

Re Gottfred

AFFAIRE INTÉRESSANT :

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

et

Kenneth John Gottfred (intimé)

2016 OCRCVM 22

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

Audience tenue le 20 avril 2016
Décision rendue le 2 juin 2016

Formation d'instruction

Joseph A. Bernardo, président, John Van Koll et Mark Redcliffe

Comparutions

Paul Smith, avocat de la mise en application

L'intimé n'était pas présent ni représenté par avocat.

DÉCISION AU FOND ET SUR LES SANCTIONS

Aperçu

¶ 1 Le 14 mars 2016, l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) a délivré un avis d'audience fixant l'audience au 20 avril 2016, à Vancouver. L'avis d'audience contenait les allégations suivantes contre Kenneth John Gottfred :

1. Au cours de la période allant de janvier 2011 à avril 2014, il a effectué des opérations discrétionnaires dans les comptes d'un client, en contravention de l'article 4 de la Règle 1300 des courtiers membres de l'OCRCVM.
2. Au cours de la période allant d'août 2011 à avril 2014, il a recommandé à des clients l'utilisation de la marge alors qu'elle ne leur convenait pas, en contravention de l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 des courtiers membres de l'OCRCVM.
3. Depuis avril 2015, il fait défaut de coopérer à l'enquête de l'OCRCVM, en contravention de l'article 5 de la Règle 19 des courtiers membres de l'OCRCVM.

¶ 2 Au commencement de la présente procédure, l'avocat de la mise en application a informé la formation d'instruction que l'intimé avait refusé de notifier une réponse comme l'exige l'article 7.1 des Règles de procédure et, en outre, avait informé le personnel qu'il n'avait pas l'intention de comparaître à l'audience. La formation a consenti à la demande de l'OCRCVM que l'audience se tienne en l'absence de l'intimé en vertu

des articles 7.2 et 13.5 des Règles de procédure.

¶ 3 Après avoir considéré le dossier et les observations de l’avocat, la formation a jugé que l’intimé avait contrevenu aux Règles des courtiers membres de l’OCRCVM ainsi qu’il était allégué dans l’avis d’audience. La formation a ensuite donné à l’OCRCVM la directive de présenter des observations sur les sanctions et, après les avoir entendues, a réservé sa décision sur les sanctions.

¶ 4 Voici les motifs de nos conclusions et des sanctions imposées.

L’audience tenue en l’absence de l’intimé

¶ 5 Les articles 7.2 et 13.5 des Règles de procédure confèrent à la formation d’instruction le pouvoir discrétionnaire de tirer des conclusions de fait et de déterminer les sanctions en l’absence de l’intimé, et sans qu’il soit nécessaire de recevoir et d’apprécier la preuve. Vu la nature de ce pouvoir discrétionnaire, il convient de citer au long ces dispositions.

L’article 7.2 prévoit :

Si l’intimé à qui l’avis d’audience a été notifié ne notifie pas une réponse conformément à l’article 7.1,

- (a) la Société peut tenir l’audience de la manière indiquée dans l’avis d’audience sans autre avis à l’intimé et en son absence;*
- (b) La formation d’instruction peut accepter comme prouvés les faits et les contraventions allégués par la Société dans l’avis d’audience et peut infliger des sanctions et condamner au paiement des frais conformément aux articles 33, 34 et 49 de la Règle 20 des courtiers membres.*

L’article 13.5 prévoit :

Lorsque l’intimé, après avoir reçu notification de l’avis d’audience, fait défaut de comparaître à une audience disciplinaire, la formation d’instruction peut procéder à l’audience en l’absence de l’intimé et peut accepter comme prouvés les faits et les contraventions allégués par la Société dans l’avis d’audience.

Après avoir déclaré l’intimé coupable des contraventions alléguées dans l’avis d’audience, la formation d’instruction peut immédiatement entendre les observations de la Société au sujet de la sanction appropriée et imposer cette sanction, selon ce qu’elle estime approprié, conformément aux articles 33 et 34 de la Règle 20 des courtiers membres.

¶ 6 L’objectif de ces dispositions est clair : c’est d’aider les formations d’instruction lorsqu’elles ont affaire à des intimés qui, par leur propre conduite, montrent indéniablement à l’OCRCVM qu’ils n’ont pas l’intention de participer à son processus disciplinaire. La solution prévue aux articles 7.2 et 13.5 des Règles de procédure est de prévoir une dispense des pratiques d’audience qui seraient normalement considérées comme fondamentales pour l’équité procédurale.

¶ 7 Comme l’a fait observer récemment une autre formation, il faut que les droits procéduraux dans les audiences de l’OCRCVM soient compris comme s’appliquant dans un contexte où l’intérêt public exige qu’il soit statué rapidement et de façon efficiente sur les allégations de conduite fautive : *Dirani (Re)*, 2016 OCRCVM 13, aux paragraphes 4 et 5. Lorsque l’intimé refuse de répondre aux allégations portées contre lui, il est par conséquent rationnel et proportionné de conférer au décideur le pouvoir discrétionnaire de renoncer à la mise à l’épreuve de la preuve et de considérer les allégations en l’absence de l’intimé.

¶ 8 Tout pouvoir discrétionnaire d’ordre réglementaire doit être exercé raisonnablement. Il s’ensuit qu’une décision de s’écarter sensiblement des pratiques habituelles exige un soin particulier. Les principes suivants devraient s’appliquer :

1. Avant d’exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu des articles 7.2 ou 13.5 des Règles de procédure, il faut que la formation d’instruction soit convaincue que l’intimé a été avisé de façon

suffisante des allégations et des conséquences négatives potentielles de la non-participation au processus disciplinaire.

2. Ce qu'on peut appeler l'effet déterminatif des articles 7.2 et 13.5 des Règles de procédure est limité. La formation d'instruction ne peut accepter comme prouvés que les faits et les contraventions allégués dans l'avis d'audience, ce qui revient à dire seulement ceux dont l'intimé a été avisé au préalable et qu'il a refusé de débattre. Si l'OCRCVM choisit de présenter un complément de preuve, il faut que celui-ci soit apprécié en fonction de la pertinence, de la crédibilité et de la fiabilité de la manière habituelle. De plus, la formation doit considérer si ce complément de preuve change le caractère de ce qui est reproché à l'intimé dans l'avis d'audience et, si c'est le cas, s'il serait inéquitable de l'accepter au dossier sans un avis préalable à l'intimé.
3. Enfin, si les articles 7.2 et 13.5 des Règles de procédure peuvent accélérer les conclusions de fait, le fardeau d'établir sa preuve selon la norme civile de la prépondérance des probabilités incombe toujours à l'OCRCVM : *Armstrong (Re)*, 2015 OCRCVM 34, au paragraphe 5. Pour que la formation accepte comme prouvée une violation alléguée dans l'avis d'audience, il faut qu'elle soit convaincue que les allégations de fait sous-jacentes sont suffisantes pour établir *prima facie* les éléments légaux de la conduite fautive.

L'avis à l'intimé

¶ 9 À l'audience, l'avocat a présenté l'affidavit de l'enquêteur principal Michael Smith, souscrit le 20 avril 2016 (l'affidavit), que la formation a accepté et versé au dossier.

¶ 10 L'affidavit atteste les éléments suivants :

1. Le 17 mars 2016, M. Smith a envoyé à l'intimé un courriel, auquel était jointe une copie de l'avis d'audience. Dans le courriel, M. Smith indiquait l'heure, la date et le lieu de l'audience, décrivait celle-ci de façon explicite comme une « audience disciplinaire » et demandait à l'intimé d'accuser réception et de confirmer s'il prévoyait comparaître.
2. L'intimé a répondu à M. Smith quelques minutes plus tard par un courriel de réponse. Il remerciait M. Smith de l'avis et disait : [TRADUCTION] « Je n'assisterai pas à cette réunion. »
3. Le 21 mars 2016, l'avis d'audience a été notifié à l'intimé par livraison par courrier recommandé à sa dernière adresse connue consignée dans les dossiers d'inscription de l'OCRCVM.

¶ 11 L'affidavit a été souscrit en bonne et due forme et aucun élément de son contenu ou du dossier en général ne suscite la moindre question au sujet de l'exactitude ou de la fiabilité des éléments qui sont attestés dans l'affidavit.

¶ 12 Sur le fondement de la preuve fournie par l'affidavit, il est clair que l'avis d'audience a été notifié à l'intimé conformément aux dispositions de l'alinéa 5.2(b) des Règles de procédure de l'OCRCVM.

¶ 13 L'affidavit établit aussi que l'intimé, par suite de son échange de courriels du 17 mars 2016 avec M. Smith, avait à la fois la possession personnelle d'une copie de l'avis d'audience et une connaissance personnelle des coordonnées de l'audience.

¶ 14 L'avis d'audience a informé l'intimé de ce que lui reproche l'OCRCVM. Il a aussi notifié explicitement à l'intimé que le défaut de notifier une réponse ou de comparaître à l'audience pourrait entraîner la conséquence que les allégations portées contre lui soient acceptées comme prouvées, que des sanctions lui soient imposées et qu'il soit condamné à des frais, en son absence. À notre avis, il n'y a aucun doute que l'intimé a été pleinement informé des conséquences négatives potentielles de la non-participation au processus disciplinaire de l'OCRCVM.

¶ 15 L'affidavit complétait aussi la preuve de l'OCRCVM en fournissant certains éléments de preuve relatifs

à la manière dont l'OCRCVM a mené son enquête. Ce complément de preuve ne change pas le caractère de ce qui est reproché à l'intimé par l'OCRCVM, exposé dans l'avis d'audience. Partant, nous acceptons le complément de preuve au dossier sans avis à l'intimé.

Conclusions

¶ 16 Sauf indication contraire, les conclusions suivantes découlent des allégations de fait contenues dans l'avis d'audience. Les conclusions découlant de l'affidavit sont indiquées comme telles.

Le contexte

¶ 17 L'intimé est devenu représentant inscrit pour la première fois en 1991 et a travaillé chez un courtier membre au Manitoba de 1992 à 1995.

¶ 18 Par la suite, il a déménagé à Kelowna (Colombie-Britannique), où il a été employé par une banque, de 1995 à 2002, comme représentant en épargne collective.

¶ 19 En 2002, l'intimé s'est joint à Raymond James, à Kelowna, comme représentant inscrit, poste qu'il a occupé sans interruption jusqu'à sa démission en février 2015. Il n'est plus inscrit auprès d'un autre courtier membre depuis lors.

¶ 20 Deux clients de la banque de Kelowna qui a employé l'intimé avaient un portefeuille de placement à la banque, d'une valeur totale d'environ 615 000 \$, composé surtout de titres d'organismes de placement collectif axés sur le revenu (les clients). En 2002, après que l'intimé s'est joint à Raymond James, les clients ont ouvert des comptes chez ce courtier et l'intimé était le représentant inscrit chargé de ces comptes. Âgés de 58 et 57 ans, respectivement, ils étaient tous les deux retraités et des investisseurs prudents, sans expérience de placement par l'entremise d'un courtier membre. Les clients ont transféré la totalité de leur portefeuille chez Raymond James dans l'année suivant l'ouverture de leurs comptes.

¶ 21 Des extraits de l'entrevue des clients menée par M. Smith sont inclus comme pièces jointes à l'affidavit. Ces extraits établissent les éléments suivants :

1. Les clients étaient un couple marié.
2. L'intimé avait été leur conseiller en placement à la banque, où leurs placements étaient surtout des certificats de placement garanti et des titres d'organismes de placement collectif.
3. Les clients n'avaient jamais acheté d'actions individuelles avant d'ouvrir leurs comptes chez Raymond James.

Les opérations discrétionnaires non autorisées

¶ 22 L'intimé a suggéré aux clients de le laisser exécuter des opérations sans communiquer d'abord avec eux. Les clients ont consenti à cet arrangement. Par la suite, ils n'ont plus parlé avec l'intimé « chaque fois » qu'un titre était acheté ou vendu.

¶ 23 Dans les extraits de l'entrevue avec M. Smith joints à l'affidavit, les clients indiquent qu'après qu'ils eurent accepté sa suggestion qu'il puisse exécuter des opérations de façon discrétionnaire pour eux, l'intimé les consultait encore à l'occasion avant d'exécuter une opération. De là, nous interprétons l'emploi de l'expression « chaque fois » dans l'avis d'audience dans le sens que l'intimé n'a pas consulté les clients « toutes les fois » qu'il a exécuté une opération pour leur compte.

¶ 24 L'avis d'audience ne précise pas la date à laquelle l'intimé a suggéré aux clients qu'il devrait exécuter les opérations pour leur compte sans les consulter, disant seulement que c'était « [q]uelques années après l'ouverture de leurs comptes ». Les extraits de l'entrevue des clients avec M. Smith joints à l'affidavit indiquent qu'autant qu'ils se souviennent, l'intimé a fait cette suggestion en 2004 ou 2005. Bien que l'intimé ait commencé à exécuter des opérations discrétionnaires dans les premières années des comptes, le chef pertinent de l'avis d'audience limite la période de la contravention aux trois dernières années des comptes, en disant que

la conduite fautive a eu lieu au cours de la période allant de janvier 2011 à avril 2014.

¶ 25 L'avis d'audience ne précise pas combien d'opérations l'intimé a exécutées de sa propre initiative. Il dit seulement qu'au cours de la période allant de 2011 à 2014, environ 274 opérations ont été effectuées dans les comptes des clients et que l'intimé n'a pas obtenu d'instructions particulières pour « bon nombre » de celles-ci.

¶ 26 L'article 4 de la Règle 1300 interdit au représentant inscrit d'exercer des pouvoirs discrétionnaires sur un compte de client à moins que les conditions suivantes soient réunies :

- (a) le courtier membre a désigné un ou des surveillants responsables des comptes carte blanche;
- (b) le client a préalablement donné une autorisation écrite conformément à l'article 5 de la présente Règle;
- (c) un surveillant désigné conformément à l'alinéa (a) a autorisé le compte comme compte carte blanche et consigné cette autorisation;
- (d) le représentant inscrit autorisé à effectuer des opérations discrétionnaires dans le compte effectue des opérations, fournit des services de conseil ou effectue des analyses de manière active relativement à tous les types de produits qui sont négociés de façon discrétionnaire depuis une période de deux ans;
- (e) le compte est tenu chez le courtier membre du représentant inscrit.

¶ 27 Les comptes de client étaient tenus chez le courtier membre employeur de l'intimé et nous sommes prêts à tenir compte du fait que Raymond James désigne normalement du personnel pour surveiller les comptes carte blanche et en être responsable. Il n'y a pas d'indication au dossier, toutefois, que l'intimé ait obtenu une forme quelconque d'autorisation écrite des clients pour effectuer des opérations discrétionnaires ou que Raymond James ait autorisé ces comptes pour ces opérations ou que l'intimé ait eu une compréhension approfondie des produits sur lesquels il effectuait des opérations de façon discrétionnaire.

¶ 28 Les allégations de fait de l'avis d'audience concernant les circonstances des opérations discrétionnaires non autorisées sont sommaires, mais elles sont suffisantes pour constituer les éléments de la contravention. Nous les acceptons comme prouvées et jugeons qu'au cours de la période allant de janvier 2011 à avril 2014 l'intimé a contrevenu à l'article 4 de la Règle 1300 des courtiers membres.

L'utilisation inappropriée de la marge

¶ 29 Les clients ont effectué dans leurs comptes des retraits mensuels réguliers, qui, avec le temps, ont réduit la valeur totale de leur portefeuille conjoint.

¶ 30 En mai 2009, la valeur totale de leur portefeuille avait été réduite à environ 350 000 \$, dont 300 000 \$ dans leurs comptes au comptant conjoints. À ce moment-là, l'intimé a recommandé aux clients de convertir leurs comptes en un compte sur marge conjoint, leur disant que cela leur permettrait de profiter davantage des occasions d'achat. Les clients ont suivi la recommandation de l'intimé et ouvert un compte sur marge.

¶ 31 L'avis d'audience dit que le formulaire d'ouverture du compte indiquait comme paramètres de tolérance au risque des clients « risque élevé, 100 % » et des connaissances en matière de placement « bonnes », alors que leur actif liquide net était indiqué comme 500 000 \$. L'avis d'audience n'explique pas l'écart de 150 000 \$ entre le capital de 350 000 \$ que les clients étaient censés avoir à investir et le montant de 500 000 \$ consigné dans le formulaire d'ouverture de compte.

¶ 32 L'avis d'audience dit que l'intimé n'a pas discuté des risques liés à l'utilisation de la marge pour eux et ne leur a pas non plus expliqué qu'ils paieraient des intérêts sur les soldes de caisse négatifs dus pour les fonds empruntés sur la garantie de l'avoir net dans le compte. Les extraits de l'entrevue des clients avec M. Smith joints à l'affidavit ne sont pas aussi catégoriques.

¶ 33 Ils indiquent que les clients ne comprenaient pas bien le fonctionnement d'un compte sur marge.

Néanmoins, les clients ont reconnu avoir eu au moins une conversation avec l'intimé au cours de laquelle le fait que les opérations sur marge impliquaient un emprunt de fonds a été discuté. Les clients ont déclaré qu'ils étaient surpris non du fait que le compte sur marge subisse des frais d'intérêt, mais de leur montant total.

¶ 34 Les clients ont eu le compte sur marge de mai 2009 à avril 2014. Au cours de cette période, environ 19 900 \$ d'intérêts et 49 300 \$ de commissions ont été facturés au compte et, de façon globale, le compte a subi une perte nette d'environ 36 000 \$.

¶ 35 L'alinéa 1(q) de la Règle 1300 des courtiers membres impose au représentant inscrit une obligation de diligence selon laquelle, lorsqu'il recommande à un client une opération sur des titres, il doit veiller à ce que la recommandation convienne au client.

... en fonction de facteurs comme la situation financière courante du client, ses connaissances en matière de placement, ses objectifs de placement et l'horizon temporel de ses placements, sa tolérance au risque, ainsi que la composition et le niveau de risque courants de son portefeuille dans le ou les comptes.

L'avis d'audience n'aborde pas directement ces facteurs.

¶ 36 Il est assez clair que les connaissances en matière de placement des clients étaient limitées lorsqu'ils ont ouvert leurs premiers comptes chez Raymond James. Le compte sur marge, toutefois, a été ouvert après quelque sept années pendant lesquelles ils avaient été des participants au marché actifs. On ne peut déduire de ce seul fait que les clients étaient devenus des investisseurs plus éclairés au fil du temps, mais l'avis d'audience crée une certaine incertitude sur ce point en citant sans commentaire le fait que le formulaire d'ouverture de compte indiquait comme « bonnes » leurs connaissances en matière de placement.

¶ 37 De même, l'avis d'audience ne fournit pas de faits qui permettraient une appréciation objective de la convenance des opérations sur marge pour les clients en fonction de leur tolérance au risque. Au contraire, il cite sans la commenter ou la contredire la déclaration dans le formulaire d'ouverture de compte que leur tolérance au risque est « risque élevé, 100 % ». Les clients ont désavoué cette déclaration dans leur entrevue, mais on ne voit pas clairement quelle était leur tolérance au risque véritable à l'époque.

¶ 38 Quant à la nature du portefeuille du compte et à son niveau de risque, l'avis d'audience ne fournit pas d'indications. Un compte sur marge n'est pas synonyme d'un risque de perte de 100 %. Le niveau de risque lié à des opérations sur marge est fonction, notamment, de la proportion et du coût de l'emprunt que contracte l'investisseur par rapport à la valeur et à la volatilité des titres dans le compte. Au bout du compte, le compte sur marge des clients a perdu de l'argent, mais rien n'indique qu'il soit devenu nécessaire à un moment quelconque de liquider des titres pour couvrir les positions d'endettement du compte. Le coût de l'effet de levier semble avoir été limité aux frais d'intérêt, qui, bien qu'ils soient considérables à 19 900 \$, étaient substantiellement inférieurs aux 49 300 \$ de commissions payés. Les frais d'intérêt sont, de toute façon, donnés pour la totalité de la période de fonctionnement du compte, qui a commencé en mai 2009, alors que l'avis d'audience limite la période de la contravention à la période allant d'août 2011 à avril 2014. Bref, il n'est pas possible de déterminer, sur la base du dossier, soit le niveau du risque réel des placements auquel les clients ont été exposés du fait des opérations sur marge, soit les frais d'intérêt réels qui en ont découlé pour eux.

¶ 39 Le seul fondement permettant d'apprécier la convenance des opérations sur marge pour les clients est leur situation financière et leur horizon temporel de placement, dans la mesure où on peut les déduire de certaines des allégations de fait.

¶ 40 Les clients ont ouvert leurs comptes chez Raymond James en 2002. Dans l'année qui a suivi, ils ont transféré dans ces comptes la totalité de leur portefeuille de placement d'environ 615 000 \$. Ils ont ensuite effectué des retraits mensuels réguliers dans ces comptes. En mai 2009, le montant total des retraits (avec les pertes éventuelles sur les opérations et les commissions jusqu'à cette date) avait été suffisant pour réduire de 265 000 \$ la valeur de leur portefeuille, à environ 350 000 \$.

¶ 41 Le dossier n'indique pas le but de ces retraits. Il est évident, toutefois, que les clients étaient dans une situation financière imposant une pression constante sur le principal de leurs placements. De plus, au moment

où le compte sur marge a été ouvert, les clients, retraités tous les deux, avaient l'un et l'autre 64 ans.

¶ 42 Il n'existe pas d'analyse permettant de conclure que les opérations sur marge conviennent à des investisseurs dans une situation qui les oblige à prélever continuellement sur le capital et dont l'âge limite leur horizon temporel de placement. Lorsque l'actif liquide net présente un solde en baisse constante et que le temps de récupération des pertes est par définition limité, l'objectif de placement central d'un investisseur doit être la préservation du capital et aucun degré de risque lié à l'effet de levier ne convient.

¶ 43 L'avis d'audience contient peu d'allégations de fait portant sur la convenance des opérations sur marge pour les clients et elles sont loin d'être énoncées clairement. Certains faits de base concernant la situation financière et l'horizon temporel des clients, toutefois, sont clairs et nous les acceptons comme prouvés. Sur ce fondement, nous jugeons qu'au cours de la période allant d'août 2011 à avril 2014, l'intimé a contrevenu à l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 des courtiers membres.

La non-coopération

¶ 44 Les allégations de fait dans l'avis d'audience qui donnent des éléments précis au sujet du refus de l'intimé de coopérer à l'enquête de l'OCRCVM sont sans ambiguïté. L'affidavit donne des détails pertinents additionnels au sujet des ouvertures faites à l'intimé par l'OCRCVM.

¶ 45 En octobre 2014, l'OCRCVM a notifié à l'intimé par écrit l'ouverture d'une enquête sur sa conduite, relative à des allégations de placements ne convenant pas aux clients et d'opérations discrétionnaires. M. Smith atteste que cette notification s'est faite au moyen d'une lettre qu'il a envoyée à l'intimé par courrier recommandé.

¶ 46 Le 25 mars 2015, l'OCRCVM a parlé à l'intimé au téléphone pour l'informer qu'il devrait se présenter à une entrevue dans le cadre de l'enquête à son bureau de Vancouver, à quoi l'intimé a répondu qu'il n'irait pas à l'entrevue. M. Smith atteste que, dans cette conversation, il a informé l'intimé qu'il pourrait organiser les choses pour que l'entrevue se déroule à Kelowna. L'intimé a dit qu'il était aussi très peu probable qu'il assiste à une entrevue à Kelowna. M. Smith a dit à l'intimé qu'il communiquerait avec lui à une date ultérieure.

¶ 47 Le 1^{er} avril 2015, l'OCRCVM a fait livrer à l'intimé une lettre l'informant que des dispositions avaient été prises pour que l'entrevue ait lieu à Kelowna et proposant à l'intimé diverses dates auxquelles l'entrevue pourrait avoir lieu. M. Smith atteste qu'avant d'envoyer cette lettre, il avait réservé trois dates possibles avec un service de sténographie à Kelowna, qu'il a envoyé la lettre à l'intimé comme pièce jointe à un courriel, que la lettre indiquait que l'intimé était convoqué à l'entrevue en vertu de l'article 5 de la Règle 19 et que la lettre informait l'intimé que l'entrevue pourrait avoir lieu à l'une ou l'autre de trois dates possibles, à son choix.

¶ 48 Le 2 avril 2015, l'intimé a répondu au courriel de M. Smith, en disant qu'il [TRADUCTION] « ne participerai[t] pas à cette entrevue ».

¶ 49 M. Smith atteste que le courriel qu'il a envoyé à l'intimé le 1^{er} avril 2015 était crypté, de sorte que le destinataire devait saisir un mot de passe pour en voir le contenu. À la lecture de la réponse de l'intimé du 2 avril 2015, il est évident qu'il avait décrypté le courriel et qu'il était au courant du contenu de la lettre jointe.

¶ 50 M. Smith atteste que, le 6 avril 2015, il a envoyé à l'intimé une autre lettre en pièce jointe à un courriel crypté. Moins d'une heure après, l'intimé lui a envoyé une réponse disant qu'il n'avait pas le temps de consulter les messages cryptés et a réitéré qu'il n'était pas prêt à se prêter à une entrevue. M. Smith a répondu en envoyant à l'intimé un autre courriel, celui-ci non crypté, qui disait directement dans le corps du message :

- Si l'intimé refusait de se présenter à l'entrevue, il pourrait faire l'objet d'une procédure disciplinaire pour non-coopération à l'enquête de l'OCRCVM.
- Ce type de contravention entraîne ordinairement une interdiction permanente d'inscription auprès de l'OCRCVM.

- Il devrait reconsidérer sa position.
- Il avait le choix entre trois dates pour l’entrevue à Kelowna.

¶ 51 L’intimé a répondu par courriel à M. Smith, moins d’une heure après, en disant qu’il [TRADUCTION] « ne reviendrai[t] plus dans la profession » et qu’il [TRADUCTION] « ne se souci[ait] pas du tout » des mesures que le personnel de l’OCRCVM pourrait prendre s’il ne se présentait pas à l’entrevue.

¶ 52 Ni l’avis d’audience ni l’affidavit ne traitent de l’effet sur l’enquête de la non-coopération de l’intimé.

¶ 53 Les représentants inscrits sont soumis à l’article 5 de la Règle 19, qui oblige toutes les personnes autorisées à comparaître et à donner des renseignements lorsque l’OCRCVM le leur demande. Bien que l’intimé ait quitté le secteur des valeurs mobilières, le paragraphe 7(1) de la Règle 20 prévoit que l’OCRCVM conserve sa compétence à son endroit pendant une période de cinq ans suivant la date à laquelle il a cessé d’être une personne autorisée.

¶ 54 Les allégations de fait dans l’avis d’audience qui rapportent la non-coopération de l’intimé à l’enquête de l’OCRCVM se passent de commentaires. Nous les acceptons comme prouvées et jugeons que l’intimé a contrevenu à l’article 5 de la Règle 19 des courtiers membres.

Les considérations sur les sanctions

¶ 55 L’avocat de la mise en application a présenté un certain nombre d’affaires relativement récentes sur les sanctions comme exemples de la façon dont d’autres formations d’instruction ont déterminé les sanctions dans des cas d’opérations discrétionnaires, de recommandation d’opérations sur marge ne convenant pas au client et de non-coopération.

¶ 56 L’avocat a fait valoir que la non-coopération à l’enquête d’un intimé est par nature une forme grave de conduite fautive qui, sauf circonstances atténuantes, justifie une interdiction permanente d’autorisation.

¶ 57 S’agissant des sanctions financières, l’avocat a fait valoir que, pour les contraventions de non-coopération et d’opérations discrétionnaires non autorisées, des amendes de 25 000 \$ et 20 000 \$, respectivement, sont dans la partie basse du spectre et qu’il ne serait pas déraisonnable d’imposer des amendes de ce montant dans la présente affaire. S’agissant de la recommandation d’opérations sur marge alors qu’elles ne conviennent pas aux clients, l’avocat a signalé que même des incidents isolés tendent à entraîner des sanctions financières notables, alors qu’en l’espèce la conduite fautive a eu lieu sur une longue période. Dans ces circonstances, l’avocat a soutenu qu’une amende de 35 000 \$ pourrait être considérée comme clémente.

¶ 58 L’avocat a présenté au nom de l’OCRCVM une demande de frais de 5 000 \$, appuyée sur un mémoire de frais.

¶ 59 Les Lignes directrices sur les sanctions définissent l’objet et les principes fondamentaux du processus disciplinaire de l’OCRCVM, ainsi que les facteurs clés à prendre en compte en vue de la détermination des sanctions. Les formations d’instruction en tant que tribunaux administratifs ne sont pas obligées de suivre les Lignes directrices, mais il reste que celles-ci ont été élaborées à partir des principes fournis par la jurisprudence et le droit administratif en général. Les Lignes directrices, étant à la fois pertinentes et précises, méritent d’être prises en considération avec soin dans la détermination des sanctions.

¶ 60 Le processus disciplinaire de l’OCRCVM vise à faire en sorte que le secteur des valeurs mobilières satisfasse à des normes de conduite élevées et à préserver l’intégrité du marché. L’équité et l’efficacité des marchés financiers reposent dans une large mesure sur un cadre solide de règles relatives à la compétence, à la conduite des affaires et à la conduite financière. La mise en application de ces règles, qui en confirme l’importance fondamentale aux sociétés membres et à leurs employés inscrits, renforce le secteur et assure la protection du public investisseur.

¶ 61 Les Lignes directrices mettent l’accent sur l’objectif prospectif du processus disciplinaire. Le premier principe de détermination des sanctions, en particulier, énonce clairement que les sanctions disciplinaires sont

de nature préventive, servant à protéger le public investisseur, en créant des mesures d'incitation qui renforcent les normes et pratiques professionnelles établies par les Règles des courtiers membres. Pour atteindre cet objectif, il faut que les sanctions imposées atteignent à la fois la dissuasion spécifique et la dissuasion générale, de sorte que l'intimé et les autres personnes dans une situation similaire au sein du secteur soient découragés de se livrer à la conduite fautive à l'avenir.

¶ 62 Les Lignes directrices font observer, selon les principes généraux de droit administratif, que le caractère approprié dépend nécessairement des faits de l'espèce, les circonstances particulières entourant une conduite fautive revêtant une importance particulière. Les décisions sur les sanctions invoquées par l'avocat s'inspirent de cette orientation.

¶ 63 Dans l'affaire *Beck (Re)* 2012 OCRCVM 41, l'intimé n'a ni notifié une réponse ni comparu à l'audience. Aussi la formation d'instruction a-t-elle décidé l'affaire sur le fondement des faits exposés dans l'avis d'audience. Ces faits comprenaient 35 opérations particulières que l'intimé avait exécutées de façon discrétionnaire, sans autorisation, pendant l'absence de sa cliente, les circonstances entourant l'absence de celle-ci et les commissions nettes gagnées par suite de la conduite fautive de l'intimé. Compte tenu de ces faits, la formation a ordonné des sanctions comprenant une amende de 20 000 \$ et la remise des commissions gagnées.

¶ 64 Dans l'affaire *Armstrong*, précitée, après avoir coopéré à l'enquête au départ, l'intimé a ensuite fait défaut de coopérer à l'enquête de l'OCRCVM sur ses opérations discrétionnaires non autorisées, quitté le secteur et refusé de comparaître à l'audience sur sa conduite fautive. L'affaire a été décidée sur le fondement des faits exposés dans l'avis d'audience, qui établissaient clairement au moins 18 opérations non autorisées et les commissions que l'intimé avait gagnées sur celles-ci. Les sanctions demandées par le personnel de l'OCRCVM et prononcées par la formation d'instruction comprenaient une amende globale de 50 000 \$ à l'égard de la non-coopération et des opérations discrétionnaires non autorisées, ainsi que la remise des commissions gagnées.

¶ 65 Les affaires *Brodie (Re)* 2013 OCRCVM 39 et *Jones (Re)* 2014 OCRCVM 15 étaient toutes les deux des audiences contestées dans lesquelles la conduite fautive comprenait des opérations discrétionnaires non autorisées et des recommandations ne convenant pas aux clients, ces recommandations comprenant, dans l'affaire *Jones*, des opérations sur marge. Les décisions fournissent une assistance limitée, vu que leurs faits présentent un caractère substantiellement différent de ceux de l'espèce. Néanmoins, elles constituent d'autres exemples de décisions sur les sanctions qui tiennent compte des circonstances factuelles particulières de la conduite fautive en cause.

¶ 66 Nous sommes limités dans notre capacité de procéder ainsi en l'espèce à l'égard des contraventions d'opérations discrétionnaires non autorisées et d'opérations sur marge ne convenant pas aux clients.

¶ 67 Par exemple, les Lignes directrices présentent comme un principe fondamental de détermination des sanctions que l'intimé ne devrait pas tirer un avantage financier de sa conduite fautive. L'OCRCVM n'a pas demandé que l'intimé soit condamné à remettre les commissions gagnées. Sur le fondement des renseignements au dossier, une telle condamnation n'aurait pas été possible.

¶ 68 Après mai 2009, le compte sur marge contenait le gros du capital de placement des clients. Il s'ensuit que les avantages financiers que l'intimé a ensuite tirés des opérations discrétionnaires non autorisées auraient été pour l'essentiel identiques à ceux qu'il a obtenus par suite de la recommandation d'opérations sur marge ne convenant pas aux clients. L'avis d'audience indique qu'au cours de la période allant de mai 2009 à avril 2014, l'intimé a gagné 49 300 \$ de commissions sur les opérations dans le compte sur marge. Toutefois, il indique comme périodes de contravention pour les opérations discrétionnaires non autorisées et la recommandation d'opérations sur marge ne convenant pas aux clients de janvier 2011 à avril 2014 et d'août 2011 à avril 2014, respectivement. Il est donc clair que l'intimé a tiré un avantage de sa conduite fautive au cours des périodes de contravention, mais les renseignements au dossier ne sont pas suffisants pour permettre d'en déterminer le montant.

¶ 69 Faire en sorte que les contrevenants soient dépossédés des avantages qu'ils ont tirés de leur conduite fautive constitue un aspect essentiel tant de la dissuasion spécifique que de la dissuasion générale. L'appréciation du montant des avantages obtenus irrégulièrement est également pertinente par rapport à l'appréciation de l'étendue du préjudice causé aux clients ou aux autres participants au marché, ce qui constitue, selon les Lignes directrices, un facteur clé en vue de la détermination des sanctions. Un autre facteur clé est le nombre, la taille et le caractère des opérations en cause. Le nombre total d'opérations dans le compte sur marge au cours de la période allant de 2011 à 2014 fait ressortir la pertinence pour la détermination des sanctions en l'espèce de la fréquence des opérations discrétionnaires non autorisées, mais nous sommes limités, en suivant l'avis d'audience, à conclure que « bon nombre » de ces opérations étaient irrégulières, ce qui, en raison du caractère indéterminé, revient à peu près à dire « certaines ». De même, les extraits de l'entrevue des clients avec M. Smith suggèrent un certain niveau de vulnérabilité des clients, ce qui constitue un autre facteur clé, mais le dossier ne permet pas de tirer des conclusions fermes.

¶ 70 Il ne faudrait pas déduire de ces observations que nous mettons en question ou que nous critiquons après coup la façon dont le personnel a mené l'enquête sur l'affaire ou exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites en formulant les allégations de fait dans l'avis d'audience. L'engagement d'actions disciplinaires est par nature, comme tout travail de mise en application, assujéti à des priorités concurrentes, aux ressources limitées et à toutes sortes d'obstacles pratiques et nous sommes conscients qu'il s'agit d'une affaire dans laquelle la personne possédant le plus de renseignements pertinents a refusé de coopérer à l'enquête. Nous mentionnons la rareté des faits seulement parce qu'il le faut pour rendre notre détermination des sanctions intelligible.

¶ 71 Dans la détermination des sanctions, la mesure dans laquelle nous pouvons traiter des contraventions d'opérations discrétionnaires non autorisées et de recommandations ne convenant pas aux clients est limitée parce que ce que nous pouvons dire à leur sujet avec quelque certitude est limité :

- À la connaissance des clients, mais sans leur consentement éclairé, l'intimé a effectué des opérations discrétionnaires non autorisées sur une période d'un peu plus de trois ans. Nous déduisons que les opérations ont causé un préjudice financier aux clients sous forme de dépenses de commissions, mais nous ne sommes pas en mesure de le quantifier. Nous déduisons du fait que les opérations ont été effectuées sur une longue période que la conduite fautive de l'intimé était délibérée et reposait sur un manque constant de transparence avec son employeur.
- L'intimé a recommandé les opérations sur marge aux clients alors que, selon la moindre analyse, elles ne leur convenaient pas et a mis cette recommandation en œuvre pendant une période de plus de deux ans et demi. Les clients ont subi un préjudice sous forme de frais d'intérêt, mais nous ne pouvons la quantifier sur la base des renseignements au dossier.

¶ 72 Les renseignements relatifs à la non-coopération de l'intimé à l'enquête de l'OCRCVM sont une tout autre affaire. Il est abondamment clair qu'il a refusé délibérément de coopérer à l'enquête de l'OCRCVM, en dépit des efforts diligents faits par M. Smith pour le persuader d'agir autrement et le mettre en garde au sujet des conséquences négatives d'un refus de se rendre disponible pour répondre à des questions. La réponse de l'intimé était une attitude d'indifférence désinvolte presque méprisante.

¶ 73 L'une des affaires citées par l'avocat, *Trites (Re)* 2010 OCRCVM 48, est fort instructive par son analyse de l'importance de la non-coopération d'une personne autorisée à l'enquête de l'OCRCVM.

¶ 74 Dans l'affaire *Trites*, l'intimé a fait l'objet d'une enquête pour avoir effectué des opérations discrétionnaires non autorisées, pour avoir recommandé des placements ne convenant pas aux clients et pour avoir donné une information fausse ou trompeuse au sujet des risques de certains placements à l'égard de quatre clients. Il n'a pas coopéré à l'enquête de l'OCRCVM et a donné sa démission du secteur. L'OCRCVM a délivré un avis d'audience qui se limitait à alléguer une contravention à l'article 5 de la Règle 19, après quoi l'intimé ne s'est pas présenté à l'audience; la formation d'instruction, s'appuyant sur la preuve par affidavit, a jugé

qu'il avait commis une contravention. Dans ses motifs, la formation a noté que l'intimé a fait défaut intentionnellement de se présenter à une entrevue sans présenter d'excuse ou d'explication, après que l'OCRCVM avait fait des efforts pour l'accommoder. La formation a fait observer :

Il est d'une importance cruciale pour l'intégrité du régime de réglementation des personnes autorisées que celles-ci coopèrent en réponse aux demandes raisonnables qu'on leur fait dans le cadre d'une enquête sur leur conduite. Cette obligation ne prend pas fin lorsque la personne autorisée cesse d'être inscrite. (au paragraphe 12)

¶ 75 La formation n'a pas considéré que la gravité des allégations sous-jacentes était un facteur pertinent dans la détermination des sanctions. Au contraire, à cet égard, la considération la plus pertinente était la gravité inhérente de la non-coopération :

Nous n'estimons pas qu'il soit en règle générale plus grave de ne pas se présenter à une entrevue dans une enquête portant sur des allégations graves que dans une enquête portant sur des allégations moins graves. L'élément essentiel de la faute ne concerne pas cet aspect; en tant que participant ou ancien participant d'une profession réglementée, on a l'obligation de coopérer à l'enquête de l'autorité de réglementation, peu importe la façon dont on juge les allégations. (au paragraphe 16)

¶ 76 Accordant une importance primordiale au besoin de préserver l'intégrité du processus disciplinaire de l'OCRCVM, la formation a ordonné, dans l'affaire *Trites*, une interdiction permanente d'autorisation de l'intimé à un titre quelconque et l'a condamné à une amende de 25 000 \$.

¶ 77 Dans l'affaire *Armstrong*, précitée, dans laquelle, comme nous l'avons déjà dit, une amende de 50 000 \$ a été imposée à l'égard de contraventions de non-coopération et d'opérations discrétionnaires non autorisées, l'intimé a aussi été frappé d'une interdiction permanente d'autorisation.

La décision

¶ 78 L'intimé n'a pas d'antécédents disciplinaires. Nous observons, toutefois, que toutes les contraventions de l'intimé ont un trait commun : la nature délibérée de la conduite fautive.

¶ 79 Quels que soient l'étendue et l'effet des opérations discrétionnaires non autorisées et des recommandations d'opérations sur marge ne convenant pas aux clients, les contraventions ont été commises sur une période étendue, ce qui donne nécessairement à penser qu'elles avaient un caractère intentionnel. Les contraventions à l'article 4 et à l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 n'étaient pas accessoires à la façon dont l'intimé concevait et exécutait son rôle de représentant inscrit des clients, mais en étaient partie intégrante. Cela implique un manquement fondamental dans la façon dont l'intimé comprenait l'objet et la valeur des normes de conduite. On peut dire la même chose de l'attitude cavalière de l'intimé à l'égard de l'enquête de l'OCRCVM.

¶ 80 Le caractère intentionnel de la conduite fautive de l'intimé et de son refus d'en rendre compte de quelque façon indique la nécessité de sanctions qui comportent l'élément le plus fort de dissuasion spécifique. Les sanctions doivent aussi communiquer au secteur et au public investisseur que les graves manquements aux normes de conduite seront punis de mesures disciplinaires fermes proportionnées.

¶ 81 L'OCRCVM dit que l'intimé devrait être frappé d'une interdiction permanente d'autorisation. Nous souscrivons à cette position.

¶ 82 S'agissant de la détermination d'une sanction financière, nous sommes d'avis qu'étant donné la nature du dossier dans la présente affaire, il est plus approprié d'imposer une amende globale plutôt que de cumuler des amendes distinctes pour chaque contravention. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, nous considérons qu'une amende de 50 000 \$ serait appropriée.

¶ 83 La demande de 5 000 \$ de frais de l'OCRCVM est raisonnable, lorsqu'on l'apprécie par rapport au total de 90 heures indiqué dans le mémoire de frais pour l'enquête et la poursuite.

- ¶ 84 En vertu des articles 33(2) et 49 de la Règle 20 des courtiers membres, nous ordonnons que l'intimé :
1. soit frappé d'une interdiction permanente d'autorisation par l'OCRCVM à quelque titre que ce soit;
 2. paie une amende de 50 000 \$;
 3. paie une somme de 5 000 \$ au titre des frais.

Fait à Vancouver (Colombie-Britannique), le 2 juin 2016.

Joseph A. Bernardo, président

John Van Koll

Mark Redcliffe

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