

Re Husebye

AFFAIRE INTÉRESSANT :

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

et

Kim Husebye

2016 OCRCVM 21

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

Audience sur les sanctions tenue le 16 mai 2016
Décision rendue le 26 mai 2016

Formation d'instruction

Martin L. Friedland, C.C., c.r. (président), Charles Macfarlane et T. Hugh McNabney

Comparutions

Rob DelFrate, avocat principal de la mise en application pour l'OCRCVM

Michael Byers, pour l'intimé

DÉCISION ET MOTIFS SUR LES SANCTIONS

Le contexte

¶ 1 L'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) a délivré un avis d'audience le 10 juin 2015, alléguant que Kim Husebye (l'intimé) a commis la contravention suivante :

Au cours de la période allant de novembre 2009 à décembre 2010, l'intimé n'a pas fait preuve de la diligence voulue pour veiller à ce que ses recommandations de placement conviennent à ses clients, en contravention de l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 des courtiers membres de l'OCRCVM.

¶ 2 Une audience a été tenue en janvier 2016. À cette audience, l'OCRCVM a fait valoir, dans son plaidoyer final, que [TRADUCTION] « l'intimé a recommandé à plusieurs de ses clients des titres de fonds négociés en bourse à effet de levier (FNBEL), à risque élevé. Il n'a pas fait preuve de la diligence voulue pour apprécier les risques liés aux titres de ces FNBEL. L'intimé a négligé ou ignoré une information claire et non ambiguë au sujet des risques importants liés à un placement dans des titres de FNBEL et a concentré une partie considérable des comptes de clients dans ces titres. »

¶ 3 À l'audience de janvier, la formation a conclu (au paragraphe 8 de *Re Husebye* 2016 OCRCVM 05) que l'intimé avait contrevenu à l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 et a dit : « Pour les motifs qui suivent, la formation juge que la preuve établissant que l'intimé n'a pas fait preuve de la diligence voulue pour veiller à ce que ses recommandations de placement conviennent à ses clients est claire et convaincante. » Pour le détail des raisons

qui ont amené la formation à cette décision, les lecteurs peuvent se reporter à la décision elle-même.

¶ 4 Une audience sur les sanctions a été ensuite fixée et elle a eu lieu le 16 mai 2016. C'est le même avocat qui a comparu à l'audience sur les sanctions. La formation a réservé sa décision. Voici notre décision et nos motifs sur les sanctions.

Les sanctions proposées

¶ 5 Le personnel a fait valoir que les sanctions suivantes étaient justifiées en l'espèce :

- i. une amende de 40 000 \$;
- ii. une interdiction de réinscription de l'intimé auprès de l'OCRCVM d'une durée de 4 mois;
- iii. le paiement d'une somme de 25 000 \$ au titre des frais.

¶ 6 L'intimé a proposé les sanctions suivantes :

- i. une amende de 5 000 \$;
- ii. une interdiction de réinscription de l'intimé auprès de l'OCRCVM d'une durée de 6 mois;
- iii. le paiement d'une somme de 5 000 \$ au titre des frais.

¶ 7 La formation a conclu que les sanctions suivantes étaient appropriées en l'espèce :

- i. une amende de 20 000 \$;
- ii. une interdiction de réinscription de l'intimé auprès de l'OCRCVM d'une durée de 6 mois;
- iii. l'obligation de réussir le Cours relatif au Manuel sur les normes de conduite avant de demander la réinscription;
- iv. le paiement d'une somme de 10 000 \$ au titre des frais.

Les motifs de la décision de la formation sur les sanctions

¶ 8 **L'intimé.** Il ne s'agit pas d'un cas de représentant frauduleux ou incompetent qui aurait abusé de ses clients. À l'audience antérieure, nous avons entendu le témoignage assez long de l'intimé. Il nous a donné l'impression d'un représentant inscrit intelligent, dévoué. Dans nos motifs antérieurs (au paragraphe 9), nous avons dit : « La formation accepte la position de l'avocat de l'intimé que [TRADUCTION] "M. Husebye possède une vaste expérience en analyse technique et en analyse financière fondamentale et une connaissance approfondie d'un large éventail de produits et de concepts financiers" ». ».

¶ 9 Il tentait sincèrement de faire de son mieux pour ses clients. Comme nous l'avons indiqué (au paragraphe 81), l'intimé « croyait sincèrement que sa stratégie convenait à ses clients ». Il pensait que la reprise du marché après le grave repli de 2008 était temporaire et que le marché continuerait à se replier. Les événements lui avaient donné raison juste avant le krach de 2008 lorsqu'il avait conseillé à ses clients de détenir des liquidités ou des quasi-liquidités. De plus, il n'a pas tiré un profit plus grand de sa stratégie en achetant des titres négociés en bourse à effet de levier que s'il avait acheté des produits plus prudents.

¶ 10 Le problème vient d'une erreur de jugement dans l'utilisation de ces produits risqués pour les trois investisseurs qui ont porté plainte, qui n'étaient pas des investisseurs avertis, particulièrement l'une d'entre eux, qui avait un très petit pécule au moment où elle approchait de la retraite et qui ne comprenait pas bien le fonctionnement de ces produits. Bien que, comme nous l'avons dit (au paragraphe 62), « [i]l n'existe pas de critère de démarcation nette permettant de déterminer si un titre est à risque élevé », nous avons conclu que « les titres de fonds inversés à effet de levier visés étaient des titres comportant un risque relativement élevé ».

Il n'y a pas de preuve que les autres clients de l'intimé qui ont acheté ces titres se soient plaints de l'utilisation de ces produits. Il se peut que les produits leur aient convenu. Il se peut qu'ils aient été des investisseurs avertis et qu'ils aient eu d'autres éléments d'actif moins risqués dans leurs portefeuilles. Comme l'a dit une formation de l'*Alberta Securities Commission*, « Les décisions au sujet de la convenance dépendront toujours des faits » (*Re Lamoureux* 2001 A.S.C.D. No. 613, à la page 21).

¶ 11 Ces produits n'étaient pas des titres de fonds inversés simples. C'étaient des titres de fonds inversés à effet de levier, qui fournissaient le double de la performance d'un fonds inversé simple. Ainsi que l'établissent clairement les prospectus de ces fonds, c'étaient des placements risqués. De plus, les trois clients qui ont porté plainte avaient tous leurs placements auprès de M. Husebye (à l'exception des liquidités) dans des FNB inversés à effet de levier qui doubleraient les augmentations et les diminutions de valeur que subiraient les FNB inversés simples. Il n'était pas nécessaire d'utiliser des produits comportant un effet de levier double parce qu'il existait des FNB inversés sans effet de levier. L'intimé devait certainement bien connaître ces produits. C'était une erreur de jugement de choisir des produits aussi risqués.

¶ 12 **La dissuasion.** Il est clair que la dissuasion est un facteur à prendre en compte pour déterminer les sanctions appropriées (voir l'arrêt *Re Cartaway Resources Corp* [2004] 1 R.C.S. 672). Mais un tribunal administratif – qu'il s'agisse d'une commission de valeurs mobilières ou d'une formation d'instruction de l'OCRCVM – doit veiller à ne pas accorder un poids trop grand à la dissuasion. Ainsi qu'a statué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cartaway* (au paragraphe 64) :

Le poids à donner à la dissuasion générale variera d'une affaire à l'autre et relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission. La protection de l'intérêt public exige que l'on privilégie des mesures de réparation susceptibles de varier selon les circonstances. Les tribunaux doivent examiner l'ordonnance dans son ensemble pour vérifier son caractère raisonnable. Aucun facteur ne peut être pris en considération isolément. Une telle méthode fausserait l'évaluation détaillée et nuancée qui s'impose à la Commission pour concevoir une ordonnance qui soit dans l'intérêt public. Cependant, l'attribution d'un trop grand poids à un facteur particulier, y compris la dissuasion générale, rendrait l'ordonnance déraisonnable.

En l'espèce, la formation considère qu'une amende de 20 000 \$ accorderait un poids approprié à la dissuasion. Il faut veiller à ne pas imposer de sanctions qui pourraient avoir l'effet de décourager ou de paralyser l'innovation et les prises de position à contre-courant dans le secteur des valeurs mobilières. De plus, l'intimé a déjà payé cher pour son erreur de jugement. Il n'est plus employé dans le secteur des valeurs mobilières depuis qu'il a été forcé de quitter Raymond James en 2013. On nous a présenté ses déclarations de revenus établissant qu'après ces événements, son revenu, qui n'avait jamais été élevé, a chuté à un niveau très bas au cours des dernières années.

¶ 13 **La jurisprudence.** Le personnel et l'avocat de l'intimé ont cité un grand nombre d'affaires. Nous les avons examinées. Aucune affaire n'est, comme disent les avocats, « analogue en tous points » à l'espèce. Dans plusieurs de ces affaires, il existait d'autres facteurs aggravants entraînant des sanctions plus fortes, comme la multiplication des opérations, des opérations discrétionnaires, une condamnation antérieure pour faux, des clients dont les paramètres de tolérance au risque prévoyaient zéro pour le risque élevé, ou un représentant ne connaissant pas le produit. Dans certaines affaires, l'intimé n'a pas comparu à l'audience. Un très petit nombre des affaires portaient sur le type de FNB en question dans la présente affaire. Bon nombre des affaires faisaient suite à des ententes de règlement; or, ces affaires sont souvent difficiles à invoquer comme précédents, parce qu'on n'est jamais certain que la situation véritable a été établie dans ce type d'affaires. Autant que nous sachions, comme nous l'avons dit dans notre décision antérieure (au paragraphe 60) : « La présente affaire semble constituer la première audience contestée de l'OCRCVM portant sur la convenance des titres de fonds négociés en bourse inversés ou à effet de levier ». Néanmoins, nous avons été frappés par le fait que, dans bon nombre des affaires comparables sur la convenance qu'on nous a citées, la formation avait imposé une amende de 20 000 \$, comme celle que nous avons imposée en l'espèce.

¶ 14 **Autres facteurs.** Il y a de nombreux autres facteurs que nous pourrions considérer pour déterminer les sanctions. Certains sont exposés dans les Lignes directrices sur les sanctions de l'OCRCVM de 2015, sous le titre « Facteurs clés dans la détermination des sanctions ». La liste, disent les Lignes directrices, « est donnée à titre indicatif et n'est pas exhaustive ». Les trois premiers facteurs sont : « Le nombre, la taille et le caractère des opérations en cause », « L'intimé a-t-il eu de nombreux agissements et/ou un schéma de conduite fautive » et « L'intimé a-t-il eu la conduite fautive sur une longue période? ». Selon nous, la présente affaire ne porte que sur trois clients pendant une période d'un an. Lorsque l'employeur de l'intimé a exprimé sa préoccupation au sujet de la concentration de ces produits, l'intimé a cessé de les offrir à ses nouveaux clients, bien qu'il n'ait pas conseillé aux plaignants de se défaire de ces produits. La plupart des autres affaires qu'on nous a citées comportant des sanctions plus lourdes que celles que nous imposons portaient sur un nombre de clients beaucoup plus grand.

¶ 15 Un autre facteur figurant dans la liste est le suivant : « l'intimé a-t-il accepté la responsabilité de sa conduite fautive et reconnu celle-ci auprès de son employeur ou de l'autorité de réglementation...? ». M. Husebye ne l'a pas fait, mais c'est qu'il pensait que sa stratégie était la bonne. Il a continué à penser qu'il avait raison et a défendu sa position à la première audience. Cela était justifié et ça ne devrait pas être une raison d'augmenter les sanctions. Pour la même raison, le défaut de montrer du remords n'est pas pertinent s'il pensait que sa méthode était justifiée.

¶ 16 Un autre facteur figurant dans la liste est le suivant : « L'intimé a-t-il négligé de tenir compte des orientations d'ordre réglementaire au sujet de la conduite fautive en cause? » On peut certainement lui reprocher de ne pas avoir tenu compte de ce que les autorités de réglementation du Canada et des États-Unis disaient au sujet de ces produits, comme nous l'avons indiqué aux paragraphes 53 à 59 de notre décision antérieure.

¶ 17 Les Lignes directrices disent : « L'incapacité de paiement constitue une considération pertinente dans la détermination des sanctions financières appropriées à imposer à l'intimé ». Bien que l'intimé ait soulevé la question, nous n'en avons pas tenu compte parce qu'on n'a pas présenté de preuve claire au sujet de l'état de son actif. Par contre, nous avons tenu compte de sa situation financière personnelle pour déterminer la difficulté qu'il a subie par suite de sa conduite.

¶ 18 **L'interdiction de réinscription.** Nous avons décidé qu'une interdiction de réinscription d'une durée de six mois est appropriée. C'est la durée que proposait l'intimé. Nous exigeons aussi que l'intimé réussisse le Cours relatif au Manuel sur les normes de conduite avant de demander la réinscription. Nous croyons comprendre que cela serait sûrement exigé par l'OCRCVM de toute façon, puisque l'intimé n'est plus personne inscrite depuis trois ans.

¶ 19 **Les frais.** Quel montant de frais faut-il accorder? Les frais réels engagés par l'OCRCVM dans la présente affaire se chiffraient au moins à 80 000 \$, selon un affidavit présenté en preuve par le personnel. L'avocat de l'OCRCVM a suggéré que les frais à payer soient fixés à 25 000 \$. L'intimé a suggéré 5 000 \$. Un certain nombre d'affaires que nous avons examinées ont fixé les frais à un chiffre qui est même inférieur à 5 000 \$. Certaines de celles-ci étaient au niveau de 2 000 \$.

¶ 20 Il n'y a pas de formule établie pour déterminer le montant approprié des frais. Ce montant est laissé au jugement de la formation d'instruction. Dans les circonstances de l'espèce, nous estimons que le montant approprié est de 10 000 \$. L'intimé a eu un revenu très faible ou n'en a eu aucun depuis un certain nombre d'années par suite de la présente procédure et il a présenté un affidavit selon lequel [TRADUCTION] « le paiement d'un montant quelconque sera au-dessus de mes moyens actuels ». Comme nous l'avons dit auparavant, il s'agit de la première affaire contestée sur la question de la convenance de ces produits. Il est dans l'intérêt public qu'une formation donne des orientations sur la convenance de ce type de titres. Un chiffre supérieur à 10 000 \$ pourrait être vu par certains comme l'équivalent d'une sanction supplémentaire. Il serait certainement considéré ainsi par l'intimé. À notre avis, il ne s'agit pas d'une conduite grave d'un représentant sans scrupules. Il s'agit d'une erreur de jugement commise par une personne consciencieuse cherchant à faire de son mieux pour ses clients.

Conclusion

¶ 21 Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, la formation a conclu que les sanctions appropriées en l'espèce sont les suivantes :

- i. une amende de 20 000 \$;
- ii. une interdiction de réinscription de l'intimé auprès de l'OCRCVM d'une durée de 6 mois;
- iii. l'obligation de réussir le Cours relatif au Manuel sur les normes de conduite avant de demander la réinscription;
- iv. le paiement d'une somme de 10 000 \$ au titre des frais.

Fait à Toronto, le 26 mai 2016.

Martin L. Friedland, C.C., c.r., président

Charles Macfarlane

T. Hugh McNabney

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