

Re Marek

AFFAIRE INTÉRESSANT :

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

et

Earl Marek

2016 OCRCVM 36

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

Audience tenue les 25, 27, 28 et 31 mai 2016, à Toronto (Ontario)
Décision au fond rendue le 3 octobre 2016

Formation d'instruction

Thomas J. Lockwood, c.r., président, Lou D'Souza et Daniel Iggers

Comparutions

Kathryn Andrews, avocate de la mise en application de l'OCRCVM

Earl Marek, en personne

DÉCISION AU FOND

A. L'ALLÉGATION

¶ 1 Dans un avis d'audience, daté de novembre 2015, l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) a porté l'allégation suivante :

Chef 1 : En février 2012 ou vers cette période, Earl Marek a facilité des opérations sans inscription dans les livres pour deux clients, à l'insu ou sans l'autorisation de son employeur, en contravention de l'article 1 de la Règle 29 des courtiers membres l'OCRCVM.

B. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

¶ 2 L'avis d'audience fixait l'audience au 8 février 2016, aux bureaux de l'OCRCVM à Toronto (Ontario).

¶ 3 Le 11 janvier 2016, l'OCRCVM a délivré une note de service confirmant que l'audience se tiendrait les 8, 9, 10 et 11 février 2016.

¶ 4 Le 22 janvier 2016, Earl Marek (l'intimé) a transmis un courriel à la coordonnatrice des audiences demandant un bref ajournement de l'audience. Le personnel de la mise en application de l'OCRCVM s'est opposé à cette requête.

¶ 5 Le 27 janvier 2016, la formation d'instruction a considéré la requête d'ajournement de l'intimé. La principale raison de la requête était la non-disponibilité potentielle d'un témoin particulier. Le personnel a

dit qu'il était prêt à plaider et qu'il était impatient de le faire.

¶ 6 Après avoir examiné attentivement les observations des deux parties, la formation d'instruction a décidé que l'audience au fond aurait lieu aux dates fixées, mais que l'intimé pourrait renouveler sa demande une fois que le personnel aurait terminé sa preuve, si le témoin n'était toujours pas disponible.

¶ 7 Le 1^{er} février 2016, l'intimé a présenté une nouvelle requête d'ajournement de l'audience au fond. Cette requête a été considérée par la formation d'instruction au cours d'une téléconférence le 3 février 2016.

¶ 8 La requête d'ajournement se fondait essentiellement sur le fait que l'intimé s'était rendu compte qu'il avait besoin des services d'un avocat pour le représenter à l'audience au fond. L'intimé avait fait certaines démarches à cet égard, mais n'avait pas encore engagé un avocat. Il demandait donc un ajournement à la fois pour avoir le temps d'engager un avocat et pour que l'avocat, une fois engagé, ait le temps de se préparer en vue de l'audience.

¶ 9 Le personnel a adopté la position qu'il était prêt à plaider, mais qu'il pourrait comprendre si la requête d'ajournement était accueillie. Il a fait valoir que, si l'ajournement était accordé, l'audience ne devrait pas être disjointe et qu'une fois commencée, elle devrait se poursuivre sur des jours consécutifs.

¶ 10 Après un examen attentif des observations des deux parties, la formation d'instruction a ordonné que l'audience fixée à la période allant du 8 au 11 février 2016 soit ajournée aux 25, 26, 27 et 28 avril, ces dates étant péremptoires pour l'intimé. Une nouvelle date a aussi été fixée pour la communication de la preuve, les déclarations des témoins et les listes de témoins.

¶ 11 L'intimé a remercié la formation d'instruction et indiqué qu'à son avis, l'ordonnance prononcée était juste et raisonnable.

¶ 12 Le vendredi 22 avril 2016, une autre téléconférence a été convoquée à la demande des parties. L'intimé a indiqué qu'il souhaitait assister à une réunion à Nassau, aux Bahamas, le lundi 25 avril 2016. Il a accepté que l'audience au fond commence le 25 avril 2016. L'intimé a dit qu'il souhaitait commencer à présenter sa preuve le mercredi 27 avril 2016. Il acceptait que le personnel présente sa preuve en son absence. Il a dit qu'un représentant serait présent pendant la présentation de la preuve du personnel le 25 avril et, peut-être, le 26 avril 2016.

¶ 13 La formation d'instruction a incité l'intimé à maintes reprises à être présent pendant la présentation de la preuve du personnel et à exercer son droit de contre-interroger.

¶ 14 L'intimé a aussi indiqué qu'il avait pris la décision de participer à l'audience sans être représenté par un avocat. Il a dit qu'il était au courant de son droit de contre-interroger les témoins du personnel. Toutefois, il avait décidé d'assister à la réunion à Nassau et de renoncer personnellement à ce droit. Il a dit qu'il demandait seulement qu'on lui permette de commencer à présenter sa preuve le 27 avril 2016, plutôt qu'immédiatement après la conclusion de la preuve du personnel.

¶ 15 Le personnel ne s'est pas opposé à la requête de l'intimé. Le personnel a déclaré aussi qu'il ne demanderait pas d'ordonnance d'exclusion des témoins, lorsqu'on a appris que l'intimé comptait que l'un de ses témoins assiste à une partie de l'audience au fond, pendant la présentation de la preuve du personnel.

¶ 16 Après avoir incité l'intimé encore une fois à être présent pendant la présentation de la preuve du personnel, la formation d'instruction a accueilli sa requête visant à obtenir qu'on lui permette de présenter sa preuve à compter du 27 avril 2016.

¶ 17 Le personnel a présenté sa preuve le 25 avril 2016. Les représentants de l'intimé étaient présents pendant la présentation de toute la preuve du personnel. Ainsi qu'il est indiqué ci-dessous, ces représentants ont eu la possibilité de contre-interroger chacun des témoins du personnel. Ils ont refusé de le faire.

C. LA PREUVE

¶ 18 Le personnel a cité les témoins qui suivent.

I. PL

¶ 19 PL est le président de TCO, une société de développement de logiciels. Il a témoigné que, la première fois qu'il a entendu parler d'une occasion d'acheter des actions de Facebook, c'était par JM, fils de l'intimé. À l'époque, JM était un employé de TCO.

¶ 20 Selon PL, JM a dit que l'intimé aurait un bloc d'actions de Facebook avant le premier appel public à l'épargne (PAPE) et qu'il souhaitait en vendre une partie pour atténuer son risque. PL a dit qu'il était intéressé à discuter de l'affaire avec l'intimé.

¶ 21 L'intimé a ensuite rencontré PL et son frère, D, dans la salle du conseil de TCO. JM n'était pas présent à la rencontre.

¶ 22 À la rencontre de janvier 2012, selon le témoignage de PL, on a discuté de l'intérêt que présentait Facebook, notamment de la question de savoir si l'achat d'actions de Facebook à un prix d'avant le PAPE constituait un bon placement, du prix auquel les actions seraient offertes, du prix estimé du PAPE et des perspectives d'avenir des actions de Facebook.

¶ 23 PL avait compris clairement que l'intimé achetait les actions et en revendait une partie pour atténuer son risque. Il y avait un certain degré d'urgence, étant donné que l'opération devait être conclue avant la date du PAPE, qui arrivait peu de temps après la rencontre. L'intimé a dit que si l'un ou l'autre des frères L ou les deux ensemble ne prenaient pas les actions, il les offrirait à d'autres investisseurs.

¶ 24 Selon PL, l'intimé a dit que le placeur du PAPE était Goldman Sachs et qu'il recevrait ses actions d'un contact qu'il avait chez ce courtier.

¶ 25 L'intimé a dit à PL qu'il travaillait chez Gestion privée Macquarie inc. (Macquarie) et que le processus se déroulerait mieux, avec beaucoup moins de lourdeurs administratives et de paperasse, s'il se passait chez Macquarie. L'intimé a dit qu'il espérait que cela soit le début d'une relation à long terme.

¶ 26 PL ne pensait pas que l'intimé toucherait lui-même une rémunération – il s'agissait d'une transmission aux conditions d'achat – il achetait les actions de son contact chez Goldman Sachs et souhaitait atténuer son risque. L'intimé a bien mentionné qu'il y aurait des frais administratifs modiques d'environ 1,00 \$ par action, qui iraient à Macquarie.

¶ 27 L'intimé a indiqué qu'il y aurait un délai d'incessibilité des actions de 6 mois après le PAPE.

¶ 28 PL a témoigné que [TRADUCTION] « le fait qu'il (l'intimé) travaillait pour un courtier bien connu et qu'il était inscrit auprès des organismes de réglementation en Ontario nous rassurait que le risque était minime et que le gain était élevé ».

¶ 29 À la première rencontre, PL et son frère ont tous les deux indiqué qu'ils étaient vivement intéressés à acheter des actions de Facebook. Une autre rencontre a été organisée, à laquelle JM était présent. Cette rencontre a aussi eu lieu dans la salle du conseil de TCO.

¶ 30 À la seconde rencontre, PL et son frère ont tous les deux dit qu'ils voulaient acheter chacun 1 000 actions à un prix d'environ 28 \$ l'action. PL a témoigné qu'il pensait que l'opération serait réalisée par un transfert de fonds dans le compte d'entreprise ou le compte personnel de l'intimé. Selon PL, l'intimé a établi clairement qu'ils allaient acheter de lui. L'intimé a indiqué qu'il était sans importance que PL achète les actions personnellement ou par l'entremise de sa société.

¶ 31 Le vendredi 3 février 2012, PL a envoyé un courriel à l'intimé, dans lequel il disait notamment : [TRADUCTION] « merci encore pour être passé nous voir et nous aider au sujet des actions. Pourriez-vous nous dire ce que nous devons faire lundi (renseignements sur le virement télégraphique, formulaires, etc.) et nous le ferons aussi tôt que possible. »

¶ 32 PL a témoigné que l'intimé lui avait transmis, par courriel, les instructions en vue du virement télégraphique. Le lundi 6 février 2012, il a apporté ces instructions à une succursale de TD Canada Trust et a

tenté d'effectuer le virement des fonds. On lui a dit que les renseignements étaient incomplets et que le virement n'avait pu être effectué. PL a envoyé un courriel à l'intimé le 6 février 2012, demandant des éclaircissements au sujet de la banque intermédiaire et de la banque bénéficiaire. Il a aussi demandé l'adresse de New Economy Holdings Limited (New Economy). PL ne savait pas ce qu'était New Economy, comme il pensait que les fonds étaient transmis à l'intimé.

¶ 33 Lorsque PL a reçu les instructions, il a vu que les fonds allaient à la Cayman Institutional Bank aux Îles Caïmans. Malgré sa surprise, il croyait toujours que les fonds allaient à l'intimé.

¶ 34 Le 9 février 2012, PL est parvenu à faire virer 28 900 \$US à la Cayman Institutional Bank.

¶ 35 Une fois les actions achetées, PL rencontrait l'intimé chaque fois qu'il venait voir son fils, JM, dans les bureaux de TCO. Cela se produisait à peu près aux trois semaines. PL et l'intimé avaient des discussions au sujet de la performance du titre de Facebook, ainsi que d'autres occasions de placement. PL a pris note que rien ne semblait clocher.

¶ 36 En octobre 2012, PL a ouvert un compte chez Macquarie au nom de sa société, TCO.

¶ 37 Le 26 octobre 2012, PL a écrit à l'intimé pour lui dire que la fin de l'exercice de TCO était le 31 juillet et que le comptable de TCO demandait une preuve de l'achat des actions de Facebook. Il lui a écrit à nouveau le 31 octobre 2012, pour faire la même demande. Il n'a pas obtenu de réponse claire à ces courriels.

¶ 38 Selon PL, au cours des quelques mois qui ont suivi, il a cherché, sans succès, à obtenir des copies des documents constatant l'achat des actions de Facebook.

¶ 39 Finalement, le 12 juin 2013, PL a envoyé à l'intimé un courriel qui disait notamment :

[TRADUCTION] Actuellement, sur la base de ce qui s'est passé jusqu'à maintenant, l'un ou l'autre des trois scénarios me semble également valide.

- 1) Nous avons les actions de FB mais il faut inhabituellement [sic] pour obtenir les documents
- 2) RK a pris l'argent et l'a utilisé à ses fins personnelles
- 3) Vous avez pris l'argent et vous l'avez utilisé à vos fins personnelles.

Les deux derniers scénarios sont considérés comme de la fraude et c'est une infraction criminelle. J'espère donc que c'est le scénario 1 pour notre bien à tous.

Aussi, dans un souci de transparence, voici ce que je compte faire :

S, mon contrôleur financier, a trouvé un processus officiel de plainte. Si je n'obtiens pas de solution de cette affaire d'ici vendredi, S a reçu des instructions d'enclencher le processus et de déposer une plainte officielle contre vous et Macquarie. (Je ne me soucie pas de RK puisque c'est à vous que j'ai acheté les actions.)

J'aurai également une discussion avec S et DL vendredi pour voir si c'est une bonne idée pour nous de déposer une plainte criminelle pour fraude...

¶ 40 L'intimé a répondu immédiatement à ce courriel, en disant notamment :

[TRADUCTION] P, c'est 1 ou 2, 2 étant hautement improbable. Je tiens à établir clairement que c'était une « occasion d'affaire sans inscription dans les livres » – rien à voir avec Macquarie ou tout autre courtier, comme les fonds ont été transmis directement de vous à un compte dans les Caïmans (même situation que si c'était Goldman Sachs – au même prix). Je n'étais pas un intermédiaire, comme les fonds ne sont pas passés par moi. J'ai simplement porté l'« occasion » à votre attention – je crois me souvenir que c'était JM qui vous a mentionné que des actions étaient offertes. Ces actions étaient vendues par un consultant de Facebook et RK a reçu un appel au sujet de ces actions de son frère, qui travaille chez Morgan Stanley, le courtier de Facebook...

Nul ne réalise plus que moi que ça prend un temps fou, comme j'ai acheté 3 300 actions et je peux produire les virements télégraphiques...

¶ 41 Le 2 novembre 2013, l'intimé a envoyé un courriel aux « investisseurs dans Facebook », dont PL, au sujet des actions de Facebook, qui disait au bas, en gras [TRADUCTION] « **Veuillez supprimer mon adresse de courriel chez Macquarie immédiatement et n'utiliser que (l'adresse « g-mail » de l'intimé) pour toute correspondance.** »

¶ 42 À la date de l'audience au fond, PL a témoigné qu'il n'avait pas reçu les actions de Facebook de l'intimé, ni de personne d'autre. Il a aussi témoigné qu'il n'avait pas reçu de remboursement de la somme de 28 900 \$US de l'intimé ni de personne d'autre.

¶ 43 PL a témoigné qu'il se considérait comme un client de Macquarie depuis le moment où il a décidé d'aller de l'avant et d'acheter les actions de Facebook, malgré le fait que les documents officiels n'ont été remplis que plusieurs mois plus tard. C'était, a-t-il dit, parce que l'intimé, à la rencontre initiale, avait indiqué que, parce qu'il aidait PL à acquérir les actions de Facebook, il s'attendait à ce que celui-ci effectue son placement par son entremise comme c'était le commencement d'une relation. De ce fait, l'ouverture officielle du compte n'avait guère d'importance puisqu'il savait qu'il ne pouvait vendre les actions de Facebook pendant un certain temps. Il a dit qu'il a commencé à communiquer avec l'intimé en se servant de l'adresse de courriel chez Macquarie.

¶ 44 Bien qu'on lui ait donné la possibilité de le faire, la mandataire de l'intimé a dit à la formation d'instruction qu'elle n'avait pas de questions à poser à PL.

II. DL

¶ 45 DL possédait et exploitait une agence de marketing numérique sous la dénomination JIG.

¶ 46 À l'époque visée par la présente procédure, DL partageait un bureau avec son frère, PL, qui employait JM comme graphiste.

¶ 47 Son frère a fait savoir à DL qu'il y avait une occasion d'acheter 1 000 actions de Facebook de manière privée. En janvier 2012, l'intimé a rencontré DL et PL pour discuter de cette occasion.

¶ 48 L'intimé lui a dit qu'il travaillait chez Macquarie. DL a dit à l'intimé qu'il n'avait pas de conseiller en placement. L'intimé lui a suggéré d'établir un compte à l'arrivée des actions de Facebook et de gérer les actions par l'entremise de Macquarie. Ils sont convenus que ce serait le commencement d'une relation.

¶ 49 Selon DL, c'était l'intimé qui avait suggéré d'établir un compte chez Macquarie. Ce compte avait pour but de gérer ses REER. DL a témoigné qu'il avait des droits de cotisation au REER et qu'il était important pour lui de s'en prévaloir.

¶ 50 L'intimé a aussi dit à DL qu'il lui présenterait d'autres occasions de placement.

¶ 51 DL et l'intimé ont parlé de Facebook. L'intimé lui a dit que l'achat avant le PAPE était une occasion qui tombait à point nommé. DL a demandé s'il pourrait acheter plus que 1 000 actions. L'intimé lui a répondu qu'il ne le pourrait pas, puisque lui-même allait acheter des actions pour lui-même et pour son fils.

¶ 52 L'intimé lui a dit que ces actions n'étaient pas offertes au public. Il lui a dit que le prix serait d'environ 28 \$ l'action.

¶ 53 L'intimé a dit à DL qu'il y avait un certain degré d'urgence, étant donné que l'opération devait être conclue avant la date du PAPE de Facebook.

¶ 54 L'intimé ne devait pas toucher de rémunération, mais il obtiendrait l'avantage de gérer bientôt les actions par l'entremise du compte chez Macquarie.

¶ 55 DL croyait comprendre qu'il achetait les actions par l'entremise de l'intimé.

¶ 56 DL n'a pas pris d'engagement d'achat à la rencontre de janvier 2012. Il a procédé à certaines

vérifications et a ensuite décidé d'acheter. Il a appelé l'intimé et lui a dit qu'il voulait acheter 1 000 actions. L'intimé a dit qu'il lui fournirait des instructions en vue du virement. Il lui a fourni ces instructions au téléphone. Il a dit que le prix total se chiffrait à 28 900 \$US.

¶ 57 DL est ensuite allé avec son frère, PL, faire le virement de fonds. Les formulaires ont été remplis. Il a appris par la suite que les fonds avaient été retournés. Il a appelé l'intimé pour lui dire que les instructions de virement étaient erronées. L'intimé a rappelé pour dire que les instructions n'étaient pas erronées, mais que le formulaire n'avait pas été rempli correctement.

¶ 58 L'intimé a dit à DL que New Economy était seulement une société constituée en vue de conclure l'opération avec le représentant de Facebook.

¶ 59 DL est retourné à la banque et a rempli le formulaire selon les instructions reçues de l'intimé. Quelques jours plus tard, l'intimé a appelé pour dire que les fonds avaient été reçus.

¶ 60 Une fois les actions de Facebook achetées, DL a eu un certain nombre de rencontres de suivi avec l'intimé.

¶ 61 DL a reçu par la suite un formulaire d'ouverture de compte de Macquarie. Il l'a rempli. L'intimé est venu le recueillir. L'intimé lui a dit expressément que les actions seraient admissibles dans les comptes REER.

¶ 62 Étant donné que les actions de Facebook n'arrivaient pas et que la date limite pour les contributions au REER en 2013 approchait, l'intimé a suggéré que DL verse 28 000 \$ dans son compte, étant entendu que, lorsque les actions arriveraient, Macquarie rembourserait la valeur marchande de ce qu'il avait déposé.

¶ 63 Les actions de Facebook ne sont pas arrivées. DL a fini par porter plainte à l'OCRCVM. Il a aussi fermé son compte chez Macquarie.

¶ 64 À la date de l'audience au fond, DL n'avait reçu ni les actions de Facebook ni le remboursement de son versement de 28 900 \$US.

¶ 65 Bien qu'on leur ait donné la possibilité de le faire, les mandataires de l'intimé, M^{me} So et JM, ont dit à la formation d'instruction qu'ils n'avaient pas de questions à poser en contre-interrogatoire des témoins du personnel.

III. Sharon Lloyd Gyurkovics (SLG)

¶ 66 SLG a témoigné qu'elle était enquêteuse à l'OCRCVM depuis 2004. À l'heure actuelle, elle était enquêteuse principale au Service de la mise en application. Elle était l'enquêteuse chargée du dossier de l'intimé.

¶ 67 Elle a produit et fait coter comme pièce le formulaire prévu à l'Annexe 33-109A4 se rapportant à l'intimé. Ce formulaire indiquait que l'intimé avait commencé son emploi chez Macquarie le 11 octobre 2011.

¶ 68 SLG a témoigné que Richardson GMP Limitée (Richardson) avait acquis Macquarie en novembre 2013 et avait été continuée sous la dénomination de Richardson.

¶ 69 L'intimé a continué d'être employé chez Richardson jusqu'au 17 avril 2014. SLG a témoigné que l'intimé n'est plus une personne inscrite.

¶ 70 SLG a témoigné qu'elle a procédé à des vérifications sur le point de savoir si l'intimé avait informé son employeur au sujet des achats d'actions de Facebook de PL et DL en février 2012. Elle n'a trouvé aucune trace indiquant qu'il l'aurait fait. En fait, Richardson a indiqué avoir effectué une recherche dans ses dossiers et n'avoir pu trouver aucune correspondance de l'intimé avec l'un ou l'autre de ses directeurs de succursale à l'époque des faits reprochés [TRADUCTION] « au sujet d'une liste de clients et du transfert à venir d'éléments d'actif liés à Facebook ».

¶ 71 SLG a témoigné avoir effectué des vérifications expresses étant donné qu'au cours de son entrevue avec l'OCRCVM, l'intimé avait indiqué qu'il [TRADUCTION] « croyait leur avoir envoyé un courriel pour les

informer qu'il s'attendait à ce qu'un certain nombre de clients effectuent un virement entrant d'actions de Facebook ».

¶ 72 SLG a aussi témoigné au sujet d'un rapport d'enquête interne de Richardson. Ce rapport concluait notamment qu'une enquête dans les comptes dont PL et DL étaient les propriétaires véritables indiquait qu'aucune opération sur Facebook n'avait été traitée dans l'un ou l'autre des comptes. En outre, Macquarie n'avait aucune trace du fait que l'intimé, à un moment quelconque, l'ait informée ou ait demandé son autorisation en vue d'exécuter les opérations sur Facebook.

¶ 73 L'enquête indiquait que les comptes de TCO, dont PL était le propriétaire véritable, avaient été ouverts en octobre 2012, mais qu'aucune activité n'était intervenue dans le compte au comptant en dollars canadiens ou en dollars US depuis l'ouverture.

¶ 74 S'agissant de DL, les dossiers indiquaient qu'il avait ouvert un compte au comptant en dollars canadiens et un compte au comptant en dollars US ainsi qu'un compte REER en décembre 2012. Il y avait bien eu quelque activité dans les comptes, mais il n'y avait pas de trace émanant d'un achat d'actions de Facebook dans ces comptes.

¶ 75 Le rapport reconnaissait que PL et DL avaient tous deux fourni à Macquarie des documents établissant qu'ils avaient effectué chacun un virement télégraphique de 28 900 \$US à la Cayman Institutional Bank en février 2012, lequel, selon ce qu'ils prétendaient, se rapportait à l'achat d'actions de Facebook, sur la base d'instructions que leur avait fournies l'intimé.

¶ 76 Macquarie a conclu que, si l'intimé avait coordonné cet arrangement, [TRADUCTION] « cela a été fait en dehors du cadre des activités de Macquarie et à l'insu de la société. Les lignes directrices du secteur obligent toute personne inscrite qui s'engage dans des opérations ou aide un client dans des opérations en dehors de la société qui l'emploie à obtenir l'autorisation préalable de son employeur. Nous n'avons aucune trace d'un tel examen ou d'une telle autorisation. »

¶ 77 Le rapport d'enquête concluait que l'intimé [TRADUCTION] « aurait dû porter l'affaire à la connaissance de Macquarie immédiatement. En particulier, [l'intimé], en tant que personne inscrite, aurait dû être au courant de son obligation de déclarer ce type d'activité pour qu'il soit examiné et autorisé. Nous estimons que [l'intimé] a eu des occasions suffisantes d'informer la Conformité de la situation, mais a choisi d'agir seul à cet égard. Cela n'a été porté à l'attention de la société qu'au moment où les deux plaintes ont été portées contre [l'intimé] ».

¶ 78 Bien qu'on lui ait donné la possibilité de le faire, le mandataire de l'intimé a dit à la formation d'instruction qu'il n'avait pas de questions à poser.

IV. JM

¶ 79 L'intimé a cité son fils, JM, comme premier témoin.

¶ 80 JM a témoigné avoir entendu pour la première fois parler d'une occasion d'acheter des actions de Facebook avant le PAPE par RK. Il convient avoir discuté de la chose avec son père avant d'effectuer son achat.

¶ 81 Il a témoigné avoir parlé de cette occasion avec PL, qui s'intéressait plus au prix et à la disponibilité des actions, qu'à l'identité de ceux qui vendaient et à leurs motifs de vendre. Il a témoigné que PL savait que les actions venaient d'un fournisseur, mais ne s'est jamais informé du nom de celui-ci ou de la manière dont JM était venu en contact avec lui.

¶ 82 JM a témoigné qu'il avait acheté 3 300 actions par l'entremise de sa société E52 Financial Limited. Il a dit qu'il avait réglé lui-même les actions.

¶ 83 Il a témoigné qu'à sa connaissance, l'intimé n'a pas acheté d'actions de Facebook avant le PAPE.

¶ 84 Il a témoigné avoir payé environ 28 \$US l'action pour un placement de plus de 90 000 \$US. À la date de

l'audience au fond, il n'avait pas reçu les actions de Facebook, bien qu'il ait entendu dire que les actions avaient été vendues et que les fonds étaient détenus. Il a dit qu'il avait entendu cela de RK, mais que c'était seulement du ouï-dire et qu'il n'avait vu aucun document.

¶ 85 Il a témoigné qu'il pensait que toutes ses actions avaient été vendues par une société de fiducie, dont il ne connaissait pas la dénomination. Il pensait que ses actions avaient été vendues avec son accord verbal. La société de fiducie n'avait jamais communiqué avec lui. Toutefois, il n'a jamais reçu d'argent pour ses actions.

¶ 86 Il a témoigné avoir été au courant de rencontres de l'intimé avec PL et DL, portant notamment sur les actions de Facebook.

¶ 87 En contre-interrogatoire, on l'a référé à un courriel de l'intimé à PL, le 12 juin 2013, dans lequel l'intimé disait : [TRADUCTION] « J'ai acheté 3 300 actions et je peux produire les virements télégraphiques. » JM a témoigné : [TRADUCTION] « ils nous tarabustaient tellement tous les deux que nous... nous sommes devenus sur la défensive dans nos réponses, et je pense qu'il a adopté mon ... mon genre de formulation consistant à dire simplement que nous étions embarqués là-dedans tous les deux, comme « Je ne vous ai pas arnaqués. Je ne suis pas en train de vous escroquer » ce genre d'affaire. Et c'est la seule raison pour laquelle il a adopté cette formulation... ».

¶ 88 JM a confirmé que l'intimé n'avait pas acheté 3 300 actions de Facebook avant le PAPE.

V. L'intimé

¶ 89 Il a témoigné qu'un bon nombre de consultants travaillaient pour Facebook et que Facebook, n'ayant pas l'argent pour les payer en espèces, les payait en actions. RK a mentionné à JM et à l'intimé qu'il était au courant de la disponibilité d'un certain nombre d'actions de Facebook avant le PAPE.

¶ 90 Il a témoigné que RK connaissait PL et DL avant que lui, l'intimé, les rencontre.

¶ 91 L'intimé a dit que son fils était intéressé à investir et que PL et DL ont indiqué à JM qu'ils étaient aussi intéressés.

¶ 92 Il a témoigné qu'il a rencontré PL et DL à leur bureau. Ils lui ont demandé s'il investissait aussi. Il a dit qu'à ce moment-là, il y réfléchissait.

¶ 93 L'intimé a indiqué, toutefois, que c'était RK qui formait le groupe, non lui-même. Il a dit que, dans ce groupe, il y avait certains de ses clients. Il a dit qu'au moment où PL et DL lui ont parlé d'investir, ils n'étaient pas encore des clients.

¶ 94 L'intimé a témoigné que, sauf pour ce qui est d'avoir mis PL et DL au courant de l'occasion d'investissement, il n'était pas mêlé à l'opération.

¶ 95 Il a dit qu'il savait que son fils investissait et qu'il était un client de Macquarie. Ainsi, s'il allait investir personnellement, il allait devoir obtenir l'autorisation de son employeur. Toutefois, comme il était au courant que des personnes qui investissaient étaient des clients, il ne voulait pas être perçu comme [TRADUCTION] « groupant ces fonds ou ayant quoi que ce soit à voir avec ceux-ci ». Donc, il a pensé sérieusement à investir dans les actions de Facebook avant le PAPE, mais il ne l'a pas fait.

¶ 96 Il a témoigné n'avoir reçu aucune rémunération ou aucun avantage de sa participation si ce n'est qu'il supposait qu'une fois que ses clients recevraient les actions, ils les déposeraient dans leurs comptes chez Macquarie.

¶ 97 L'intimé a témoigné n'avoir reçu aucune rémunération [TRADUCTION] « parce que je ne faisais réellement rien ».

¶ 98 Il a témoigné que, travaillant dans le secteur du placement depuis plus de 25 ans, il était bien au courant des règles de conformité. Il a témoigné qu'il avait occupé le poste de directeur de succursale tant aux États-Unis qu'au Canada et qu'il avait été titulaire d'un permis dans les deux pays. Il était bien au courant de son

obligation de déclarer toute sorte d'activité professionnelle exercée à l'extérieur du courtier. Toutefois, à son avis, comme il ne recevait rien, il ne s'agissait pas vraiment d'une activité professionnelle et il n'était donc nécessaire de rien déclarer.

¶ 99 L'intimé a témoigné que, avant que PL et DL ne s'engagent dans cette opération, il avait informé tant le directeur de succursale qui l'avait engagé que celui qui lui a succédé qu'il y avait un certain nombre de clients qui avaient des actions de Facebook et que, lorsqu'ils recevraient les actions, elles arriveraient chez le courtier. Il a témoigné que personne chez Macquarie ne lui a demandé comment ils étaient parvenus à obtenir des actions avant le PAPE.

¶ 100 Il a témoigné que RK lui a transmis les instructions de virement télégraphique à donner à JM. Il les a transmises aussi à PL et DL.

¶ 101 Il a témoigné qu'au moment des instructions de virement, il n'avait jamais entendu parler de New Economy Holdings.

¶ 102 Il a dit qu'il croyait que le PAPE avait eu lieu en mai 2012 et que le délai d'incessibilité courait probablement jusqu'en octobre ou au début de novembre de cette année-là. Il a témoigné qu'il y avait un malaise à cause de l'absence de documents justificatifs et qu'il ne s'en est mêlé qu'à cause de son fils. Il a dit que les gens étaient fâchés contre RK, ne voulaient plus lui parler et qu'ils ont donc appelé l'intimé.

¶ 103 Il a dit qu'il savait que certains de ses clients participaient, comme le faisait son fils, de sorte que [TRADUCTION] « je suis devenu une sorte de messenger... Mais juste pour simplifier les choses, j'ai commencé à en parler comme "notre groupe" ».

¶ 104 L'intimé dit qu'il a commencé à envoyer ce qu'il appelait des « courriels de messenger ». Il n'en a envoyé aucun à JM comme il le tenait au courant verbalement.

¶ 105 Il a témoigné qu'il pensait que les actions de Facebook ont été vendues en septembre 2014. Il comprend que le produit n'a pas été déboursé.

¶ 106 En contre-interrogatoire, il a reconnu ne pas savoir quoi dire au sujet du fait que Macquarie avait indiqué ne pas pouvoir trouver de courriels de l'intimé à l'un ou l'autre de ses directeurs portant sur l'affaire de Facebook. Il a reconnu n'avoir cité ni l'un ni l'autre comme témoins à l'audience.

¶ 107 Il a reconnu ne pas avoir produit de notes de rencontres ou de conversations téléphoniques qu'il avait eues avec PL ou DL.

¶ 108 En contre-interrogatoire, on a fait passer en revue à l'intimé un certain nombre d'échanges de courriels avec PL ou DL concernant les actions de Facebook. L'objet des courriels est indiqué comme [TRADUCTION] « Actions de Facebook ». Dans aucun de ces courriels, l'intimé ne dit qu'il n'avait rien à voir dans l'opération sur Facebook. De plus RK, qui, d'après son témoignage, était la personne qui s'occupait vraiment de l'opération, n'était pas mis en copie ou mentionné dans les courriels.

¶ 109 Dans un courriel à l'intimé du 12 juin 2013, PL dit notamment : [TRADUCTION] « J'ai acheté les actions par votre entremise. » L'intimé a répondu en disant : « J'ai simplement porté l'"occasion" à votre attention. » En contre-interrogatoire, l'intimé a indiqué que même cela n'était pas exact, maintenant que c'était son fils qui avait porté l'occasion à l'attention de PL.

¶ 110 Lorsqu'on lui a demandé pourquoi il avait dit « j'ai acheté 3 300 actions », alors que c'était son fils qui avait réellement acheté les actions, il a témoigné qu'il voulait montrer qu'il était intéressé. Il s'agissait d'une réponse à de nombreux commentaires de PL et DL disant qu'ils n'aimaient pas la façon dont il traitait la chose.

¶ 111 Lorsqu'on l'a contre-interrogé au sujet de la raison pour laquelle il avait demandé à PL et DL de ne pas utiliser son adresse de courriel chez Macquarie, il a dit : [TRADUCTION] « Eh bien, essentiellement, je ne veux pas que des renseignements au sujet d'une opération sans inscription dans les livres à laquelle je ne suis pas mêlé arrivent chez Macquarie parce que ça laisse entendre que j'y suis mêlé. »

¶ 112 On a référé l'intimé à un courriel à DL, daté du 18 juin 2013, dans lequel il disait notamment : [TRADUCTION] « Chaque personne intéressée, moi y compris, a viré des fonds à la même destination. » Tout en concédant que l'affirmation n'était pas exacte, il a dit qu'il l'avait faite pour soulager l'anxiété de PL et DL.

¶ 113 En novembre 2013, l'intimé a envoyé un courriel aux [TRADUCTION] « investisseurs dans Facebook ». Il a témoigné que ces investisseurs étaient soit des clients à lui, soit des personnes indiquées par un client. Dans ce courriel, il dit notamment : « Je peux vendre la position de chaque personne séparément. » Ensuite, il leur demande de l'informer du moment où ils souhaitent que les actions soient vendues. Il donne aussi les renseignements aux personnes qui ne veulent pas que leurs actions soient vendues.

¶ 114 Il a témoigné que les personnes qui avaient des comptes auprès de lui se tourneraient vers lui, vu qu'il était conseiller en placement, pour effectuer le suivi de l'opération et les tenir à jour à ce sujet. Il les appelait [TRADUCTION] « notre groupe » ou [TRADUCTION] « mon groupe » en dépit du fait qu'il a témoigné qu'il n'avait rien à voir dans l'opération.

¶ 115 Toutefois, dans la suite du contre-interrogatoire, il a dit que ces personnes le considéraient comme leur conseiller financier et que les opérations allaient passer par Macquarie. Bien qu'il ait demandé des instructions aux clients, il ne voulait pas d'une correspondance chez Macquarie au sujet de ce qui, prétendait-il, était toujours une opération sans inscription dans les livres à laquelle il n'était pas mêlé.

VI. RK

¶ 116 L'intimé a demandé d'appeler RK par conférence téléphonique. RK était aux Bahamas et ne pouvait assister à l'audience en personne. L'avocat du personnel a donné son consentement.

¶ 117 RK a témoigné que les membres du groupe d'achat, dont PL et DL, étaient des personnes connues de lui.

¶ 118 RK a reconnu qu'il n'était pas présent à la rencontre entre PL, DL et l'intimé.

¶ 119 Il a témoigné qu'il n'était inscrit ni auprès de l'OCRCVM ni auprès de la CVMO, qu'il était simplement un investisseur privé. Il a témoigné qu'il n'était pas un client de l'intimé, mais qu'il savait que celui-ci était courtier.

¶ 120 RK a témoigné qu'il est l'administrateur unique de New Economy Holdings. Il n'a pas révélé s'il est également propriétaire.

¶ 121 RK a témoigné qu'en septembre 2014, une société de fiducie a vendu toutes les actions de Facebook, y compris celles de PL et DL. Il ne pouvait se rappeler si PL et DL avaient donné des instructions de vente. La société de fiducie a vendu les actions qui étaient au nom de New Economy.

¶ 122 Il a témoigné qu'il avait lui-même pris la décision de vendre les actions de Facebook, [TRADUCTION] « probablement en consultation avec quelques-uns des plus gros partenaires du groupe ».

¶ 123 RK a témoigné que le produit de la vente était détenu à l'heure actuelle par une société de fiducie aux Bahamas.

¶ 124 RK a témoigné que New Economy n'avait pas de procuration pour prendre la décision de vendre pour le compte des investisseurs individuels. RK a fait ce qu'il pensait être dans l'intérêt de tous les investisseurs dans Facebook avant le PAPE.

D. LA CRÉDIBILITÉ DES TÉMOINS

¶ 125 Le contre-interrogatoire est le moyen qui permet de mettre à l'épreuve la preuve présentée par l'autre partie. On l'a désigné comme [TRADUCTION] « le meilleur mécanisme juridique jamais inventé pour découvrir la vérité » (Wigmore).

¶ 126 La règle bien connue établie dans l'arrêt *Browne v. Dunn* (1893), 6 R 67 H.L. veut que, si une partie compte plaider ou présenter une preuve que le témoignage d'un témoin ne devrait pas être accepté, elle a

l'obligation de présenter cette position au témoin et de lui donner la possibilité d'y répondre.

¶ 127 Ainsi qu'il a été indiqué, l'intimé a choisi de ne pas être présent à l'audience au fond au cours de la présentation de la preuve du personnel. Il était représenté par des mandataires qui, bien qu'ils aient été invités à le faire par la formation d'instruction, n'ont pas contre-interrogé les témoins cités par le personnel de l'OCRCVM.

¶ 128 À plusieurs reprises avant l'audience au fond, la formation d'instruction a incité l'intimé à être présent. Il a estimé que la réunion à Nassau était plus importante. L'intimé a pris délibérément la décision de ne pas être présent à l'audience au fond lorsque la preuve contre lui était présentée. Il a pris délibérément la décision de ne contester aucun élément de cette preuve au moyen du contre-interrogatoire.

¶ 129 Le témoignage des trois témoins du personnel, PL, DL et SLG, a été livré d'une manière directe et croyable. Nous l'avons jugé crédible.

¶ 130 Le témoignage de l'intimé était moins direct. Il a changé avec le temps.

¶ 131 Petit exemple, sur la question de savoir si l'intimé achetait une partie des actions de Facebook pour lui-même. PL et DL ont tous deux témoigné que l'intimé avait dit qu'il était un investisseur. En fait, ils croyaient que l'intimé leur permettait d'acheter une partie de ses actions, pour minimiser son risque. L'intimé a nié l'exactitude de ces affirmations de PL et DL, malgré le fait que, ainsi qu'il a été indiqué, ni PL ni DL n'ont été contre-interrogés sur ce point.

¶ 132 En contre-interrogatoire, l'intimé a témoigné qu'initialement, il peut avoir amené les frères L à penser qu'il était un acheteur. Toutefois, quand le nombre de participants a augmenté au-delà des frères L qui, maintenant-il, n'étaient pas des clients, pour comprendre des personnes en qui il voyait des clients, il a décidé de ne pas investir.

¶ 133 Pourtant, le 18 juin 2013, il a envoyé un courriel à DL, dans lequel il disait notamment [TRADUCTION] « Chaque personne intéressée, moi y compris, a viré des fonds à la même destination » [non souligné dans l'original]. L'intimé a témoigné que cette affirmation n'était pas exacte, mais avait été faite pour [TRADUCTION] « soulager leur anxiété en disant, je suis logé à la même enseigne que vous ».

¶ 134 Auparavant, le 12 juin 2013, l'intimé avait écrit à PL, lui disant notamment : [TRADUCTION] « Nul ne réalise plus que moi que ça prend un temps fou, comme j'ai acheté 3 300 actions et je peux produire les virements télégraphiques ». En contre-interrogatoire, l'intimé a reconnu que cette déclaration n'était pas véridique.

¶ 135 Le témoignage de l'intimé était souvent intéressé et décousu; bien que nous ne pensions pas que l'intimé ait délibérément menti à la formation d'instruction, nous acceptons le témoignage de PL, DL et SLG, lorsqu'il contredit le témoignage de l'intimé.

E. LA DÉCISION

¶ 136 L'article 1 de la règle 29 des courtiers membres est ainsi conçu :

1. Les courtiers membres ainsi que chaque associé, administrateur, dirigeant, surveillant, représentant inscrit, représentant en placement et employé d'un courtier membre (i) sont tenus d'observer des normes élevées d'éthique et de conduite professionnelle dans l'exercice de leur activité, (ii) ne doivent pas avoir de conduite ou de pratique commerciale inconvenante ou préjudiciable aux intérêts du public et (iii) doivent avoir le caractère, la réputation, l'expérience et la formation qui correspondent aux normes mentionnées aux points (i) et (ii) qui précèdent ou que le conseil peut prescrire.

¶ 137 Il est clair à nos yeux qu'il s'agissait d'une opération « sans inscription dans les livres ». L'intimé a accepté cette position en contre-interrogatoire.

¶ 138 Il est également clair à nos yeux que Macquarie n'était aucunement au courant de cette opération et ne

l'a pas autorisée, malgré les protestations du contraire par l'intimé.

¶ 139 L'intimé a pris délibérément des mesures visant à dissimuler les détails de l'opération à Macquarie, particulièrement après que les choses ne se sont pas passées de la manière prévue. Il est allé jusqu'à demander à ses clients de supprimer l'adresse de courriel chez Macquarie et de n'utiliser que son adresse de courriel privée dans toute correspondance future. Il a témoigné qu'il avait agi ainsi pour que Macquarie ne pose pas de questions au sujet d'une opération à laquelle il prétendait ne pas être mêlé.

¶ 140 À notre avis, l'intimé était étroitement mêlé à cette opération. Il a fait ouvrir des comptes chez Macquarie à ses clients, PL et DL, pour recevoir les actions de Facebook, lorsqu'elles seraient disponibles. Il a témoigné qu'il espérait que l'indication de cette occasion aux frères L marquerait le commencement d'une relation de placement. Il n'était pas nécessaire de formaliser immédiatement la relation comme toutes les parties comprenaient qu'il y aurait un délai d'incessibilité de 6 mois après le PAPE avant que les actions deviennent librement négociables.

¶ 141 Les deux frères L pensaient qu'ils étaient clients de Macquarie en février 2012 après la rencontre au cours de laquelle l'intimé avait fait état de son emploi chez Macquarie.

¶ 142 Lorsqu'on lui a demandé à quel moment il pensait être devenu client de Macquarie, PL a répondu : [TRADUCTION] « Au moment où j'ai décidé d'aller de l'avant et d'acheter les actions de Facebook, je me considérais comme faisant partie de l'écosystème de Macquarie, comme un client de Macquarie. »

¶ 143 En février 2012, PL et DL pensaient qu'ils étaient clients de Macquarie, ils agissaient et ils étaient traités par l'intimé comme s'ils étaient des clients. La formalisation de leur relation dans des documents est venue plus tard.

¶ 144 Ainsi qu'il est dit dans le Manuel sur les normes de conduite :

Des opérations sur titres en dehors des activités normales de la société, qu'on appelle parfois opérations externes, peuvent exposer le client à des risques inconnus et donner lieu à un recours en responsabilité civile pour le conseiller en placement et son employeur. Les activités qui se déroulent sans que la société en soit informée font échec à une supervision efficace de la gestion des comptes-clients, laquelle est une exigence que les organismes d'autoréglementation imposent aux sociétés. La responsabilité légale des sociétés peut être mise en cause du fait de gestes posés par leurs employés qui effectuent de telles opérations, même si l'employeur n'a pas connaissance de ces activités.

¶ 145 On nous a cité un certain nombre d'affaires dans lesquelles des formations d'instruction ont conclu que la facilitation d'opérations sans inscription dans les livres à l'insu ou sans l'autorisation de la société membre constitue une violation de l'article 1 de la règle 29 des courtiers membres ou du texte correspondant antérieur.

¶ 146 Ces décisions comprennent notamment :

- (a) *Wu (Re)*, [2002] IDACD No. 28;
- (b) *Gaudet (Re)*, 2010 OCRCVM 29;
- (c) *Stefiuk (Re)*, 2011 OCRCVM 24;
- (d) *Blackmore (Re)*, 2014 OCRCVM 43;
- (e) *Pariak-Lukic (Re)*, 2014 OCRCVM 1;
- (f) *MacEachern (Re)*, 2014 OCRCVM 37.

¶ 147 Après un examen attentif de l'ensemble de la preuve présentée, nous sommes d'avis, à l'unanimité, qu'« [e]n février 2012 ou vers cette période, Earl Marek a facilité des opérations sans inscription dans les livres pour deux clients, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, en contravention de l'article 1 de la Règle 29 des courtiers membres de l'OCRCVM ».

F. L'AUDIENCE SUR LES SANCTIONS

¶ 148 Nous n'avons pas encore pris de décision au sujet des sanctions à imposer à l'intimé, le cas échéant, par suite de notre conclusion que l'allégation portée dans l'avis d'audience a été établie.

¶ 149 À cet égard, nous demandons à la coordonnatrice des audiences de communiquer avec les parties pour établir une date convenant aux deux parties en vue d'une audience par comparution à laquelle la formation d'instruction pourra recevoir la preuve et les observations des parties au sujet des sanctions.

FAIT à Toronto, le 3 octobre 2016.

Thomas J. Lockwood

Président

Lou D'Souza

Membre

Daniel Iggers

Membre

Droit d'auteur © 2016 Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières. Tous droits réservés.