

Re Malley

AFFAIRE INTÉRESSANT :

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

**Les Statuts de l'Association canadienne des courtiers en valeurs
mobilières (ACCOVAM)**

Brian Andrew Malley

et

Christine Marie Malley

2014 OCRCVM 10

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

**Audience tenue le 30 janvier 2014 à Edmonton (Alberta)
Motifs de la décision rendus le 24 février 2014**

Formation d'instruction

Alan V.M. Beattie, c.r., président, Neil Murphy et William Welton

Comparutions

David McLellan, avocat principal de la mise en application pour l'OCRCVM

Julie Gagnon, avocate des intimés, M. et M^{me} Malley

Brian Andrew Malley et Christine Marie Malley (les intimés n'ont pas comparu)

MOTIFS DE LA DÉCISION SUR LA DEMANDE DE SUSPENSION DE LA PROCÉDURE

1. INTRODUCTION

¶ 1 Brian Andrew Malley et Christine Marie Malley (les intimés), demandent, par un avis de requête, appuyé d'un affidavit, tous deux datés du 15 janvier 2014, une suspension de la procédure disciplinaire de l'OCRCVM jusqu'à l'issue de la poursuite criminelle contre Brian Andrew Malley. L'avocate des intimés a transmis à l'OCRCVM et aux membres de la formation des observations écrites avec des pièces jointes et de la jurisprudence. L'avocat de l'OCRCVM a transmis à l'avocate des intimés et aux membres de la formation des observations écrites avec des pièces jointes et de la jurisprudence.

¶ 2 Une audience a été tenue à Edmonton, le 30 janvier 2014 : les deux avocats y ont présenté leurs plaidoiries à la formation, sur le fondement de leurs observations écrites. Au terme des plaidoiries, après délibération, la formation a informé les parties que, par décision unanime, la demande de suspension de la procédure était rejetée, avec motifs à suivre.

¶ 3 L'audience portant sur les fautes alléguées des intimés est fixée aux 3, 4 et 5 mars 2014, à Edmonton, et

la procédure criminelle doit se dérouler du 26 janvier au 6 mars 2015.

¶ 4 Brian Malley a été accusé, le 26 mai 2012, de meurtre au premier degré et de deux autres chefs d'accusation connexes, relativement au décès de VS, qui avait été cliente de Brian Malley à la succursale de Red Deer (Alberta) de Gestion de capital Assante Inc. (Assante).

¶ 5 Le 30 mai 2012, le personnel de l'OCRCVM (le personnel) a ouvert une enquête sur la conduite de Brian Malley comme représentant inscrit et de Christine Malley, sa surveillante et sa directrice de succursale. Christine Malley est l'épouse de Brian Malley. Le personnel a délivré un avis d'audience daté du 6 novembre 2013, alléguant une conduite fautive des intimés. L'avis d'audience alléguait que les intimés n'avaient pas coopéré à l'enquête de l'OCRCVM. Les allégations de conduite fautive contre Brian Malley portaient (en résumé) sur le manquement à l'obligation de connaissance du client (12 clients), des recommandations ne convenant pas à des clients (10 clients) et des opérations discrétionnaires irrégulières (7 clients). L'allégation de conduite fautive contre Christine Malley portait sur le défaut d'exercer ses fonctions de surveillance à l'égard des comptes de 12 clients. L'avis d'audience ne contient pas d'allégation de conduite fautive concernant le traitement par Brian Malley des comptes de VS.

¶ 6 Les intimés ont refusé de se présenter à des entrevues organisées par l'OCRCVM et ont fait savoir, par leur avocate, qu'ils comptaient demander la suspension de la procédure de l'OCRCVM contre eux jusqu'à la conclusion de la procédure criminelle contre Brian Malley. L'avocate des intimés a indiqué, à l'audience sur la question de la suspension, que les intimés étaient disposés à coopérer avec l'OCRCVM une fois la procédure criminelle achevée. L'avocat de l'OCRCVM a indiqué, à cette audience, que le personnel avait proposé de ne poser aux intimés, dans les entrevues, aucune question concernant VS, mais les intimés ont rejeté cette proposition et refusé de se présenter aux entrevues.

¶ 7 Certains des investisseurs qui sont des personnes auxquelles se rapportent les allégations de conduite fautive portées contre les intimés et d'autres personnes ont intenté une action civile contre les intimés et Assante (Cour du banc de la Reine de l'Alberta, n° du greffe 1210 001029); une demande de certification de l'action civile comme recours collectif a été présentée. Dans cette procédure, M. et M^{me} Malley ont demandé que ces actions soient suspendues jusqu'à l'issue de la procédure criminelle. La demande a été rejetée, apparemment sans motifs écrits, dans une ordonnance du juge en chef associé Rooke datée du 4 juin 2013, qui traitait aussi de questions de confidentialité.

2. LES OBSERVATIONS DES INTIMÉS

¶ 8 La procédure criminelle en cours et la théorie de la poursuite au sujet de la responsabilité de Brian Malley sont liées étroitement aux questions qui ressortent à première vue de l'avis d'audience de l'OCRCVM. La suspension de procédure de l'OCRCVM contre les intimés jusqu'à l'issue de la procédure criminelle est nécessaire dans l'intérêt de la justice. (À l'audience, en réplique, l'avocate a dit que la formation, si elle s'inquiétait de la possibilité que la procédure criminelle soit prolongée par un appel, pourrait envisager d'accorder une suspension ne durant que jusqu'à la fin du procès criminel.)

¶ 9 Les intimés devront témoigner à l'audience de l'OCRCVM pour répondre valablement aux contraventions alléguées. En témoignant, les intimés peuvent révéler des renseignements qui pourront être invoqués ou utilisés dans la procédure criminelle contre Brian Malley. Ce témoignage portera atteinte à la capacité de Brian Malley de présenter une défense pleine et entière à la procédure criminelle contre lui. Les protections offertes à Brian Malley dans la procédure criminelle ne remédieront pas à ce préjudice ou ne le protégeront pas contre lui de façon adéquate. L'arrêt récent de la Cour suprême du Canada *R. c. Nedelcu*, 2012, A.C.S. n° 59 n'offre pas de protection aux individus dans ces situations particulières, de sorte qu'il est encore plus préoccupant que les intimés témoignent dans la procédure de l'OCRCVM avant le procès criminel.

- (a) Le témoignage non incriminant donné par Brian Malley dans la procédure de l'OCRCVM peut être utilisé contre lui dans la procédure criminelle en vue d'attaquer sa crédibilité;
- (b) Le témoignage volontaire donné par Brian Malley dans la procédure de l'OCRCVM peut être utilisé contre lui dans la procédure criminelle.

¶ 10 Il existe un intérêt suffisant, chez les médias et dans le public, à l'égard de la procédure de l'OCRCVM et de la procédure criminelle, pour justifier une crainte raisonnable de préjudice à Brian Malley, étant donné que la procédure de l'OCRCVM est publique.

¶ 11 Des situations qui se sont présentées renforcent l'inquiétude que peuvent avoir les intimés de témoigner dans la procédure de l'OCRCVM avant la fin de la procédure criminelle :

- (a) La Couronne a tenté d'obtenir des renseignements provenant de la procédure civile intentée contre les intimés. Le greffier a communiqué des documents par inadvertance à la G.R.C., qui avait demandé les documents au nom de la Couronne au cours de l'enquête préliminaire. [*Note de la formation : Bien que la demande de suspension de la procédure dans l'action civile ait été rejetée, le juge en chef associé Rooke a prononcé, le 14 juin 2013, une ordonnance (voir ci-dessus) concernant la confidentialité des renseignements obtenus de M. et M^{me} Malley dans la procédure civile, sous la forme d'une directive de non-communication soit entière, soit [TRADUCTION] « sans l'autorisation préalable d'un juge de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta ».*]
- (b) Au cours de l'enquête préliminaire, la Couronne a cité un témoin expert, qui est membre du comité d'instruction de l'OCRCVM (il ne s'agit pas d'un membre de notre formation d'instruction). Il existe une interdiction de publication à l'égard de l'enquête préliminaire, mais on peut dire que le témoin expert a rédigé une opinion d'expert pour la Couronne et a exprimé des opinions au sujet de la conduite de M. et M^{me} Malley. On peut craindre que le témoin utilise des renseignements additionnels provenant de la procédure de l'OCRCVM pour rédiger une autre opinion ou pour témoigner au procès criminel.

¶ 12 Le critère en matière de suspension est le suivant :

- (i) S'il existe une question sérieuse à juger;
- (ii) Si le demandeur subirait un préjudice irréparable dans le cas où sa demande serait refusée;
- (iii) Quelle partie subirait le préjudice le plus grand selon que l'on accorde ou refuse la suspension.

Affaire Re John Anastasious Collias (2008) OCRCVM 9, paragraphe 10 (sur le fondement de la jurisprudence, dont l'arrêt de la Cour suprême du Canada *RJR MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* (1994) R.C.S. 311.

i. S'il existe une question sérieuse à juger

¶ 13 Il n'y a pas de doute qu'il existe des questions sérieuses à juger tant dans la procédure criminelle que dans la procédure de l'OCRCVM.

ii. Si le demandeur subirait un préjudice irréparable dans le cas où sa demande serait refusée

¶ 14 Il existe un risque très réel que Brian Malley subisse un préjudice irréparable si la demande est refusée. Le témoignage que les intimés donneront dans la procédure de l'OCRCVM pourrait être utilisé par la Couronne dans la procédure criminelle. Cela contrevient directement au droit de l'accusé de ne pas s'incriminer, protégé par la *Charte*. Il existe une inquiétude réelle au sujet de la protection dont pourrait se prévaloir Brian Malley dans la procédure criminelle par suite de l'arrêt *R. c. Nedelcu* (précité). Cet arrêt soulève la question de savoir si la protection contre l'incrimination en vertu de la *Charte* (art. 13), confirmée dans l'arrêt *R. c. Dubois* (1985) 2 R.C.S. 350 (CSC), conserve toujours la même portée.

¶ 15 L'accusation dans la procédure criminelle contre Brian Malley se fonde sur une preuve circonstancielle. Tout témoignage fourni par les intimés dans la procédure de l'OCRCVM pourrait entraîner la divulgation à la Couronne de certains aspects de la défense de Brian Malley dans la procédure criminelle. Il est manifeste que la Couronne, dans la procédure criminelle, tente d'établir un lien entre les conseils de placement que Brian Malley a donnés à VS et la mort ultérieure de celle-ci. Tout témoignage fourni par Brian Malley relativement à VS ou à l'un des autres investisseurs révélera des renseignements précieux pour la Couronne dans la procédure criminelle. Connaissant le témoignage des intimés, la Couronne pourrait ensuite effectuer des investigations

pour éprouver la véracité du témoignage ainsi que la théorie même de la défense.

iii. Quelle partie subirait le préjudice le plus grand selon que l'on accorde ou refuse la suspension

¶ 16 Ce volet du critère suppose une mise en équilibre pour déterminer qui subira le préjudice le plus grand selon que l'on accorde ou refuse la suspension. Les intimés soutiennent que les plaignants (c'est-à-dire les investisseurs) dans la présente affaire ne subiront pas de préjudice irréparable. D'abord, ils sont simplement des témoins dans la présente affaire, non des parties. L'ajournement d'une audience comporte ses inconvénients, mais ils sont beaucoup moins graves que le potentiel de préjudice irréparable auquel fait face Brian Malley dans la procédure criminelle. En outre, les plaignants qui ont subi des dommages financiers peuvent en demander la réparation par la voie de la procédure civile. Bien qu'une demande de suspension ait été présentée dans la procédure civile, elle a été refusée par la Cour. Le critère pour une suspension dans une procédure civile est beaucoup plus sévère que celui qui s'applique en l'espèce. Dans une procédure disciplinaire, le critère approprié en matière de suspension est l'existence ou l'inexistence d'un préjudice au public.

¶ 17 Il n'existe pas de préjudice irréparable pour l'OCRCVM ou pour le public. Tout au plus, la procédure sera retardée. La procédure criminelle doit se dérouler de janvier à mars 2015. L'OCRCVM était au courant des questions en litige en juin 2012, mais n'a porté les accusations contre les intimés qu'en novembre 2013 et, partant, même selon les normes appliquées par l'OCRCVM, les intimés estiment que l'instruction de la présente affaire ne comporte pas d'urgence.

¶ 18 Les intimés ne sont pas inscrits comme membres. Il n'existe pas de menace pour le public liée à une inscription en cours des intimés.

¶ 19 L'avis d'audience de l'OCRCVM, bien qu'il indique que l'audience ne porte pas sur l'affaire et les plaintes relatives à VS, mentionne que l'OCRCVM a mené une enquête sur cette affaire. De plus, l'OCRCVM déclare publiquement qu'il travaille en coopération avec les organismes de contrôle, en échangeant des renseignements et, dans certains cas, en coordonnant les enquêtes.

¶ 20 La justification pour accorder une suspension de la procédure jusqu'à l'issue de la procédure criminelle connexe a été formulée de la façon suivante :

[TRADUCTION] 25... Dans les circonstances où la protection est clairement requise, il y aura exercice du pouvoir discrétionnaire au motif que la suspension des procédures est nécessaire à un procès équitable et à la juste détermination des chefs d'accusation.

Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resources Group Inc. (1986) 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A. C.-B.)

¶ 21 Voici une liste d'affaires dans lesquelles une suspension ou un ajournement a été accordé :

Le Barreau du Haut-Canada v. Legault (2004) LSDD No. 14

Le tribunal de gestion des audiences du Barreau a invoqué les affaires suivantes : **Eagleson and the Law Society** (sans référence) et **Amourgis and Law Society of Upper Canada** (1984), 12 D.L.R. (4th) 759 (H.C.J. Ont.).

SJS and Discipline Hearing Committee of the College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan (1998), 162 D.L.R. (4th) 759 (C.B.R. Sask.)

La Cour a suivi l'arrêt **Laxton Holdings Ltd. et al v. Non-Marine Underwriters, Lloyd's, London** (1987), 56 Sask R. 152 (C.A. Sask.)

Howatt v. College of Physicians and Surgeons of Ontario, (2003-01-21) ONSCDC File No. 720-2000 (C. div. Ont.)

Terry James Minnie and Raymond Patrick Shaw, Hearing Notice - Adjournment (2005) SCSECCOM 238 (British Columbia Securities Commission)

Re Morrison (2008) OCRCVM 18

3. LES OBSERVATIONS DE L'OCRCVM

¶ 22 L'intérêt public commande que les allégations de contraventions graves à la réglementation des valeurs mobilières comme celles qui sont alléguées contre les intimés soient traitées expéditivement et une suspension de la procédure en l'espèce serait contraire aux principes de la réglementation des valeurs mobilières et du droit administratif.

- (a) La mission des autorités en valeurs mobilières est de protéger les investisseurs et de favoriser un marché financier juste et efficace et la confiance du public dans celui-ci. Les personnes qui exercent l'activité de courtier en valeurs mobilières savent ou devraient savoir que le secteur est strictement réglementé.

British Columbia Securities Commission c. Branch (1995) A.C.F. 32, au paragraphe 57 (C.S.C.)

- (b) La capacité d'une autorité de réglementation de réagir de manière efficiente et efficace aux contraventions dans un marché financier dynamique constitue une condition fondamentale en vue d'un secteur financier fonctionnant correctement. Il faut donc trouver un équilibre entre le degré approprié d'équité procédurale et la nécessité de ne pas compromettre l'efficacité administrative du système. Il est dans l'intérêt public de maintenir un système de mise en application de la réglementation des valeurs mobilières qui traite efficacement et rapidement les allégations de conduite fautive sur le marché financier pour protéger le public.

Arbour Energy Inc. (2009) ABASC 366, aux paragraphes 53 à 57 (Alberta Securities Commission)

- (c) Les allégations portées contre les intimés par le personnel dans la présente affaire concernent de nombreuses contraventions aux Règles de l'OCRCVM qui sont centrales pour le rôle du représentant inscrit comme conseiller de ses clients et pour la surveillance de ses activités. Ce sont des allégations graves, indiquant, si elles sont prouvées, une conduite inconvenante.
- (d) Pour accomplir la mission de réglementation de l'OCRCVM, il faut que ces affaires soient traitées expéditivement. Un long retard dans une procédure de mise en application, qui pourrait durer quelques années, serait préjudiciable à la confiance du public dans le marché des valeurs mobilières et doit donc être évité. La nécessité de traiter expéditivement des allégations de conduite fautive a une importance particulière dans une affaire comme la présente, où les allégations sont graves et concernent de nombreux plaignants.

Re Allen and Moriarty (2001) I.D.A.C.D. No. 8, au paragraphe 11

- (e) Pour cette raison, les tribunaux judiciaires jugent en général que les procédures d'ordre réglementaire entamées par les autorités en valeurs mobilières peuvent et doivent se dérouler avant la procédure criminelle. Une procédure d'ordre réglementaire ne devrait pas être suspendue, sauf dans des circonstances extraordinaires et exceptionnelles.

Robinson v. Ontario Securities Commission (1993) O.J. No. 3042 (C. div. Ont.)

Stickney v. Trusz (1973) O.J. No. 2279 (H.C.J. Ont.), conf. par (1974) O.J. No. 584 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée 28 C.R.N.S. à 127n, paragraphes 9 et 12

- (f) Suspendre une procédure disciplinaire en l'absence de circonstances extraordinaires et exceptionnelles est incompatible avec l'objectif de protection de la réglementation des valeurs mobilières. Réglementer et appliquer les règles qui ont cours dans le secteur des valeurs mobilières sont au cœur de la mission de l'OCRCVM.

¶ 23 Le système de justice criminelle comporte des protections suffisantes pour protéger le droit de Brian Malley à un procès équitable et il incombe au juge du procès dans une affaire criminelle, non à l'OCRCVM, de veiller à ce qu'on lui assure le droit à un procès criminel équitable.

- (a) L'intimé a le droit à ce que le témoignage incriminant qu'il est contraint de donner dans une procédure ne soit pas utilisé contre lui dans une autre procédure, puisqu'il pourra invoquer

efficacement l'immunité contre l'utilisation subséquente de la preuve dérivée relativement à ce témoignage forcé, ou une autre garantie appropriée.

British Columbia Securities Commission c. Branch (précité), au paragraphe 7

- (b) Celui qui demande la suspension de la procédure doit établir qu'il subira quelque préjudice précis ou particulier dans la conduite du procès criminel.

Saccomanno v. Swanson (1987) CanLII 3304 (B.R. Alb.), au paragraphe 18

- (c) Dans l'affaire **Robinson** (précitée), la Cour divisionnaire de l'Ontario a suivi expressément la directive de la Cour d'appel de l'Ontario et rejeté l'argument que la divulgation de la stratégie de défense de l'intimé dans une audience disciplinaire allait dévoiler son jeu à la Couronne dans une procédure criminelle ultérieure. La même position a été adoptée par une formation d'instruction de l'ACCOVAM dans l'affaire **Allen and Moriarty** (précitée). La formation a dit, au paragraphe 13 :

[TRADUCTION] Nous reconnaissons les droits des intimés en vertu de la Charte. Mais comme l'a dit la Cour divisionnaire dans l'affaire **Robinson**, [TRADUCTION] « [l]es arguments relatifs à la Charte pourront être examinés et traités s'ils se présentent, de la façon dont ils se présenteront et au moment où ils se présenteront dans le cours de la procédure criminelle. »

L'**Alberta Securities Commission** a traité d'un argument similaire dans l'affaire **Re Hennig** 2006 LNBASC 479, au paragraphe 67. La Commission a noté que la possibilité de dévoiler des moyens de défense éventuels dans un procès criminel est un motif insuffisant pour arrêter une autre procédure, puisqu'une telle préoccupation ne constitue pas des circonstances extraordinaires et exceptionnelles et n'établit pas non plus de préjudice irréparable pour l'intimé. Elle a également noté que le juge du procès dans une procédure criminelle a la capacité et la responsabilité de s'occuper de telles préoccupations pour assurer le respect des droits des défendeurs à un procès équitable. (Voir aussi l'affaire **Stickney**, précitée, au paragraphe 11.)

- (d) Des formations antérieures de l'OCRCVM ont considéré des demandes de suspension ou d'ajournement de procédure jusqu'à l'issue d'une procédure criminelle. Dans l'affaire **Re Schoer** 2011 OCRCVM 21, une certaine conduite fautive était alléguée contre l'intimé, contrevenant à l'article 1 de la Règle 29 des courtiers membres. L'intimé a fait valoir qu'il ne serait pas équitable de tenir l'audience avant son procès criminel, comme la procédure disciplinaire porterait atteinte à son droit à un procès criminel équitable, du fait qu'« il serait forcé de divulguer des renseignements sensibles qui, selon lui, viendraient inévitablement aux oreilles de la poursuite dans le procès criminel et joueraient à son détriment ». La formation a rejeté cet argument et ordonné la tenue de l'audience de l'OCRCVM.

¶ 24 La règle de droit est claire : même dans le cas où la procédure disciplinaire de l'OCRCVM et la procédure criminelle sont fondées sur les mêmes faits, la suspension n'est accordée que dans des circonstances extraordinaires et exceptionnelles. Les intimés n'ont présenté aucune preuve que les procédures dont il s'agit sont fondées sur les mêmes faits, encore moins que la mesure extraordinaire et exceptionnelle que constitue la suspension de la procédure est justifiée. Les intimés n'ont fait qu'une simple assertion que la procédure criminelle est « liée[] étroitement aux questions » soulevées dans l'avis d'audience. Ils n'ont fourni aucun détail au sujet des liens étroits allégués. Par contre, le personnel de l'OCRCVM a fourni un témoignage sous serment portant que l'avis d'audience et la dénonciation concernent les affaires d'autres clients de l'intimé. La victime alléguée dans la procédure criminelle, VS, ne fait pas partie de l'accusation de l'OCRCVM contre l'intimé. On ne voit pas comment l'intimé pourrait subir un préjudice du fait de la procédure de l'OCRCVM étant donné qu'il n'est pas contraint de témoigner dans cette procédure et que l'audience ne porte pas sur ses rapports avec la victime alléguée, VS.

¶ 25 Le personnel demande donc respectueusement que la requête de l'intimé soit rejetée.

4. LES MOTIFS DE LA DÉCISION

¶ 26 Nous confirmons notre décision verbale, rendue à la conclusion de l'audience du 30 janvier, portant que la demande de suspension de la procédure de l'OCRCVM jusqu'à l'issue de la procédure criminelle, présentée par les intimés, est rejetée. Nous avons dit que nous ne sommes pas persuadés que les intimés ont établi qu'ils ont satisfait aux critères : établir l'existence des mêmes faits ou de circonstances extraordinaires ou exceptionnelles. On trouvera ci-dessous les motifs officiels de notre décision.

¶ 27 Les avocats sont convenus que la formation avait compétence pour entendre les plaidoiries et décider s'il convenait d'accorder une suspension de la procédure conformément à l'article 1.5 des Règles de procédure et aux décisions de l'OCRCVM qui ont examiné la question (p. ex l'affaire *Re Morrison*, précitée).

¶ 28 Nous acceptons, et adoptons, dans leur presque totalité, les observations de l'avocat de l'OCRCVM (voir ci-dessus). À notre avis, les intimés n'ont pas réussi à établir la prémisse de base, à savoir que les faits dans la procédure de l'OCRCVM et les faits dans la procédure criminelle sont les mêmes ou similaires. Le fait que l'OCRCVM n'ait pas allégué de conduite fautive des intimés à l'égard de VS signifie pratiquement que les intimés ont obtenu de l'OCRCVM une suspension de procédure en ce qui concerne VS. Le moyen de défense évident que l'on peut s'attendre à voir invoqué par les intimés à l'égard de l'allégation globale de non-coopération est qu'ils agissaient sur le conseil de leur avocate en raison de la procédure criminelle. Le bien-fondé de ce moyen de défense devra être apprécié à l'audience au fond de l'OCRCVM du 3 au 5 mars 2014, mais le témoignage en ce sens que pourra donner Brian Malley ne peut certainement pas porter préjudice à ses moyens de défense, ou à la théorie de défense, qu'il pourra invoquer dans la procédure criminelle.

¶ 29 Nous rejetons l'argument des intimés selon lequel la procédure de l'OCRCVM et la procédure criminelle sont fondées sur les mêmes faits. Les allégations de conduite fautive de l'OCRCVM contre les intimés se rapportent aux autres clients que VS. On arrive très difficilement à imaginer comment le témoignage que les intimés pourront fournir dans la procédure de l'OCRCVM concernant l'activité de Brian Malley à l'égard de ces clients, même s'il reconnaît tout ou partie des allégations de l'OCRCVM contre lui, pourrait porter préjudice à sa défense dans la procédure criminelle, qui allègue le meurtre au premier degré de VS. Les faits dans la procédure de l'OCRCVM et dans la procédure criminelle n'étant pas les mêmes, ni même similaires, l'affaire se trouve manifestement à ne pas satisfaire au critère des « circonstances extraordinaires et exceptionnelles » nécessaires pour justifier l'octroi d'une suspension de la procédure.

¶ 30 La jurisprudence invoquée par l'OCRCVM (voir ci-dessus) contient plusieurs extraits qui sont pertinents par rapport à la présente affaire.

- (a) Dans l'affaire *Re Allen* de l'ACCOVAM (précitée), la formation a déclaré, en rejetant une demande d'ajournement de l'audience jusqu'à la décision sur les accusations criminelles, aux paragraphes 11 à 13 :

[TRADUCTION]

11 Ce sont des allégations graves, indiquant, si elles sont prouvées, des pratiques contraires aux intérêts du public. À notre avis, pour atteindre l'objet de l'acte constitutif précité, il est nécessaire que le conseil de section examine ces questions avec célérité. Un long retard dans une procédure de mise en application, il est question de nombreux mois, sinon de nombreuses années, serait potentiellement préjudiciable et doit donc être évité. La C.V.M.O. a adopté, dans l'affaire *Robinson*, la même position : [TRADUCTION] « Le public s'attend à ce que la Commission agisse expéditivement à l'égard des participants au marché dont il est allégué qu'ils ont eu une conduite constituant un abus des marchés financiers et l'exige. La nécessité de traiter expéditivement des allégations de conduite fautive a une importance particulière dans une affaire comme la présente, où les allégations, si elles sont prouvées, sont graves. »

12 Il en va de même dans la présente affaire et, en statuant ainsi, nous

n'oublions pas que ni l'un ni l'autre des intimés ne travaille actuellement dans le secteur. L'ACCOVAM est prête à tenir l'audience, ses témoins sont prêts à comparaître. À la différence des tribunaux judiciaires, l'ACCOVAM ne peut contraindre les personnes à comparaître devant le conseil de section. Ces témoins seront-ils encore disposés à comparaître dans un an ou deux?

13 Nous reconnaissons les droits des intimés en vertu de la Charte. Mais comme l'a dit la Cour divisionnaire dans l'affaire **Robinson**, [TRADUCTION] « [I]es arguments relatifs à la Charte pourront être examinés et traités s'ils se présentent, de la façon dont ils se présenteront et au moment où ils se présenteront dans le cours de la procédure criminelle. »

- (b) Dans l'affaire **Robinson v. Ontario Securities Commission** (précitée), la Cour de justice de l'Ontario, Division générale, traitait une demande de révision judiciaire d'une décision de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario ayant rejeté des requêtes présentées par les intimés Robinson en vue d'obtenir une suspension de l'audience jusqu'à la décision sur les accusations criminelles. La C.V.M.O. a dit dans ses motifs :

[TRADUCTION] Si nous accordions une suspension de cette audience jusqu'à l'issue de la procédure criminelle, il faudrait des mois, peut-être des années, avant que l'audience s'achève. Nous sommes d'avis qu'un tel retard dans l'instruction de cette affaire serait contraire à l'intérêt public.

...

Ce rôle de protection (*protéger les investisseurs... et l'efficacité et l'intégrité des marchés financiers*), qui est commun à toutes les commissions de valeurs mobilières, confère un caractère particulier à ces organismes, qu'il faut prendre en compte pour apprécier la façon dont leurs fonctions sont exercées en vertu de leur loi constitutive.

La Cour de l'Ontario a dit, dans ses conclusions, à la page 4 :

Une procédure d'ordre réglementaire ne devrait pas être suspendue, sauf dans des circonstances extraordinaires et exceptionnelles; cela relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal administratif.

- (c) Dans l'affaire **Stickney v. Trusz** (précitée), le juge du procès a déclaré, en rejetant la demande de suspension de la procédure jusqu'à la décision sur les accusations criminelles contre l'intimé :

12 En élargissant un peu cette formulation, je suis d'avis que le simple fait qu'il existe une procédure civile et une procédure criminelle en cours contre une personne découlant des mêmes faits ne constitue pas un motif suffisant pour conclure qu'il s'agit d'un cas exceptionnel dans lequel il faut suspendre la procédure civile. Il incombe au demandeur d'établir qu'il subira quelque préjudice précis ou particulier dans la conduite du procès criminel.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel [(1974) 46 D.L.R. (3d) 80, à la p. 82].

- (d) Le juge Burger, de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta, dans l'affaire **Saccomanno v. Swanson**, a rejeté une demande de suspension d'une procédure civile jusqu'à la décision sur les accusations criminelles découlant des mêmes faits. Il a examiné plusieurs décisions judiciaires, par rapport à la norme établie pour accorder une suspension « constituant une protection accordée sur une base discrétionnaire, dans des circonstances extraordinaires ou exceptionnelles ». Il a dit :

[TRADUCTION]

[18] En l'espèce, le demandeur soutient que le préjudice dans la conduite de la

défense dans l'affaire criminelle découle nécessairement de l'obligation pour le défendeur-accusé de répondre à la demande civile. Il n'existe pas d'aspect précis d'un préjudice que peut indiquer le demandeur, si ce n'est qu'en l'absence d'une ordonnance prévoyant autre chose, il sera forcé de répondre aux questions à l'interrogatoire préalable (dont il a été traité ci-dessus). Aucun autre préjudice n'est allégué, et on ne trouve rien non plus dans la preuve qui justifie une crainte raisonnable de préjudice. En l'espèce, je suis convaincu que les accusations criminelles sont étroitement liées aux questions qui ressortent des actes de procédure dans l'action civile. À mon avis, toutefois, le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir un préjudice ou une crainte raisonnable de préjudice découlant de la non-suspension de la procédure civile. Rien dans la preuve qu'on m'a présentée ne permet de conclure qu'il ne peut être statué de façon équitable sur les accusations criminelles à moins que la procédure soit suspendue.

...

[27] Il ne suffit pas d'affirmer simplement que la réponse peut conduire à une preuve dérivée. Le défendeur-accusé doit établir quelque motif précis de préjudice. S'il arrive à en établir un d'une manière jugée satisfaisante par le juge siégeant en son cabinet, celui-ci peut donner la directive nécessaire.

- (e) La décision de l'*Alberta Securities Commission* dans l'affaire **Hennig** (précitée) est particulièrement pertinente en l'espèce. Une demande des intimés en vue d'obtenir une suspension de la procédure ou un ajournement du reste de l'audience de la commission des valeurs mobilières jusqu'à l'issue de la procédure criminelle a été rejetée. Dans cette affaire, on invoquait les mêmes arguments que ceux qui sont présentés par les intimés en l'espèce :
- (i) Les accusations criminelles et les accusations en matière de valeurs mobilières sont fondées sur les mêmes faits et les enquêtes sont liées;
 - (ii) Les renseignements qui seront obtenus dans le cours de l'audience en matière de valeurs mobilières sont pertinents par rapport à la procédure criminelle;
 - (iii) Les intimés sont déjà frappés d'une interdiction d'effectuer des opérations sur valeurs mobilières; l'intérêt public est déjà bien protégé et la prépondérance des inconvénients joue en faveur de la suspension.
 - (iv) Les intimés font face à un dilemme : monter une défense dans l'audience en matière de valeurs mobilières exposerait leur stratégie de défense criminelle, ce qui jouerait à leur détriment dans la procédure criminelle, et leur témoignage pourrait éventuellement être utilisé contre eux. Cela équivaldrait à une auto-incrimination, ce qui contrevient aux principes de justice naturelle et porte atteinte à leurs droits en vertu de la **Charte**.

La formation a préféré le critère des « circonstances exceptionnelles et extraordinaires » au critère à trois volets de l'arrêt **RJR MacDonald** cité dans l'affaire **Collias** (précitée), bien qu'elle ait fait observer : [TRADUCTION] « en l'espèce, une bonne partie de l'analyse et des conclusions sera probablement la même selon l'un ou l'autre des deux critères ». La formation a dit, au paragraphe 28 :

[TRADUCTION] ...Ce critère (*celui des « circonstances exceptionnelles et extraordinaires »*), qui est antérieur à la Charte, s'applique toujours, comme l'a noté la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) dans l'affaire *Re Robinson* (1993), 16 O.S.C.B. 5667 (à la page 7 (QL)), citant le sommaire de l'affaire *Seaway Trust Co. et al v. Kilderkin Investments Ltd. et al.* (1986), 29 D.L.R. (4th) 456 (H.C.J. Ont.) :

[TRADUCTION] ...La règle ordinaire sur les suspensions s'applique toujours et la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'alinéa 11(c) et l'article 13 de la Charte n'a pas modifié l'exigence de circonstances exceptionnelles et extraordinaires

pour accorder la suspension.

Dans un examen serré et approfondi de la différence entre les rôles et les fonctions de la commission des valeurs mobilières et des tribunaux criminels (notamment la norme civile de preuve « suivant la prépondérance des probabilités » par opposition à la norme de preuve « hors de tout doute raisonnable » dans la procédure criminelle), la formation a conclu que les rôles et les fonctions sont [TRADUCTION] « très différents ». Elle a dit :

38 Une décision concluant à l'innocence ou à la culpabilité rendue par une juridiction ne commande ni ne présuppose la même décision par l'autre juridiction. Même si l'on suppose un cas purement hypothétique dans lequel les mêmes parties, les mêmes faits et les mêmes accusations se trouvent devant un tribunal administratif et devant un tribunal criminel, les différences de but, de processus, de procédure, de protections, de règles de preuve et de charge de la preuve font qu'on peut très bien concevoir que les conclusions puissent être différentes dans les deux cas.

La formation a estimé, au paragraphe 43, [TRADUCTION] qu'« il existe des similarités apparentes, mais elles se trouvent dans les détails sous-jacents, non dans les accusations ».

En ce qui concerne la prétention des intimés que la divulgation de leur stratégie de défense « dévoilerait leur jeu » à la Couronne dans la procédure criminelle, la formation a renvoyé aux décisions de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire **Robinson** et a jugé :

[TRADUCTION]

67 ... cette préoccupation des demandeurs ni ne constitue des circonstances extraordinaires et exceptionnelles ni n'établit le préjudice irréparable que causerait aux demandeurs la poursuite de l'audience. Si, au cours de la procédure criminelle, les demandeurs sont d'avis qu'ils ont subi un préjudice du fait qu'ils ont dévoilé leur jeu à la Couronne et qu'ils estiment que leur droit à un procès équitable est compromis, ils pourront (toujours) à ce moment-là exprimer leur préoccupation au juge du procès en vue d'une solution dans le contexte de la procédure criminelle.

S'agissant des intérêts opposés des intimés et du public, la formation a jugé que les ordonnances provisoires interdisant aux intimés d'effectuer des opérations sur valeurs mobilières ne constituaient que l'un des facteurs à prendre en compte et qu'il fallait aussi considérer les éléments suivants :

[TRADUCTION]

70 Nous convenons avec les demandeurs que les ordonnances provisoires contribuent beaucoup à protéger l'intérêt public contre la conduite fautive future des demandeurs sur le marché financier (comme elles visaient à le faire), mais il existe d'autres éléments de l'intérêt public touchés par les audiences de mise en application de la Commission qu'il faut aussi considérer, notamment :

- la décision définitive et publique tranchant les affaires de mise en application;
- dans le cadre de ce processus, une décision définitive tranchant publiquement le point de savoir si les lois sur les valeurs mobilières s'appliquent à des circonstances de fait particulières;
- si l'on conclut à une conduite fautive, l'imposition de sanctions non simplement pour empêcher une récidive de l'intimé en cause (la dissuasion spécifique), mais aussi pour dissuader les autres d'avoir une conduite fautive similaire (la dissuasion générale), s'il y a lieu.

74 Nous n'estimons pas que les ordonnances provisoires prennent pleinement en

compte l'intérêt public lié au déroulement de l'audience jusqu'à son terme. Cet intérêt public est considérable. Nous concluons qu'il l'emporte nettement sur tout préjudice potentiel qu'ont pu démontrer les demandeurs. La prépondérance des inconvénients milite contre la suspension demandée.

S'agissant de la durée éventuellement longue de la suspension demandée, la formation a dit :

[TRADUCTION]

73 Nous ne savons pas quand le procès va commencer, ou même s'il va commencer, encore moins quand la procédure criminelle pourra prendre fin. Nous ne pouvons donc prédire combien de temps la suspension, si elle était accordée, pourrait durer, ni dans quelle mesure serait retardée la décision définitive au terme de l'audience.

La formation a conclu en ces termes :

[TRADUCTION]

75 En résumé, nous estimons que les demandeurs doivent démontrer des circonstances extraordinaires ou exceptionnelles justifiant la suspension demandée. Dans les circonstances de l'espèce, ces circonstances doivent comporter un préjudice irréparable qui l'emporte sur l'intérêt public lié au déroulement de l'audience jusqu'à son terme. Les recoupements de l'enquête et des détails entre l'audience et la procédure criminelle ne sont pas suffisants.

76 Les demandeurs ne nous ont pas persuadés que la poursuite de l'audience porterait une telle atteinte à leurs droits fondamentaux qu'elle justifie la suspension. Nous refusons donc la demande.

- (f) Dans l'affaire *Schoer*, dans l'audience devant la formation de l'OCRCVM, les intimés ont invoqué les mêmes arguments et la formation a appliqué le même critère des « circonstances extraordinaires ou exceptionnelles ». La formation d'instruction a noté que la décision du juge de première instance dans l'affaire *Stickney v. Trusz* (précitée) avait été confirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario et que l'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada avait été refusée. La formation a aussi renvoyé aux décisions de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans les affaires *Robinson*, qui ont appliqué l'affaire *Stickney*. La formation a dit :

13 ... Par conséquent, et compte tenu du fait que l'argument de l'intimé en faveur de la suspension a été expressément rejeté par les tribunaux judiciaires de l'Ontario, nous n'avons d'autres choix que de rejeter la demande d'ajournement de l'intimé.

¶ 31 Nous convenons avec l'avocat de la mise en application de l'OCRCVM que les affaires invoquées par les intimés à l'appui de leur demande de suspension se distinguent clairement de l'espèce ou se rapportent à des audiences disciplinaires en droit des professions, qui présentent des différences importantes avec le contexte de la réglementation des valeurs mobilières par l'OCRCVM.

- (a) Dans l'affaire *Collias*, le motif principal de l'octroi d'un ajournement était d'attendre une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique concernant la question de la compétence de l'ACCOVAM (devenue l'OCRCVM).
- (b) Les affaires *Howatt* et *Morrison* (précitées) ne sont d'aucun secours dans la présente affaire. Dans la première, un ajournement a été accordé au motif de la maladie. Dans la seconde, une suspension temporaire a été accordée dans l'attente d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et avec le consentement des deux parties.
- (c) Les deux affaires qui pourraient être considérées comme s'appliquant en l'espèce sont les affaires *Legault* et *S.J.S.* (précitées). M. Legault, avocat, et S.J.S., médecin, ont tous deux fait l'objet d'accusations disciplinaires par les organismes dont ils relevaient et d'accusations

criminelles liées au **même** ensemble de circonstances. Dans l'affaire **S.J.S.**, décision de 1998 de la Cour du banc de la Reine de Saskatchewan, on ne renvoie pas à la jurisprudence pertinente (examinée ci-dessus) ni au critère des circonstances « extraordinaires et exceptionnelles ». Le College avait suspendu le médecin jusqu'à l'issue de la procédure disciplinaire. La Cour a accordé la demande de suspension, en partie sur le fondement que, si le médecin était déclaré coupable à la suite des accusations criminelles, une sanction disciplinaire pourrait être imposée sans qu'il soit besoin de tenir une audience et les plaignants ne seraient pas obligés de témoigner. Le procès criminel devait se tenir dans les mois suivants. Après une analyse fort brève, la Cour a conclu que ne pas accorder la suspension « aboutirait à une iniquité fondamentale ».

- (d) Le Barreau du Haut-Canada a adopté une approche similaire dans son audience concernant M. Legault. Les actes en cause, remontant à six ans avant la demande d'ajournement, comprenaient le détournement allégué de plus de 74 000 \$. M. Legault s'était engagé à ne plus pratiquer le droit. Le tribunal de gestion des audiences du Barreau a renvoyé à l'affaire **Stickney** et à sa conclusion que le fait qu'un accusé peut être contraint de rendre un témoignage qui l'incrimine lors de poursuites civiles (sous réserve de la protection offerte par la **Loi sur la preuve au Canada**) n'est pas une raison suffisante pour justifier la suspension d'une action. Le tribunal a conclu que l'affaire **Stickney** (et une autre affaire ontarienne, **Schreiber v. The Federal Republic of Germany**) établissant qu'il faut des « circonstances extraordinaires ou exceptionnelles » doivent être distinguées de l'affaire instruite et que [TRADUCTION] « ces arrêts ne sauraient s'appliquer à une personne soumise à la réglementation d'un organisme constitué en vertu d'une loi ». Le tribunal a aussi cité d'autres affaires intéressant des avocats et des médecins, dans lesquelles les décisions allaient dans un sens et dans l'autre. Le tribunal a accordé la suspension sur le fondement suivant :

[TRADUCTION]

22 ... que l'intérêt public est protégé; que les victimes alléguées ne subiront pas de préjudice indu en raison du délai; que le délai ne sera pas d'une longueur telle que la preuve sera perdue ou autrement compromise ou qu'une injustice irréparable surviendra; et qu'il pourrait être lésé dans l'exercice de ses droits à la justice naturelle dans le cadre de son procès criminel si le report n'était pas accordé.

- (e) À notre avis, la norme maintenant acceptée pour accorder une suspension dans les affaires de **valeurs mobilières** est certainement différente de la norme de la « prépondérance des inconvénients » qui a été appliquée dans l'affaire **Legault** et, semble-t-il, dans l'affaire **S.J.S.** Quoiqu'il en soit, ces affaires se distinguent clairement de l'espèce dans la mesure où les faits de ces procédures disciplinaires et ceux des procédures criminelles respectives étaient pratiquement les mêmes, alors que les faits de la présente procédure de l'OCRCVM et ceux de la procédure criminelle ne sont même pas similaires.

¶ 32 Il n'y a aucun doute dans notre esprit que les circonstances de l'espèce sont loin de constituer des « circonstances extraordinaires et exceptionnelles ». Les intimés n'ont pas établi « quelque préjudice précis ou particulier dans la conduite du procès criminel » (affaire **Stickney**, précitée au paragraphe 30), ou un « aspect précis d'un préjudice que peut indiquer le demandeur » (affaire **Saccomanno v. Swanson**, précitée au paragraphe 30). En outre, le retard que subirait la présente affaire si on attendait l'issue de la procédure criminelle sera d'au moins un an, ce qui, pour les motifs exposés dans la jurisprudence, doit être évité, à moins de « circonstances extraordinaires et exceptionnelles ». Que les plaignants recherchent ou non des sanctions civiles, ils ont le droit de connaître l'issue de la procédure disciplinaire dans un délai raisonnable.

¶ 33 Nous ne souscrivons pas aux observations des intimés portant que l'arrêt **R c. Nedulcu** de la Cour suprême du Canada (précité) diminue la protection bien reconnue que la Charte et la jurisprudence, dont l'arrêt **R c. Dubois** (précité), accordent dans la procédure criminelle aux personnes accusées.

¶ 34 Par conséquent, nous confirmons notre décision verbale antérieure rejetant la demande de suspension des intimés.

Le 24 février 2014

Alan V.M. Beattie, président

Neil Murphy, membre représentant le secteur

William Welton, membre représentant le secteur

Droit d'auteur © 2014 Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières. Tous droits réservés.