

Re Octagon Capital

AFFAIRE INTÉRESSANT :

**Une audience en procédure accélérée tenue en vertu de l'article 42
de la Règle 20 des courtiers membres de l'Organisme canadien
de réglementation du commerce des valeurs mobilières**

et

Octagon Capital Corporation

2016 OCRCVM 02

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

Audience tenue le 3 décembre 2015, à Toronto (Ontario)
Décision orale rendue le 3 décembre 2015
Motifs écrits rendus le 17 décembre 2015

Formation d'instruction

Mark Sandler, président, Daniel Iggers et Nick Savona

Comparutions

Elissa Sinha, avocate principale de la mise en application

Charles Corlett, avocat principal de la mise en application

David Hausman, avocat de M. Palumbo

MOTIFS DE LA DÉCISION

Introduction

¶ 1 L'article 41 de la Règle 20 des courtiers membres permet au personnel de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) de demander une audience en procédure accélérée concernant un courtier membre, sans avis, dans les circonstances prévues à l'article 42 de la Règle 20.

¶ 2 L'une de ces circonstances est le cas où le courtier membre se trouve en difficulté financière ou d'exploitation de sorte qu'il n'est pas possible de lui permettre de poursuivre son exploitation sans un risque de préjudice imminent pour le public, les autres courtiers membres ou l'OCRCVM, selon l'alinéa 42(1)(d) de la Règle 20. Lorsque la formation d'instruction détermine qu'une telle circonstance existe, elle a le pouvoir d'imposer au courtier membre les sanctions prévues à l'article 45 de la Règle 20, notamment la suspension de sa qualité de membre.

¶ 3 Le 3 décembre 2015, nous avons tenu une audience en procédure accélérée concernant Octagon Capital Corporation (l'intimée). Bien que l'article 41 de la Règle 20 permette de demander la tenue d'une audience en procédure accélérée sans avis à l'intimé, en l'espèce, de fait, un avis a été donné à l'intimée. L'avocat de M. Palumbo, président du conseil et chef de la direction de l'intimée et actionnaire majoritaire de celle-ci par l'entremise d'une société de gestion, a assisté à l'audience.

¶ 4 Le personnel a invoqué l'affidavit d'Emily Pang, chef de la conformité des finances et des opérations (CFO) de l'OCRCVM, au soutien de sa demande d'audience en procédure accélérée et du projet d'ordonnance qu'il demandait à la formation d'instruction de prononcer. M^{me} Pang n'a pas été contre-interrogée au sujet de son affidavit. Aucune autre preuve n'a été présentée à l'audience. Sur le fondement du témoignage de M^{me} Pang, nous avons été convaincus que les circonstances existantes appuyaient tant la demande d'audience en procédure accélérée que le projet d'ordonnance. M. Palumbo a également consenti au projet d'ordonnance. Nous avons donc signé l'ordonnance correspondant au projet à la conclusion de l'audience, avec motifs écrits à suivre. Voici nos motifs écrits.

La preuve

Le contexte

¶ 5 L'intimée est devenue membre de l'OCRCVM à titre de courtier en placement, le 28 septembre 2009. Elle avait été inscrite auprès de l'association que l'OCRCVM a remplacée, l'Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières, depuis 2003. Son unique bureau est situé à Toronto (Ontario).

¶ 6 L'intimée est un remisier de type 4. Elle s'occupait surtout de financement d'entreprises et de services de banque d'investissement pour des clients institutionnels. Elle avait des activités de détail limitées, consistant surtout dans les comptes d'amis et de membres de la famille de ses employés.

¶ 7 C'est le courtier chargé de comptes de l'intimée, Fidelity Investments Canada (Fidelity), qui tient les comptes des clients de l'intimée. À titre de remisier de type 4, l'intimée est responsable des exigences de financement quotidien nécessaires à la tenue des comptes de clients. Tous les titres et autres éléments d'actif de ses clients, à l'exception des espèces, sont détenus chez Fidelity. Toutefois, jusqu'à très récemment, les espèces de clients non employées, aussi appelées soldes créditeurs libres, étaient détenues par l'intimée. Il était permis à l'intimée d'utiliser dans ses opérations une partie des soldes créditeurs libres tant qu'elle satisfaisait aux exigences de capital de l'OCRCVM.

L'insuffisance de capital

¶ 8 Du 12 au 24 novembre 2015, les inspecteurs de la CFO ont effectué une inspection annuelle ordinaire de l'infrastructure de rapports réglementaires et des contrôles opérationnels de l'intimée.

¶ 9 Au cours de son inspection, la CFO a trouvé une créance qui avait été présentée incorrectement, ce qui avait eu pour effet de dissimuler une insuffisance de capital. Il s'agissait d'une créance d'honoraires de gestion correspondant à une somme de 690 000 \$ due à l'intimée par sa société mère (la créance d'honoraires de gestion). Elle avait été présentée dans le rapport financier mensuel (le RFM) de septembre 2015 de l'intimée comme un solde de client plutôt que comme un actif non admissible.

¶ 10 L'erreur de classement concernant la créance d'honoraires de gestion a entraîné la surévaluation du capital régularisé en fonction du risque (CRFR), ce qui a eu pour effet d'éviter le déclenchement des contrôles liés au système du signal précurseur de l'OCRCVM [les contrôles] et de donner l'impression que l'intimée avait satisfait aux exigences de capital minimum de l'OCRCVM avant l'inspection de novembre 2015. En outre, l'intimée continuait d'utiliser les soldes créditeurs libres de clients dans ses opérations alors que ces soldes créditeurs auraient dû être détenus en dépôt en fonction de la situation de capital réelle.

¶ 11 Lorsque la créance d'honoraires de gestion a été présentée correctement comme un actif non admissible, la CFO a déterminé que l'intimée avait une insuffisance de capital de 351 000 \$.

¶ 12 De plus, l'intimée avait masqué un débit notable dans le compte de négociation de sa société mère, consistant en partie en un prêt secondaire de 2,7 millions de dollars consenti par la société mère à l'intimée avec une garantie de John Palumbo, qui utilisait le solde dans son compte de négociation comme garantie. Toutefois, la valeur d'emprunt du compte de négociation de M. Palumbo n'était pas suffisante pour couvrir le solde débiteur. En masquant le débit avec une garantie insuffisante, l'intimée a fait paraître son capital plus grand qu'il ne l'était.

¶ 13 Le 25 novembre 2015, M^{me} Pang a communiqué avec le chef des finances de l'intimée, M. Everest, pour

discuter de l'insuffisance de capital. Celui-ci devait parler immédiatement à M. Palumbo et la rappeler. N'ayant pas de nouvelles de M. Everest, M^{me} Pang a communiqué avec M. Palumbo et l'a rencontré plus tard dans la journée avec M. Mirabella, directeur de la CFO. Ils ont informé M. Palumbo de l'insuffisance de capital résultant de la créance d'honoraires de gestion, de la garantie insuffisante et de certaines autres irrégularités comptables. À la suite de cette rencontre, l'insuffisance de capital a été notifiée officiellement à l'intimée, par écrit. L'avis indiquait également que, si l'insuffisance de capital n'était pas corrigée à midi le lendemain, l'affaire serait transmise au Service de la mise en application de l'OCRCVM.

¶ 14 Le 26 novembre 2015, M. Palumbo a informé l'OCRCVM que l'intimée n'avait pas l'intention de remédier à l'insuffisance de capital et préférait mettre fin à ses activités de façon ordonnée.

L'absence d'un chef des finances satisfaisant aux critères prévus et actif

¶ 15 Le 27 novembre 2015, M. Palumbo a informé M^{me} Pang par courriel qu'il tenait pour acquis que M. Everest ne reviendrait pas au travail et que des mesures étaient prises pour le révoquer comme dirigeant autorisé à signer à l'égard des comptes bancaires de l'intimée et lui enlever l'accès aux comptes, au courriel et au système de paie de celle-ci.

L'absence d'employés ou d'activité de négociation

¶ 16 Le 30 novembre 2015, l'intimée a licencié ses employés. Son contrôleur et l'employé responsable des comptes créditeurs ont été engagés sur une base contractuelle pour fournir une assistance sur les questions administratives. Le chef de la conformité a accepté de continuer de participer pour une courte période. L'intimée ne peut exercer ses activités sans employés et elle ne s'occupe pas de négociation, sinon pour accepter les ordres de liquidation des clients et les transmettre à Fidelity en vue de leur exécution.

Les soldes créditeurs disponibles de clients

¶ 17 Ainsi qu'il a déjà été indiqué, étant donné que l'intimée est un remisier de type 4, les titres de clients sont détenus chez Fidelity. Toutefois, les soldes créditeurs libres de clients (c'est-à-dire les espèces) étaient contrôlés par l'intimée qui les détenait dans deux comptes bancaires à la Banque de Montréal, dont l'un est un compte en dollars US.

¶ 18 Dès lors que l'intimée présentait une insuffisance de capital, elle n'avait le droit d'utiliser aucune partie des soldes créditeurs libres dans ses activités, mais devait les garder en dépôt à 100 %.

¶ 19 La CFO a examiné les soldes créditeurs libres présentés dans le système de comptabilité de courtage de Fidelity et les fonds disponibles dans les comptes de la Banque de Montréal. Elle a constaté une insuffisance d'environ 4,7 millions de dollars. Le 30 novembre 2015, l'intimée a transféré le reste des soldes créditeurs libres de clients des comptes de la Banque de Montréal chez Fidelity.

La position de M. Palumbo

¶ 20 L'avocat de M. Palumbo a indiqué à la formation d'instruction que M. Palumbo n'est pas forcément d'accord avec tous les faits présentés par le personnel, mais concède que les circonstances justifient le projet d'ordonnance présenté par le personnel.

L'analyse

¶ 21 La preuve établit de façon incontestable que l'intimée se trouve en difficulté financière ou d'exploitation de sorte qu'il n'est pas possible de lui permettre de poursuivre son exploitation sans un risque de préjudice imminent pour le public, les autres courtiers membres de l'OCRCVM et l'OCRCVM lui-même. L'intimée ne se conforme pas aux exigences de capital minimum de l'OCRCVM et n'a pas de chef des finances satisfaisant aux critères prévus et actif ou d'employés pour exploiter l'entreprise. L'enquête a révélé, notamment, qu'il y a une insuffisance d'environ 4,7 millions de dollars dans les soldes créditeurs de clients. L'intimée ne peut poursuivre son exploitation en toute sécurité dans ces circonstances.

¶ 22 Nous notons également qu'en vertu de l'alinéa 42(1)(a) de la Règle 20, une autre circonstance justifiant une audience en procédure accélérée et les mesures connexes est le cas où un courtier membre fait une cession

générale de ses biens au profit de ses créanciers, fait une cession autorisée ou une proposition à ses créanciers, est déclaré failli, une ordonnance de liquidation est rendue à l'égard du courtier membre, ou un séquestre ou un autre fonctionnaire ayant des pouvoirs analogues est nommé relativement à la totalité ou à une partie de l'entreprise et des biens du courtier membre. On nous a informés qu'une procédure d'insolvabilité devait être engagée devant le tribunal à la suite de l'audience en procédure accélérée dans la présente affaire et serait conclue par consentement. L'alinéa 42(1)(a) de la Règle 20 n'entre pas en jeu du fait d'une procédure d'insolvabilité qui n'est pas encore engagée, mais le fait qu'elle est imminente renforce le besoin de notre intervention.

¶ 23 Le personnel a proposé que nous ordonnions les mesures suivantes :

- La qualité de membre de l'OCRCVM de l'intimée est suspendue immédiatement;
- L'intimée doit cesser immédiatement de traiter avec le public;
- L'intimée doit se conformer à la Règle 600 des courtiers membres pendant toute la période de suspension;
- Les restrictions au titre du niveau 2 du système du signal précurseur et les restrictions additionnelles d'activité imposées à l'intimée dans la lettre du 25 novembre 2015 de l'OCRCVM resteront en vigueur pendant la période de suspension et jusqu'à ce que l'adhésion de l'intimée à l'OCRCVM prenne fin;
- L'intimée doit conserver tous les livres et registres, notamment tous les registres papier et les registres électroniques qu'elle a en sa possession ou dont elle a le contrôle (y compris tous les serveurs informatiques, disques durs et autres registres conservés en format électronique quelconque) (les registres) pendant une période de sept ans ou jusqu'à une autre ordonnance de la formation d'instruction et les fournir, sur demande, au personnel de l'OCRCVM;
- L'intimée paie toutes les cotisations normales impayées à l'OCRCVM et au Fonds canadien de protection des épargnants;
- Lorsque toutes les demandes de clients à l'encontre de l'intimée auront été réglées d'une manière jugée satisfaisante par le personnel, l'OCRCVM pourra, sans avis à l'intimée, demander une ordonnance mettant fin à sa qualité de membre;
- La présente ordonnance prend effet immédiatement.

¶ 24 L'article 45 de la Règle 20 confère à la formation d'instruction, notamment, le pouvoir de suspendre la qualité de membre, d'ordonner à un courtier membre de cesser immédiatement de traiter avec le public, d'imposer des conditions à la suspension de la qualité de membre ou au maintien de l'inscription ou de la qualité de membre ou en vue de faciliter le transfert ordonné des comptes de clients d'un courtier membre suspendu, et de révoquer les droits et privilèges rattachés à la qualité de membre.

¶ 25 À notre avis, tous les éléments du projet d'ordonnance s'inscrivent dans le cadre des pouvoirs que nous confère l'article 45 de la Règle 20 et sont appropriés dans les circonstances. La mesure prévoyant que l'intimée cesse immédiatement de traiter avec le public, ainsi que la suspension de l'intimée prenant effet immédiatement, protègent le public et les autres courtiers membres contre un risque continu de préjudice imminent. Ces mesures font également en sorte que le public peut être prévenu que l'intimée n'est plus un courtier membre en règle. La confiance dans le secteur et dans l'OCRCVM comme autorité de réglementation n'en exige pas moins. D'autres éléments du projet d'ordonnance visent à faciliter une transition ordonnée pour les clients et à réduire le préjudice qui peut être causé à eux et à d'autres. Nous reconnaissons que plusieurs éléments du projet d'ordonnance peuvent imposer des exigences qui survivront à la suspension de l'intimée et, ultimement, à sa qualité de membre. À notre avis, ces éléments s'inscrivent néanmoins dans la portée de l'article 45 de la Règle 20, particulièrement si l'on pense que les courtiers membres ont diverses autres obligations dans le cadre du régime réglementaire de l'OCRCVM qui continuent au-delà de la date où leur qualité de membre prend fin.

L'ordonnance

¶ 26 Pour ces motifs, nous avons prononcé l'ordonnance correspondant au projet présenté. Le personnel de l'OCRCVM n'a pas demandé de frais. Aucuns frais ne sont accordés. Nous savons gré à M^{me} Sinha et à M. Hausman de leur assistance à l'audience.

Fait à Toronto, le 17 décembre 2015.

Mark Sandler, président

Daniel Iggers

Nick Savona

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