Allen, selon lequel son chèque de commission de 8 192,50 \$ était prêt, et il est allé le chercher. Il y avait une lettre sur laquelle le nom de M^{me} Wallace était inscrit, il a donc appelé M^{me} Wallace pour lui demander s'il pouvait aller la lui apporter. Elle a accepté, et l'a remercié pour son travail.

Au contre-interrogatoire, on lui a demandé pourquoi les parties lui versaient une commission de 8 192,50 \$ puisque l'entente avait déjà été conclue avant de mettre la propriété en vente. Il a répondu qu'il devait verser une commission d'aiguillage à M. MacPherson d'environ 5 000 \$ et qu'il n'a donc touché qu'à peu près 3 000 \$ nets. Il a d'abord mis la propriété à vendre pour 139 000 \$, puis a modifié la convention pour qu'elle indique un prix de 149 000 \$, conformément aux instructions de M. MacPherson. Il a témoigné que le prix indiqué sur l'inscription a été majoré à 149 000 \$ afin de donner de la crédibilité à l'évaluation et de faciliter le financement.

M. Moore a témoigné qu'il n'a rien fait de mal. M^{me} Wallace a perdu de l'argent et a porté plainte contre lui auprès de plusieurs autorités. [par. 63 à 73]

[C'est moi qui souligne.]

[13] Le sous-comité a conclu que le témoignage de l'appelant était crédible et fiable, et il a préféré son témoignage lorsqu'il allait à l'encontre de celui de M^{me} Wallace. Le sous-comité a interprété le témoignage de l'appelant de la façon suivante :

[TRADUCTION]

M^e Allen ne connaissait pas M^{me} Wallace avant d'ouvrir le dossier en 2012. Il a commencé à occuper en l'espèce lorsqu'il a reçu la convention d'achat-vente de M. Moore le 24 mai 2012 (pièce n^o 5, page 33). Les addendas n'étaient pas inclus. Il a seulement appris leur existence le 6 juin 2012.

Il a mené la recherche de conflit d'intérêts habituelle et a ouvert le dossier le 28 mai 2012. Il a par la suite obtenu les renseignements de Services Nouveau-Brunswick, a imprimé une copie des hypothèques existantes et a obtenu un certificat de propriété enregistrée. Il n'avait toujours pas communiqué avec M^{me} Wallace à ce moment-là.

Puisqu'il représentait à la fois la venderesse et l'acheteur, il a préparé pour l'acheteur les documents relatifs au financement et a demandé les états du coût de remboursement. Deux hypothèques étaient inscrites sur le certificat de propriété enregistrée. Il a communiqué avec l'avocat qui s'était occupé de la deuxième hypothèque afin d'obtenir la mainlevée de la première.

Il a demandé les fonds, préparé les documents de la venderesse, vérifié les taxes, demandé et obtenu l'assurance titre, etc.

Une lettre de coreprésentation a été préparée et signée.

M^e Allen a rencontré M^{me} Wallace pour la première fois (et la seule fois avant la clôture) le 5 juin 2012. Cette rencontre a été organisée par l'entremise de ses assistantes. L'une d'entre elles a amené M^{me} Wallace à la salle de conférence et l'y a laissée afin qu'elle puisse examiner les documents, sans que M^e Allen soit présent. M^e Allen a ensuite rejoint M^{me} Wallace et lui a demandé si elle avait des questions ou des préoccupations. Les documents ont ensuite été signés. Il ne se souvient pas que M^{me} Wallace avait des questions.

Il a expliqué que M^{me} Wallace a tort lorsqu'elle dit qu'elle avait des questions au sujet de la lettre d'instructions ou des chiffres figurant à la page 12, puisqu'il n'a reçu ces documents que le jour suivant.

Pour cette même raison, il nie donc que la lettre d'instructions a été signée devant lui durant la rencontre du 5 juin 2012.

Le 5 juin 2012, il était donc seulement au courant d'une convention d'achat-vente affichant un prix de 145 000 \$. Il n'avait toujours pas connaissance de l'existence d'un financement accordé par la venderesse, ou d'une quelconque hypothèque de deuxième rang. Il ne se souvient pas qu'on ait discuté à l'époque de la question du paiement de 25 000 \$. Il pensait toujours qu'elle recevrait la somme de 145 000 \$ à la clôture.

Il n'a pas examiné la convention d'achat-vente avec M^{me} Wallace. Il ne pouvait pas négocier la convention. Elle avait déjà été signée et liait les parties.

La transaction a été conclue le 8 juin 2012. M^{me} Wallace n'a pas communiqué avec lui du 5 au 8 juin. À la conclusion de la vente, il a remboursé le solde dû sur le prêt hypothécaire existant, et il y avait un trop payé de 390 \$ puisque M^{me} Wallace avait fait un versement après la délivrance de l'état du coût de remboursement. Ce montant ainsi que le reste des fonds reçus à la clôture ont été remis à M^{me} Wallace.

C'est seulement plus tard que M^{me} Wallace a communiqué avec lui au sujet du fait qu'elle n'avait pas reçu les 25 000 \$ qui lui revenaient. Il n'a pas participé aux négociations relatives au financement accordé par la venderesse.

Il admet qu'il n'a pas fait signer et enregistrer d'hypothèque de deuxième rang sur-le-champ. Il a plutôt préparé un billet, payable un an plus tard et ne portant pas d'intérêts, en pensant que la revente aurait lieu immédiatement. Il assume la responsabilité de cette erreur. Une fois l'hypothèque de deuxième rang finalement signée, plusieurs mois se sont écoulés avant que celle-ci ne soit enregistrée. M^e Allen n'a pas pu expliquer ce retard et la raison pour laquelle il ne possède aucune copie papier de cette hypothèque dans son dossier.

Entre l'enregistrement de l'hypothèque de premier rang et celle de deuxième rang, aucun autre grèvement n'a été enregistré et la propriété n'a pas été vendue.

Il admet qu'il n'y avait aucun état des rajustements officiel et qu'il n'a pas discuté les chiffres avec M^{me} Wallace, et ce, même après avoir reçu les documents de M. Moore, le 6 juin. [TRADUCTION] « C'était leur entente – il n'y avait aucune obligation de conseiller le client ». Encore une fois, M^e Allen a confirmé qu'aucune discussion n'a eu lieu avec M^{me} Wallace au sujet de l'hypothèque de deuxième rang, d'une sûreté concernant cette hypothèque ou de modifications quant aux addendas des pages 40 et 41 de la pièce n^o 5.

Il admet qu'il n'a pas fait parvenir de compte rendu à M^{me} Wallace.

Il ne pouvait pas expliquer pourquoi le document à la page 10 de la pièce n^o 6 mentionnait un prix de vente de

103 000 \$, alors que le calcul qui lui avait été envoyé par M. Moore (page 12) indiquait un montant de 102 000 \$. Il a dit qu'il y avait peut-être une lettre d'instructions corrigée qu'il n'avait pas imprimée.

Le prix est passé de 145 000 \$ à 102 000 \$ et à 103 000 \$, mais M^e Allen a indiqué qu'il n'avait jamais communiqué avec M^{me} Wallace pour lui demander si ce prix était exact.

Le document qui se trouve à la page 12 porte la mention suivante : [TRADUCTION] « + 25 000 \$, financement accordé par la venderesse (hypothèque de deuxième rang) ». Les addendas, également reçus par M^e Allen le 6 juin, mentionnent ce qui suit : [TRADUCTION] « [l]a venderesse accorde par les présentes un financement par le vendeur de 24 000 \$, garanti à titre d'hypothèque accessoire de deuxième rang grevant la propriété visée ». Il n'y avait aucune mention de conditions précises assortissant ce financement secondaire. Il n'a pas posé de questions à M^{me} Wallace au sujet de ces conditions avant la clôture.

Il n'a pas informé M^{me} Wallace que l'hypothèque de premier rang avait priorité sur sa garantie.

Il a présumé que M^{me} Wallace était au courant des risques que comportait la transaction étant donné qu'il ne s'agissait pas de sa première hypothèque et a jugé qu'elle comprenait ce que signifiait une hypothèque de deuxième rang et les conséquences de celle-ci en ce qui a trait à une hypothèque de premier rang. Il admet ne pas avoir discuté ceci avec M^{me} Wallace, mais déclare qu'elle devait le savoir puisqu'elle avait signé les addendas.

M^e Allen a déclaré que M. Moore lui avait dit qu'il avait discuté du droit de courtage de 59 807,50 \$ (pièce n^o 6, page 11) avec M^{me} Wallace. M^e Allen a accepté cette déclaration de bonne foi, sans poser de questions et sans éprouver d'inquiétudes. [par. 81 à 102]

[C'est moi qui souligne.]

[14]

Aucun représentant de Madawaska Mortgages n'a témoigné.

[15] Le sous-comité a été d'avis que le Barreau avait la charge de prouver, par prépondérance des probabilités, la première accusation, celle de violation du chapitre 2 (« La compétence ») et du chapitre 3 (« La qualité des services »). Comme je l'ai mentionné, le sous-comité a conclu que l'appelant avait témoigné de façon honnête et fiable. Néanmoins, compte tenu de ses aveux au cours de son témoignage, du dossier documentaire plutôt volumineux et de l'opinion d'expert de M^e Kean, le sous-comité a conclu que le Barreau s'était acquitté du fardeau de la preuve :

[TRADUCTION]

Le premier chef d'accusation reproche une contravention aux chapitres 2 (La compétence) et 3 (La qualité des services) du *Code de déontologie professionnelle*.

La règle générale énoncée au chapitre 2 (La compétence) du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick est libellée ainsi : « *L'avocat s'acquitte avec compétence de tous les services juridiques qu'il entreprend pour le compte du client* ». [...]

Le chapitre 3 traite de la qualité des services. La règle générale suivante y est énoncée : « *L'avocat fournit au client des services d'une qualité au moins équivalente à celle que des avocats eux-mêmes attendraient, en général, d'un confrère compétent se trouvant placé dans la même situation* ».

[...]

Le sous-comité conclut que M^e Allen possède toutes les connaissances et l'expertise nécessaires pour entreprendre une transaction immobilière. M^e Allen a cependant admis qu'il n'avait pas préparé un état des rajustements approprié, qu'il n'avait pas examiné les chiffres avec M^{me} Wallace et qu'il n'avait pas remis de compte rendu acceptable à sa cliente.

Le sous-comité conclut que le fait que M^{me} Wallace n'a pas reçu, pour reprendre les termes employés dans l'accusation, le « produit de la vente de la propriété » ne constitue pas une violation des règles de déontologie professionnelle. Même si elle avait été informée adéquatement, il se peut

qu'elle ait tout de même agi comme elle l'a fait et perdu de l'argent.

La preuve montre clairement que M^c Allen a omis d'obtenir et d'enregistrer une hypothèque de deuxième rang en temps voulu. Toutefois, après avoir examiné attentivement les accusations formulées contre M^c Allen, le sous-comité est d'avis que cet élément ne fait pas partie de l'une ou l'autre des accusations. Le sous-comité ne peut se prononcer sur une conduite précise qui ne fait pas partie des accusations. Voir *Nicholson c. New Brunswick Institute of Chartered Accountants* (1993), 137 R.N.-B. (2^e) 222 (C.B.R.), confirmée par 147 R.N.-B. (2^e) 158 (C.A.), et *Barreau du Nouveau-Brunswick c. O'Toole*, le 21 février 2016.

Le sous-comité accueille la preuve de M. Kean selon laquelle un état des rajustements doit être préparé et examiné avec le client, de même que des documents indiquant la provenance et la distribution des fonds. Le sous-comité conclut en effet que M^{me} Wallace n'a pas reçu de rapports convenables et qu'elle n'a pas été tenue raisonnablement informée pendant le déroulement de l'affaire et après son dénouement. Il conclut aussi que M^c Allen a omis de fournir des détails à sa cliente quant à sa transaction, malgré les questions qu'elle lui posait.

Le sous-comité conclut que M^c Allen a enfreint ces chapitres, en particulier le chapitre 3 (La qualité des services), et qu'il est par conséquent coupable de la conduite répréhensible reprochée dans ce chef d'accusation. [par. 127, 128, 130 et 132 à 136]

[16] Comme je l'ai indiqué, l'appelant ne conteste pas la conclusion du sous-comité selon laquelle les éléments essentiels de la première accusation ont été prouvés, à savoir : 1) son défaut de préparer un état des rajustements convenable pour M^{me} Wallace; 2) son défaut d'examiner les montants avec elle ou de la tenir au courant par ailleurs; 3) son défaut de lui envoyer une lettre de compte rendu acceptable.

[17] Toutefois, l'appelant souligne que le sous-comité a conclu qu'il n'avait pas reçu la « lettre d'instructions » avant le 6 juin et n'avait donc pas pu omettre de l'expliquer à M^{me} Wallace le 5 juin, comme elle le prétendait. L'appelant soutient que le

sous-comité a tiré [TRADUCTION] « des conclusions très étroites » de conduite de qualité inférieure, et qu'il a tiré ces conclusions à partir des aveux qu'il avait faits dans son témoignage. Selon ses observations, le sous-comité n'a pas tenu compte du fait que certaines allégations incluses dans les accusations n'étaient pas prouvées lorsqu'il a libellé son ordonnance de dépens.

[18] Le Barreau n'est pas d'accord; il souligne que l'essentiel des précisions données dans les plaidoiries a été prouvé, que l'appelant n'a fait ces aveux qu'au cours de son témoignage à l'audience et qu'il n'a ni admis avoir fait preuve d'une conduite répréhensible ni présenté des excuses à la plaignante ou au Barreau pour cette conduite. À mon avis, l'argument du Barreau est bien fondé.

[19] Comme je l'ai mentionné, le par. 56(4) de la *Loi* obligeait l'appelant à déposer une réponse à l'avis de plainte dans laquelle il était tenu d'« indique[r] quelles accusations sont fondées [et d']explique[r] celles qui ne le sont pas ». L'avis de plainte lui-même a signalé cette obligation à l'appelant. Toutefois, dans sa réponse, l'appelant n'a rien admis. Il a contesté, sans donner l'explication requise, les plaintes [TRADUCTION] « exposées dans l'avis de plainte, dans leur totalité » (c'est moi qui souligne). Si l'appelant avait inclus dans sa réponse les aveux sur des questions de fait qu'il a fini par faire dans son témoignage et une explication de ses objections aux accusations, cela aurait sans aucun doute évité au Barreau une partie des frais qu'il a engagés et pour lesquels il a obtenu une ordonnance de remboursement. Après avoir omis de se conformer au par. 56(4), l'appelant ne peut pas valablement soutenir que la décision du sous-comité d'ordonner le remboursement intégral de ces frais était déraisonnable. Cette assertion est totalement dénuée de fondement, et je la rejeterais de façon sommaire. Il n'y a rien de plus à dire sur ce point.

[20] Il en va de même pour l'assertion de l'appelant selon laquelle les décisions antérieures du Comité de discipline prescrivaient un montant de dépens considérablement moins élevé dans la présente affaire. Selon mon évaluation, ces décisions n'ont pas été rendues dans des circonstances vraiment comparables, et je conclus qu'aucune d'elles n'obligeait le sous-comité à ne pas rendre l'ordonnance qu'il a rendue.

[21] Quant à la deuxième accusation, le sous-comité a conclu que l'appelant avait la charge de prouver qu'il avait respecté le chapitre 6 du *Code* (« Conflit d'intérêts entre clients ») et qu'il ne s'était pas acquitté de cette charge :

[TRADUCTION]

Le deuxième chef d'accusation est quelque peu redondant. Il a manifestement été rédigé à une époque où l'on croyait que M^e Allen avait omis d'obtenir le consentement écrit nécessaire pour représenter les deux parties. Une fois radiée la phrase lui reprochant d'avoir omis d'obtenir ce consentement, ce qui reste est essentiellement une accusation selon laquelle M^e Allen a « continué d'agir pour le compte de l'acheteur, même lorsqu'il est devenu évident que M^{me} Wallace remettait en question le bien-fondé de la transaction et de la documentation s'y rapportant ».

[...]

De toute évidence, lorsque M^e Allen a obtenu la signature de M. Arsenault sur l'hypothèque de deuxième rang et qu'il l'a par la suite enregistrée, un « différend a surgi entre les clients ». Le fait qu'elle n'avait pas reçu le solde du prix d'achat ni l'hypothèque de deuxième rang n'avait pas plu à M^{me} Wallace. Même si les parties avaient consenti à la signature et à l'enregistrement d'une hypothèque de deuxième rang, il y avait, pour paraphraser le commentaire 2a) ci-dessus [tiré du chapitre 6 du *Code*], un différend sérieux quant au remboursement du financement accordé par la venderesse, et M^e Allen aurait alors dû recommander aux deux parties d'obtenir une représentation juridique indépendante.

Le sous-comité conclut que M^e Allen a enfreint ce chapitre et qu'il est coupable de la conduite répréhensible reprochée dans le deuxième chef d'accusation. [par. 137, 141 et 142]

[22] Sans contester la conclusion selon laquelle la deuxième accusation a été prouvée, l'appelant signale que le sous-comité a admis qu'il n'était [TRADUCTION] « pas au courant d'un conflit entre les parties lorsqu'il a conclu l'entente, le 8 juin ». Comme on peut le comprendre dans les motifs du sous-comité, celui-ci a tiré une conclusion défavorable à l'appelant pour le motif que celui-ci a continué d'agir pour le

compte de M^{me} Wallace après la clôture en recevant la signature de M. Arsenault et en enregistrant une hypothèque de deuxième rang en faveur de M^{me} Wallace alors qu'un [TRADUCTION] « différend a surgi entre les clients », au lieu de recommander aux deux parties d'obtenir une représentation juridique indépendante. Cette conclusion exprime l'essentiel de la deuxième accusation.

[23] L'audience sur la sanction a été tenue le 2 novembre 2016. La seule preuve additionnelle présentée à cette audience est la pièce 1, qui donne les détails des frais engagés par le Barreau avant le 24 septembre 2016 (22 059,41 \$). Ces frais incluent les dépenses du Barreau pour les honoraires d'avocats et d'expert, les frais afférents aux rapports, les dépenses des membres du sous-comité et le coût de la vérification financière du cabinet de l'appelant (5 864,14 \$). La pièce 1 a été reçue en preuve avec le consentement de l'appelant.

[24] Le sous-comité a conclu que les sanctions appropriées pour la conduite inférieure aux normes de l'appelant étaient une réprimande et une amende de 3 000 \$. De plus, l'appelant a reçu l'ordre de payer la somme de 16 195,27 \$ au titre des frais engagés par le Barreau. Ce montant a été déterminé à partir des données de la pièce 1, sauf pour le coût de la vérification financière. Cette demande a été rejetée, et il n'y a pas d'appel reconventionnel de cette décision.

[25] Dans son mémoire, l'appelant a contesté tous les frais engagés après la décision du sous-comité sur « le fond », soutenant que le Barreau avait renoncé à son droit à les récupérer. Cette assertion a été niée : dans son mémoire, le Barreau a affirmé qu'il avait seulement consenti à renoncer à toute demande de dépens relative à sa participation à l'audience du 2 novembre 2016 sur la sanction. Pendant l'audition de l'appel, l'appelant a retiré les parties de son mémoire qui expriment ses plaintes sur ce point.

[26] À mon avis, l'appel soulève une seule question d'importance : c'est celle de savoir si l'ordonnance de dépens contestée est déraisonnable du fait qu'elle a été rendue selon un critère juridique distinct de celui qui a été appliqué pour infliger la

réprimande et l'amende. Au bout du compte, la question essentielle consiste à savoir si une ordonnance de dépens rendue en vertu de l'al. 60(1)e) est une « sanction » impossible à distinguer, aux fins de l'analyse, d'une réprimande, d'une amende, d'une suspension ou d'une radiation.

III. Analyse

[27] Le paragraphe 60(1) de la *Loi* énonce les mesures qu'un sous-comité de discipline peut choisir après avoir tiré une conclusion de conduite répréhensible. En voici le texte :

60(1) If a panel of the Discipline Committee finds that a respondent, other than a student-at-law, is guilty of conduct deserving sanction, it may do one or a combination of the following:

(a) reprimand the respondent;

(b) order that the respondent, within a fixed time, pay to the Society a fine not exceeding an amount set by the rules;

(c) suspend the respondent from practising law for a fixed period or indefinitely, on such terms as in its opinion are necessary in the circumstances;

(d) disbar the respondent;

(d.1) order that the respondent, within a fixed time, pay to the complainant or the Compensation Fund restitution for any financial losses or expenses, or compensation paid as a result of the actions for which the respondent is being sanctioned;

(added July 1, 2009)

(e) order that the respondent pay to the Society within a fixed time in an amount

60(1) Le sous-comité de discipline qui conclut que l'intimé — autre qu'un stagiaire — a fait preuve d'une conduite répréhensible peut exercer un ou plusieurs des choix suivants :

a) il le réprimande;

b) il lui ordonne de payer au Barreau, dans des délais précis, une amende qui ne dépasse pas le plafond prévu par les règles;

c) il le suspend de l'exercice du droit pour une période déterminée ou indéfinie, aux conditions qu'il juge nécessaires dans les circonstances;

d) il le radie;

d.1) il lui ordonne d'indemniser le plaignant ou le Fonds d'indemnisation, dans des délais précis, des pertes financières qui ont été subies, des dépenses qui ont été engagées ou des indemnités qui ont été payées à cause de ces actes répréhensibles;

(ajout du 1^{er} juillet 2009)

e) ayant fixé les délais et le montant, il lui ordonne de payer au Barreau les frais de

decided by the panel, costs of the inquiry, including the costs of an investigation by the Registrar, the Complaints Committee, or of an audit or investigation under Part 11; or

(f) make such other order as in its opinion is necessary and appropriate in the circumstances, including any order that could be made by the Competence Committee under section 46.

l'enquête, y compris de celle du registraire ou du comité des plaintes, ou ceux d'une vérification ou d'une investigation effectuées en vertu de la partie 11;

f) il prend toute autre mesure qu'il juge nécessaire et utile dans les circonstances, y compris toute mesure que le comité des compétences a le pouvoir de prendre en vertu de l'article 46.

[28] Comme je l'ai indiqué, après avoir conclu que l'appelant avait fait preuve de conduite répréhensible, le sous-comité a choisi de le réprimander et de lui ordonner de payer une amende de 3 000 \$. Le sous-comité a considéré chacune de ces mesures comme une « sanction » et a conclu qu'elle était appropriée après examen des facteurs qui éclairent généralement des décisions du genre :

[TRADUCTION]

Pour être en mesure de déterminer la sanction qui convient, le sous-comité doit entreprendre une [TRADUCTION] « comparaison délibérée » des facteurs pertinents dans des affaires semblables, de crainte d'arriver à des résultats contradictoires : voir *Re Stevens and Law Society of Upper Canada* (1979), 55 O.R. (2d) 405 (H.C.J. Ont.).

Les facteurs à prendre en compte ont été énumérés dans la décision *Law Society of British Columbia c. Ogilvie*, [1999] L.S.D.D. No. 45, [1999] LSBC 17 :

[TRADUCTION]

- a. la nature et la gravité de la conduite prouvée;
- b. l'âge et l'expérience de l'intimé;
- c. les antécédents de l'intimé, y compris ses antécédents disciplinaires;
- d. les effets sur la victime;
- e. l'avantage obtenu, ou susceptible d'être obtenu, par l'intimé;

f. le nombre de fois que l'intimé a fait preuve de la conduite fautive;

g. le fait que l'intimé ait ou n'ait pas reconnu sa faute professionnelle, qu'il ait ou n'ait pas pris de mesures pour divulguer le tort et le réparer et la présence ou l'absence d'autres circonstances atténuantes;

h. la possibilité de réhabiliter l'intimé;

[...]

[j]. les conséquences sur l'intimé de la sanction proposée;

[k]. la nécessité des mesures dissuasives spécifiques et générales;

[l]. la nécessité de sauvegarder la confiance du public dans l'intégrité de la profession;

[m]. l'éventail des sanctions infligées dans des affaires semblables.

Comme il a été énoncé dans de nombreuses décisions, l'objectif de procédures comme celle en l'espèce n'est pas de punir le membre, mais plutôt d'assurer la protection du public.

Invoquant l'ouvrage de Gavin MacKenzie intitulé *Lawyers and Ethics; Professional Responsibility and Discipline* (Toronto: Carswell 1993), le sous-comité qui a rendu la décision dans l'affaire [*Le Barreau du Nouveau-Brunswick c. [P.P.]*, 2008 NBLSB 2 (CanLII)] a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Parmi les facteurs souvent considérés dans l'évaluation de la gravité de la faute professionnelle d'un avocat se trouvent l'ampleur du préjudice, le degré de blâme mérité par l'avocat ainsi que les peines infligées antérieurement pour des fautes professionnelles semblables. En évaluant chacun de ces facteurs, le sous-comité de discipline se concentre sur l'infraction plutôt que sur le contrevenant et tient compte de l'opportunité d'une

sanction égale et proportionnelle et l'impératif de dissuasion. Le sous-comité tient compte également d'une série de facteurs aggravants et atténuants, dont plusieurs se rapportent à la probabilité de récidive. Parmi ces facteurs aggravants et atténuants, notons le dossier disciplinaire antérieur de l'avocat, la réaction de l'avocat au processus disciplinaire, la restitution effectuée (s'il y a lieu) par l'avocat, le nombre d'années depuis lequel l'avocat est en pratique, la moralité de l'avocat et l'état mental de l'avocat. L'alcoolisme, la toxicomanie, le stress causé par des difficultés financières et matrimoniales et la maladie mentale sont des facteurs souvent présents en matière disciplinaire et ils sont pertinents pour déterminer la peine à infliger dans des cas où il existe une relation causale entre le problème de l'avocat et la faute professionnelle commise. [...]

Par conséquent, même si le sous-comité doit se concentrer sur l'infraction plutôt que sur la personne qui l'a commise, il doit aussi tenir compte de toutes les circonstances aggravantes et atténuantes, y compris la situation personnelle du membre qui fait l'objet de mesures disciplinaires.

S'agissant de l'application des différents facteurs énoncés dans la décision *Ogilvie* susmentionnée, nous sommes saisis en l'espèce de deux contraventions graves, mais pas aussi graves que des contraventions ayant trait à la malhonnêteté ou au détournement de fonds. M^e Allen exerce le droit depuis plus de 55 ans et n'a jamais fait l'objet de mesures disciplinaires, et les avocats et les tribunaux ont reconnu son expertise dans le domaine.

Les effets sur la victime sont difficiles à évaluer. Selon les éléments de preuve dont nous disposons, elle a intenté une poursuite civile contre de nombreux défendeurs, laquelle a été réglée pour une somme qui l'a laissée, après avoir payé ses frais juridiques, avec un montant d'environ 10 000 \$ (elle avait perdu 25 000 \$ dans la transaction, mais il est impossible de dire avec certitude que le résultat aurait été différent si ce n'était des contraventions au *Code de déontologie*). Nous ne savons pas si le membre a versé une partie ou la totalité du montant du règlement.

Bien que la véracité de certains faits ait été reconnue, comme l'omission de produire un état des rajustements approprié et un rapport à sa cliente, M^e Allen n'a jamais reconnu avoir agi d'une manière répréhensible et n'a jamais présenté d'excuses à la plaignante ou au Barreau.

Le sous-comité reconnaît que cette procédure s'est avérée très éprouvante pour le membre.

M^e Allen n'a tiré aucun avantage de cette transaction, sauf pour ses honoraires habituels. Il n'y a eu qu'une seule occurrence de la conduite répréhensible.

Compte tenu de tous ces facteurs, de la nécessité de mesures dissuasives spécifiques et générales et des affaires semblables, le sous-comité rend en conséquence l'ordonnance suivante :

- a. en vertu de l'alinéa 60(1)a) de la *Loi*, le membre est réprimandé.
- b. en vertu de l'alinéa 60(1)b) de la *Loi*, le membre est condamné à payer, dans les 60 jours qui suivent la date de la présente décision, une amende de 3 000 \$. [par. 18 à 28]

[29] Le sous-comité est ensuite passé à l'examen de la question des dépens. En rendant sa décision sur ce point, le sous-comité n'a pas appliqué les facteurs de la décision *Ogilvie*, comme il l'avait fait dans le cas de la réprimande et de l'amende. Il a plutôt appliqué, après avoir fait remarquer que l'appelant avait été déclaré coupable relativement aux deux accusations de l'avis de plainte, la « règle générale » selon laquelle les frais raisonnablement occasionnés par l'investigation du Barreau sur la plainte et l'enquête qui s'ensuit devraient être supportés par le membre déclaré coupable de conduite répréhensible, et non par la profession en général. Le sous-comité a invoqué l'arrêt *Groia c. The Law Society of Upper Canada*, 2016 ONCA 471, [2016] O.J. No. 3094 (QL), au par. 234, autorisation de pourvoi accordée à [2016] C.S.C.R. n^o 310, comme précédent pour l'application de ce cadre. En définitive, le sous-comité a conclu que le Barreau avait droit à une ordonnance prescrivant à l'appelant de payer les dépens

réclamés dans la pièce 1, sauf, comme je l'ai mentionné, le coût (5 864,14 \$) de la vérification financière de son cabinet :

[TRADUCTION]

Il reste à trancher la question des dépens. La règle générale veut que les frais raisonnablement occasionnés pour mener une enquête et une procédure disciplinaire ne doivent pas être supportés par la profession en général lorsqu'une décision est rendue contre l'avocat défendeur. Voir *Groia c. The Law Society of Upper Canada*, 2016 ONCA 471 (CanLII), au paragraphe 234.

Dans des situations où l'avocat n'est pas reconnu coupable à l'égard de toutes les accusations portées contre lui, les dépens sont parfois réduits en conséquence. Voir *Le Barreau du Nouveau-Brunswick c. Peters*, 2013 NBLSB 6 (CanLII). En l'espèce, le membre a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation.

Même si le membre soutient qu'il ne devrait pas être condamné aux dépens, le montant sollicité n'a pas été contesté, sauf en ce qui concerne la somme de 5 864,14 \$ versée à Grant Thornton pour une vérification de sa pratique. Aucune explication n'a été donnée au sous-comité quant à la raison pour laquelle une vérification a été demandée dans les circonstances.

Le Barreau a indiqué que des vérifications ne sont pas toujours demandées lors d'enquêtes, et que cette vérification particulière n'a relevé aucune irrégularité.

M^e Allen n'a pas été accusé d'avoir contrevenu au *Code de déontologie* ou aux règles adoptées sous le régime de la *Loi* en ce qui concerne son compte en fiducie. Par conséquent, le sous-comité n'est pas convaincu que ces débours étaient nécessaires au déroulement de l'enquête ou de la procédure disciplinaire.

Sauf en ce qui concerne ce montant, le sous-comité ne trouve aucune raison de déroger à la règle générale.

En conséquence, le Barreau a droit à des dépens, fixés à 16 195,27 \$, devant être versés au plus tard le 2 février 2017. Le Barreau n'a pas demandé de dépens pour l'audience sur la sanction. [par. 29 à 35]

[30] Dans l'arrêt *Dr Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, la juge en chef McLachlin a confirmé qu'un tribunal de révision doit faire preuve d'une grande déférence à l'égard du choix de réparations ou mesures administratives du tribunal administratif :

Une loi dont l'objet exige qu'un tribunal choisisse parmi diverses réparations ou mesures administratives, qui concerne la protection du public, qui fait intervenir des questions de politiques ou qui comporte la pondération d'intérêts ou de considérations multiples, exige une plus grande déférence de la part de la cour de révision [...] [par. 31]

[31] Les tribunaux judiciaires n'ont modifié qu'avec hésitation les mesures conçues par les organismes professionnels pour condamner la conduite douteuse de leurs membres. Dans l'arrêt *Bouhamdani c. Association des ingénieurs et des géoscientifiques du Nouveau-Brunswick*, 2004 NBCA 84, 276 R.N.-B. (2e) 341, le juge Turnbull explique la logique sur laquelle s'appuie cette hésitation :

[...] les tribunaux hésitent habituellement à modifier une sanction infligée par le comité de discipline d'un ordre professionnel. Cette déférence judiciaire tient au fait que la loi autorise ces professions à s'auto-réglementer et à la conviction qui en découle que les membres d'une profession sont, en raison de leur expertise particulière, les mieux placés pour décider de la sanction à infliger à un de leurs pairs. [par. 75]

[32] Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, la Cour suprême du Canada a déclaré que notre Cour ne devrait intervenir que « s'il est démontré que la décision », la déclaration ou l'ordonnance du sous-comité « est déraisonnable ». Le dispositif ne peut être qualifié de « déraisonnable » que si « aucun mode d'analyse, dans les motifs avancés, ne pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait. Si l'un quelconque des motifs pouvant étayer la décision est capable de résister à un examen assez poussé, alors la décision n'est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir » (voir *Ryan*, aux par. 42 et 55). À mon avis,

cette norme manifestement exigeante s'applique à tous les dispositifs, y compris les ordonnances de dépens, prescrits par les sous-comités de discipline.

[33] L'appelant soutient que l'ordonnance de dépens est déraisonnable parce qu'elle découle de l'application de la règle générale décrite ci-dessus plutôt que des facteurs pertinents de la décision *Ogilvie*. Tout en reconnaissant que cette règle générale a été reconnue et appliquée dans d'autres provinces, l'appelant soutient qu'elle n'a aucune valeur dans notre ressort parce que, contrairement à la situation qui prévaut ailleurs, une ordonnance de dépens comme celle qui est maintenant portée en appel est une sanction aux termes de la *Loi*. Cette conclusion plutôt bizarre découlerait : 1) de l'inclusion, au par. 60(1), des ordonnances de dépens dans l'éventail des mesures généralement considérées comme des sanctions (réprimande, amende, suspension et radiation); 2) du fait que la *Loi* ne confère pas aux sous-comités le pouvoir d'ordonner au Barreau de payer des dépens à un membre déclaré non coupable d'une conduite répréhensible. Je rejette, en toute déférence, cet argument pour les raisons suivantes.

[34] Tout d'abord, contrairement à l'interprétation de l'appelant, les sous-comités ont bel et bien le pouvoir d'ordonner au Barreau de payer des dépens à un membre intimé dans le cas où il est déclaré non coupable de conduite répréhensible (voir le par. 60(3)). Deuxièmement, l'argument de l'appelant laisse de côté ce que le par. 60(1) affirme et ce qu'il n'affirme pas.

[35] De fait, par ses termes mêmes, le par. 60(1) ne fait rien de plus que d'énumérer les mesures qu'un sous-comité de discipline peut prescrire à la suite d'une conclusion de conduite répréhensible. Ces mesures incluent les sanctions, mais sans s'y limiter. Selon le sens ordinaire des termes utilisés, le par. 60(1) ne prévoit pas, explicitement ou implicitement, que toutes les mesures énumérées dans ses alinéas constituent des sanctions; il déclare simplement ce qu'un sous-comité *peut* faire une fois qu'il a déclaré le membre intimé coupable de conduite répréhensible. Dans la version française, la mention des « choix » qui s'offrent au sous-comité est ambiguë et, à mon avis, ne fait pas pencher l'interprétation dans un sens ni dans l'autre.

[36] Parmi les sens ordinaires qu'on peut attribuer au mot « sanction », un seul peut s'appliquer dans le contexte actuel, et c'est celui d'une [TRADUCTION] « pénalité [...] infligée pour forcer l'obéissance à une loi ou à une règle » (voir *Oxford Canadian Dictionary*, 2nd ed (Oxford University Press: Toronto, 2006). Une ordonnance de dépens rendue en vertu de l'al. 60(1)e), comme celle qui fait l'objet du présent appel, échappe à cette définition du terme : une telle ordonnance a pour objectif la restitution et non la punition. À mon avis, l'ordonnance de dépens rendue en première instance n'est pas une sanction ou une pénalité, pas plus qu'une ordonnance de restitution prévue à l'al. 60(1)d.1). L'alinéa 60(1)f) est également révélateur : il confère à un sous-comité le pouvoir de rendre toute « autre mesure qu'il juge nécessaire et utile dans les circonstances ». Il n'y a aucune raison d'interpréter cette disposition omnibus de façon à limiter sa portée aux mesures ayant le caractère de pénalités ou de sanctions.

[37] En l'espèce, le sous-comité a déclaré l'appelant coupable des deux accusations portées dans l'avis de plainte. Il a qualifié de « grave » chaque accusation. Après avoir porté l'attention requise aux facteurs pertinents de la décision *Ogilvie*, et comme l'exige l'art. 59, le sous-comité a infligé des sanctions conformément au par. 60, plus précisément aux al. a) (réprimande) et b) (amende). En appliquant la règle générale susmentionnée, le sous-comité a ensuite ajouté à ces sanctions une mesure non punitive, l'ordonnance de dépens, en vertu de l'al. e). À mon avis, le fait que le sous-comité a traité une ordonnance de dépens comme une mesure non punitive à laquelle la règle générale pouvait s'appliquer n'est pas légalement interdit et ne peut pas être qualifié de déraisonnable pour ce motif (voir *Lysons c. Alberta Land Surveyors' Association*, 2017 ABCA 7, [2017] A.J. No. 10 (QL), aux par. 12 et 13, et Bryan Salte, *The Law of Professional Regulation* (Markham, Ont. : LexisNexis, 2015), aux par. 8.12 et 8.14). J'irais plus loin : l'optique du comité découle d'un choix de politique raisonnablement défendable, et son recours serait approprié dans d'autres affaires comme la présente, où l'essentiel de chaque accusation est prouvé et où, en conséquence, le membre intimé est déclaré coupable relativement à toutes les accusations. Lorsque l'affaire présente des accusations dont certaines sont prouvées et d'autres pas, une répartition correspondante des dépens pourrait être justifiée (voir *Hasan c. College of Physicians and Surgeons*

(N.B.) (1994), 152 R.N.-B. (2^e) 230, [1994] A.N.-B. n^o 389 (C.A.) (QL), motifs du juge d'appel Ryan). Dans des cas relativement rares, une répartition bien proportionnée des dépens pourrait aussi être appropriée lorsque, même si toutes les accusations ont été prouvées, leurs aspects les plus graves allégués dans la plaidoirie ont été rejetés. Les conclusions du sous-comité montrent clairement que ce n'est pas le cas en l'espèce.

[38] En parvenant à la conclusion que le par. 60(1) n'exigeait pas que le sous-comité détermine le caractère approprié d'une ordonnance de dépens en utilisant le cadre qu'il a appliqué pour la réprimande et l'amende, je n'ai pas oublié la rubrique à un seul mot de cette disposition aux aspects multiples : « Sanctions ». Bien que l'article 16 de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, indique que les rubriques sont « inséré[s] aux seules fins de faciliter la consultation », il y a de la jurisprudence en faveur de la proposition voulant qu'on puisse s'appuyer sur les rubriques aux fins d'interprétation, même lorsque le libellé de la disposition elle-même n'est pas ambigu (voir Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2016), aux p. 160, 161 et 167).

[39] Le mot « Sanctions » choisi comme rubrique par les rédacteurs de l'art. 60 n'est ni surprenant ni totalement inconvenant; après tout, le gros des mesures énumérées au par. 60(1) consiste en des sanctions (réprimande, amende, suspension et radiation). Une rubrique à un seul mot peut rarement prétendre exprimer toute la portée d'une disposition aux aspects nombreux. La question clé est de savoir si la rubrique du par. 60(1) exprime l'intention que toutes les mesures qu'il énumère, y compris les mesures non punitives, soient considérées comme des sanctions. À mon avis, ce n'est pas le cas. Une « sanction non punitive » est une expression qui se contredit elle-même, et les rédacteurs n'ont pas pu avoir l'intention d'obtenir ce résultat illogique ayant pour conséquence de transformer les mesures non punitives en mesures punitives.

[40] Une dernière observation : même si l'interprétation donnée par l'appelant au par. 60(1) avait prévalu, de sorte que les ordonnances de dépens rendues en vertu de l'al. 60(1)e) devraient être incluses, comme les réprimandes, les amendes, les suspensions et les radiations, dans l'assortiment de sanctions possibles, je conclurais quand même

qu'il n'est pas démontré que la perspective du sous-comité était déraisonnable. Dans le paragraphe 60(1), rien n'exige que les facteurs de la décision *Ogilvie* s'appliquent à chaque mesure énoncée dans ses alinéas. De fait, aucun élément des dispositions pertinentes de la *Loi* n'empêche un sous-comité de recourir à la règle générale appliquée en première instance pour déterminer le caractère approprié d'une ordonnance de dépens rendue en vertu de l'al. 60(1)e).

IV. Conclusion

[41] Comme le montrent plus clairement les motifs ci-dessus, il n'est pas démontré que l'ordonnance rendue par le sous-comité conformément à l'al. 60(1)e) de la *Loi de 1996 sur le Barreau*, qui oblige l'appelant à payer la somme de 16 195,27 \$ au titre des frais engagés par le Barreau, est déraisonnable. C'est pour cette raison que je me suis joint à mes collègues pour rejeter l'appel séance tenante. Je conclurais l'instance en ordonnant à l'appelant de payer des dépens de 2 500 \$ en appel.