

Re DiCostanzo

AFFAIRE INTÉRESSANT :

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

et

Neil DiCostanzo

2021 OCRCVM 25

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

Audience tenue le 1^{er} novembre 2021 à Toronto (Ontario) par vidéoconférence
Décision rendue le 1^{er} novembre 2021
Motifs de la décision publiés le 4 novembre 2021

Formation d'instruction

Karen Weiler, présidente, Steven Garmaise et Stuart Livingston

Comparutions

April Engelberg, avocate de la mise en application

Kathryn Andrews, avocate de la mise en application

Neil DiCostanzo, intimé (présent)

DÉCISION SUR LA REQUÊTE VISANT À PRÉSENTER UNE CONTRE-PREUVE ET À FAIRE ADMETTRE UN NOUVEAU DOCUMENT

¶ 1 L'avocate de la mise en application de l'OCRCVM (l'avocate de l'OCRCVM) a présenté une requête en vue de présenter une contre-preuve. La preuve proposée ne satisfaisait pas aux exigences relatives aux contre-preuves et la requête a été rejetée, les motifs devant être publiés à une date ultérieure. Voici ces motifs.

¶ 2 Une brève description des faits suffira à replacer la décision dans son contexte. L'OCRCVM allègue que l'intimé a contrevenu à l'article 14 de la Règle 18 des courtiers membres en participant à une activité professionnelle externe sans l'approbation du courtier membre qui l'employait, Foster & Associates Financial Services Inc. (Fosters), en facilitant des placements dans deux sociétés pour divers clients sans inscrire ces placements dans les livres de son employeur. En particulier, l'OCRCVM allègue qu'il a facilité la conclusion de conventions de souscription et l'émission de certificats de souscription de titres de deux sociétés, soit Qnext et Sustainable Growth Strategic Capital Corp. (SGSCC).

¶ 3 L'intimé nie ces allégations. En réponse à une question de Dan McVicker, enquêteur de l'OCRCVM, il a

rapporté une conversation qu'il avait eue avec le directeur de Fosters, à au moins deux réunions tenues avec lui dans son bureau [traduction] : « Je travaillais avec des sociétés ouvertes et fermées pour obtenir des indications de clients de la part des chefs de la direction. [...] Je connaissais le chef de la direction de Qnext, qui faisait de très bonnes affaires, et qui m'a mis en relation avec un gros réseau de clients potentiels, dont beaucoup sont devenus des clients de Fosters. À court terme, on visait un premier appel public à l'épargne; l'une des idées, c'était d'organiser un premier appel public à l'épargne pour Qnext, et ce que Chris Foster n'a pas compris, c'est que les revenus potentiels iraient à Fosters. »

¶ 4 L'avocate de l'OCRCVM a produit la réponse de l'intimé en preuve principale et l'a versée au recueil des pièces 1 de l'OCRCVM, à l'onglet 4.

¶ 5 Après que l'avocate de l'OCRCVM a clos sa preuve, l'intimé a témoigné en son propre nom. Il a attesté que Chris Foster était au courant [traduction] « de ses activités » et qu'en 2016, il avait dit à M. Foster qu'il espérait que ses efforts, en ce qui concerne Qnext et d'autres sociétés fermées, se traduiraient par un premier appel public à l'épargne qui rapporterait de l'argent à Fosters sous forme de commissions. (De fait, en septembre 2015, Fosters avait effectué un placement privé de 70 000 \$ pour Qnext et touché une commission de 6 %.)

¶ 6 Lors du contre-interrogatoire, l'avocate de l'OCRCVM a attiré l'attention de l'intimé sur le questionnaire à l'intention du personnel du courtier membre qu'il avait rempli en janvier 2017 et qui a été présenté comme pièce. Les instructions du questionnaire exigeaient expressément que les employés de Fosters déclarent tous les [traduction] « comptes détenus ailleurs que chez Fosters » et toutes les [traduction] « activités externes », même s'ils avaient été précédemment déclarés au courtier membre. L'intimé a répondu « non » à la question suivante du questionnaire [traduction] : « Participez-vous à des activités professionnelles ou avez-vous un emploi en dehors de votre poste au sein de Fosters [...] ? » En outre, sous la rubrique intitulée [traduction] « Politiques générales applicables à l'ensemble du personnel inscrit », le questionnaire comprenait les déclarations suivantes :

[traduction]

« Placements privés sans l'entremise d'un courtier

Tout placement privé sans l'entremise d'un courtier pour lequel vous ou Fosters recevrez une rémunération, quelle qu'elle soit, doit être approuvé selon les procédures de la société.

[...]

Manuel des procédures

Je confirme que j'ai accès sur mon ordinateur à la version la plus récente (datée de juin 2015) du manuel des politiques et des procédures de Fosters. En outre, j'ai reçu et je connais bien les sections du manuel qui s'appliquent à mon travail / à mes fonctions chez Fosters. »

¶ 7 Plus tôt, lors de la présentation de la preuve principale, l'avocate de l'OCRCVM avait demandé que l'ensemble du manuel des politiques et des procédures de Fosters (le manuel) soit présenté comme pièce, mais la présidente n'a pas accédé à cette demande. C'est pourquoi elle a attiré l'attention de l'intimé sur cette partie du questionnaire. Voici ce que l'intimé a déclaré :

[traduction]

M. DiCostanzo : Madame, j'aimerais faire une remarque.

Présidente : Oui, M. DiCostanzo.

M. DiCostanzo : Fosters n'a jamais eu aucun problème avec ça dans le passé. On ne nous a jamais rien donné, on ne m'a jamais donné ce manuel, il n'était même pas en ligne; je peux en

témoigner.

Présidente : D'accord. Vous dites que la déclaration « J'ai accès sur mon ordinateur... » est inexacte? Que le manuel n'était pas sur votre ordinateur?

M. DiCostanzo : Je n'ai jamais eu accès à ce manuel sur mon ordinateur.

¶ 8 À ce moment, la présidente a précisé que l'avocate de l'OCRCVM pouvait faire comparaître M. Fosters à ce sujet et qu'elle était libre de contester la recevabilité du manuel, mais que celui-ci restait recevable sous réserve. L'avocate de l'OCRCVM a posé la question suivante :

[traduction]

D'accord, merci. Si nous devons faire comparaître M. Foster, s'agirait-il d'un témoignage en contre-preuve ou d'un simple témoignage sur les politiques et procédures?

¶ 9 La présidente a répondu qu'elle ne pouvait répondre à cette question à ce stade et a maintenu la recevabilité du manuel sous réserve.

¶ 10 Le 19 août 2021, l'audience a été ajournée au 1^{er} novembre 2021. Le 26 octobre 2021, le personnel de la mise en application de l'OCRCVM a avisé la formation d'instruction qu'il souhaitait faire témoigner M. Foster en contre-preuve. La présidente a demandé à l'avocate de présenter des observations et lui a rappelé que la jurisprudence interdisait à la poursuite de scinder la preuve, sous réserve de certaines exceptions.

¶ 11 Dans ses observations sur la requête, l'avocate de l'OCRCVM a dit qu'elle souhaitait entendre le témoignage général de M. Foster et a fait valoir qu'une exception à la règle s'appliquait en l'espèce. Elle a fait remarquer que le droit de la poursuite de présenter une contre-preuve ne se limite pas aux cas où la défense soulève une nouvelle question qu'elle n'aurait pu raisonnablement prévoir et qu'elle n'a pas eu l'occasion de traiter. La décision rendue dans l'affaire *R. v. D(R)*, 2014 ONCA 302, 120 O.R. (3d) 260 a fait jurisprudence en reconnaissant au paragraphe 17 qu'une contre-preuve est aussi permise lorsqu'un aspect de la preuve présentée par la Couronne prend une importance accrue à la suite d'arguments présentés par la défense. L'avocate de l'OCRCVM a fait valoir que la reconnaissance, par l'intimé, du fait qu'il avait effectué des opérations avec Qnext et facilité l'émission d'actions de Qnext donnait [traduction] « une importance accrue » à la preuve et qu'elle souhaitait donc faire témoigner M. Foster. Elle a également fait valoir que lors de la présentation de la preuve principale, [traduction] « tout ce que le personnel avait, c'était la réponse officielle de M. DiCostanzo ». Lorsque le personnel de la mise en application de l'OCRCVM a clos sa preuve, il ignorait si M. DiCostanzo présenterait lui-même une preuve ou témoignerait. De plus, M. DiCostanzo a affirmé qu'il n'avait pas reçu le manuel et qu'il n'y avait pas accès, ce que la poursuite n'aurait pu prévoir. Elle a fait valoir que la comparution de M. Foster ne surprendrait pas M. DiCostanzo, qu'il avait été avisé de l'intention du personnel la semaine précédente et qu'il s'était vu remettre un projet de déclaration de témoin.

¶ 12 Deux règles de procédure ont également été portées à l'attention de la formation. La première est stipulée à l'alinéa 8423(3)(iv) des Règles consolidées, selon lequel « le personnel de la mise en application peut présenter des preuves en réplique à toute preuve présentée pour la première fois par l'intimé et interroger des témoins, que l'intimé peut contre-interroger ». L'avocate de l'OCRCVM a fait valoir qu'en l'occurrence, c'était la première fois que M. DiCostanzo présentait une preuve selon laquelle il effectuait des opérations avec Qnext avec l'objectif que Qnext fasse un premier appel public à l'épargne et que les revenus potentiels aillent à Fosters.

¶ 13 Dans ses observations, l'avocate de l'OCRCVM ne tient pas compte du fait qu'elle a versé officiellement la « réponse officielle » de M. DiCostanzo en tant que pièce au dossier de la Mise en application. L'intimé a déclaré :

[traduction]

J'ai dit à Chris Foster, à au moins deux réunions avec lui dans mon bureau, que je travaillais avec des sociétés ouvertes et fermées pour obtenir des indications de clients de la part des chefs de la direction.

[...]

À court terme, on visait un premier appel public à l'épargne; l'une des idées, c'était d'organiser un premier appel public à l'épargne pour Qnext, et ce que Chris Foster n'a pas compris, c'est que les revenus potentiels iraient à Fosters.

¶ 14 La preuve présentée par M. DiCostanzo n'était pas une preuve « présentée pour la première fois » au sens de l'alinéa 8423(3)(iv). L'avocate n'a pas non plus expliqué quelle était l'« importance accrue » de la preuve produite en défense par l'intimé qui lui permettrait d'entendre le témoignage général de M. Foster en contre-preuve.

¶ 15 La formation reconnaît que l'avocate de l'OCRCVM n'aurait pu raisonnablement prévoir que l'intimé affirmerait qu'il n'avait pas accès au manuel, bien qu'il ait signé un document attestant le contraire. Elle serait donc justifiée de faire témoigner M. Foster dans un but limité en contre-preuve. À la réflexion, cependant, l'exercice, par le représentant inscrit, d'activités professionnelles externes sans l'autorisation du courtier membre qui l'emploie n'est pas traité uniquement dans le manuel. Il fait également l'objet d'une Règle des courtiers membres.

¶ 16 Lorsqu'on a demandé à l'intimé, lors du contre-interrogatoire, s'il savait que le fait d'exercer des activités professionnelles externes à l'insu de son employeur contrevenait à l'article 14 de la Règle 18, il n'a pas nié connaître cet article. Il a répondu [traduction] : « Comme je l'ai dit hier dans mon exposé introductif, j'ai fait savoir à Chris Foster que je travaillais avec des sociétés fermées comme Qnext et SGSCC; c'est tout ce que j'ai à dire. »

¶ 17 L'intimé est réputé connaître les Règles de l'OCRCVM qui s'appliquent à ses activités, qu'il ait eu ou non accès au manuel sur son ordinateur. Par conséquent, le témoignage de M. Foster concernant l'accessibilité du manuel sur l'ordinateur de l'intimé ne constitue qu'une preuve accessoire et n'est de toute façon pas pertinent pour la question présentée à la formation.

¶ 18 La deuxième règle sur laquelle l'avocate de l'OCRCVM s'est appuyée est celle stipulée au paragraphe 8403(3), qui permet à la formation d'instruction de contrôler sa propre procédure. À ce sujet, elle a fait valoir que le fait que la procédure est dans l'intérêt public devait être pris en considération pour déterminer si la contre-preuve de M. Foster devait être permise.

¶ 19 En présentant la preuve principale de l'OCRCVM, l'avocate a choisi de s'appuyer sur la preuve produite par l'enquêteur, M. Scali, et sur la preuve documentaire provenant de M. Foster, par exemple le document intitulé « Special Report from the CEO Re: Mr. Nello DiCostanzo » (rapport spécial du chef de la direction concernant M. Nello DiCostanzo). Le paragraphe 8203(3) des Règles consolidées de mise en application, d'examen et d'autorisation de l'OCRCVM permet ce type de preuve. Comme il l'indique :

La formation d'instruction peut admettre en preuve à l'audience des témoignages oraux et des documents ou des objets qui sont pertinents, qu'ils soient ou non donnés sous serment ou sous affirmation ou admissibles en preuve devant un tribunal.

¶ 20 Dans l'affaire *Re Jones* 2020 OCRCVM 29, l'avocat de l'intimé s'est opposé à la méthode utilisée par l'OCRCVM pour prouver ses allégations. Dans cette affaire, comme en l'espèce, il était allégué que l'intimé avait facilité les placements de deux clients dans une activité professionnelle externe, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, en contravention de l'article 14 de la Règle 18. La formation a entendu le témoignage d'une enquêtrice principale de l'OCRCVM, qui a principalement consisté à désigner les documents pertinents d'un recueil de documents. La preuve d'un des plaignants, à qui l'intimé avait présenté l'entreprise

commerciale sans inscription dans les livres, a été admise sous la forme d'une transcription d'une entrevue menée lors de l'enquête. L'avocat de l'intimé s'est opposé à cette méthode en arguant que l'OCRCVM fasse comparaître les plaignants afin qu'ils soient soumis à un contre-interrogatoire. La formation a statué que l'avocate de l'OCRCVM n'était pas obligée de le faire. Aucun des deux plaignants n'aurait pu parler de la véritable question, c'est-à-dire de l'obligation qu'avait M. Jones d'informer son employeur de son activité professionnelle externe et d'obtenir son autorisation.

¶ 21 En l'espèce, l'OCRCVM savait pertinemment que la position de l'intimé était que son employeur, M. Foster, était au courant de l'activité professionnelle qu'il exerçait en raison de la conversation qu'il avait eue avec lui en 2016. La personne qui possédait des renseignements de première main et pouvait parler de la véritable question en l'espèce était Chris Foster. Le paragraphe 8203(3) est permissif. Il ne dicte pas le type de preuve approprié dans tous les cas. Il aurait été logique de faire témoigner M. Foster au moment où l'OCRCVM a présenté sa preuve principale. Cela aurait été une façon plus efficace et concise de présenter la preuve, qui aurait permis à la formation d'aller à l'essentiel. L'avocate de l'OCRCVM a plutôt choisi de présenter de nombreux courriels répétitifs concernant les activités de promotion de l'intimé pour Qnext et SGSCC, en plus d'un tableau préparé par l'enquêteur contenant un résumé d'une ligne des divers courriels. Lorsqu'on choisit un type de preuve, il est utile de se demander s'il permet de présenter l'affaire en gardant la véritable question à l'esprit.

¶ 22 L'avocate de l'OCRCVM n'a pas vraiment expliqué pourquoi elle a choisi de ne pas faire témoigner M. Foster lorsqu'elle a présenté la preuve principale de l'OCRCVM. L'affirmation selon laquelle la preuve de l'intimé a pris une importance accrue après qu'il a témoigné n'est pas étayée et n'explique pas pourquoi ce serait le cas. L'intimé, qui se représente lui-même, s'oppose à ce que M. Foster témoigne à ce stade de la procédure.

¶ 23 En l'espèce, l'intérêt public est mieux servi par la protection du droit de l'intimé d'être informé de l'ensemble des accusations à son encontre lorsqu'il témoigne. Il ne serait pas juste de le forcer à se défendre contre une poursuite fragmentée.

¶ 24 Pour ces motifs, la requête a été rejetée.

¶ 25 Après le rejet de la requête visant à faire témoigner M. Foster en contre-preuve, l'avocate de l'OCRCVM a demandé à la formation d'admettre en preuve un document daté du 9 mars 2020, soit une lettre dans laquelle Chris Foster répond à certaines questions de l'enquêteur, Frank Scali. L'importance de ce document tient au fait qu'il contredit l'affirmation de l'intimé selon laquelle M. Foster était au courant de ses activités. L'avocate de l'OCRCVM a fait valoir que ce document ne constituait pas une nouvelle tentative de présenter une contre-preuve. Elle a reconnu qu'elle n'avait pas explicitement mentionné ce document lorsqu'elle a présenté la preuve principale; celui-ci faisait plutôt partie d'une série plus vaste de documents qui, selon ses dires, étaient pertinents, mais elle n'a pas expliqué précisément pourquoi ils l'étaient. Le premier paragraphe de la lettre se lit comme suit :

[traduction]

J'ai personnellement découvert le premier courriel incriminant de Neil DiCostanzo en recherchant la copie d'un document sans lien avec cette affaire dans nos courriels archivés. Il s'agissait d'une entente d'indication de clients entre Neil DiCostanzo et Meadowbank Asset Management, qui montrait qu'il avait fait en sorte que sa femme soit payée directement par Meadowbank dans le cadre d'un placement privé. Ce n'est qu'après avoir licencié Neil que nous avons découvert qu'il avait aussi conclu plusieurs tranches d'un placement privé directement avec Qnext (là aussi, sans passer par Foster & Associates).

¶ 26 La formation a mis sa décision d'admettre ou non ce document en délibéré jusqu'au lendemain. Ce

paragraphe est quasi identique aux deux premiers points du document intitulé « Special Report from the CEO RE: Nello DiCostanzo » (rapport spécial du chef de la direction concernant Nello DiCostanzo), écrit environ deux ans plus tôt par M. Foster et déjà admis en preuve :

[traduction]

Le vendredi 23 mars, j'ai découvert que Nello avait conclu une entente avec Meadowbank Asset Management en vue de toucher une commission secrète de 12 000 \$ (voir ci-joint). Nello a envoyé ce courriel à Rahn Lawhan, de Meadowbank.

En fouillant dans nos courriels archivés, j'ai ensuite découvert que Nello avait aussi conclu plusieurs tranches d'un placement privé pour Qnext, société fermée de stockage dans le nuage pour laquelle Fosters avait antérieurement effectué un placement légitime. Nello avait explicitement gardé ces opérations distinctes de celles de la société (un courriel montre d'ailleurs qu'il NE souhaitait PAS utiliser le courriel de Fosters pour les affaires concernant Qnext).

¶ 27 Le lendemain, lorsqu'on a demandé à l'avocate de l'OCRCVM pourquoi elle voulait faire admettre par la formation un document quasi identique à celui déjà admis en preuve, elle a répondu qu'il n'y avait rien de mal à cela. Si tel était son avis, on peut se demander pourquoi elle n'avait pas mentionné dès le début que le document qu'elle cherchait à faire admettre était quasi identique à celui déjà admis en preuve, ni expliqué pourquoi elle estimait qu'il devait néanmoins être admis.

¶ 28 La formation a refusé d'admettre en preuve le document daté du 9 mars 2020, parce qu'il fait double emploi avec la preuve déjà admise. Une simple répétition des éléments de preuve est inefficace et tient d'une conception erronée de l'objet de la preuve. L'objet de la preuve est de convaincre. Chaque nouvel élément de preuve doit ajouter une certaine valeur probante aux allégations présentées. En l'espèce, la simple répétition des éléments de preuve présentés ne rend pas la preuve plus convaincante. La présentation du plus récent document signé par M. Foster est une tentative de rehausser la crédibilité du document antérieur dans lequel M. Foster dit la même chose. Il est bien établi en droit qu'une preuve contenant des déclarations identiques à une déclaration antérieure est inadmissible, car il s'agit d'une preuve intéressée qui vise à rehausser la crédibilité du témoin qui a fait la déclaration. Le problème, aux yeux de la loi, est que le juge des faits pourrait donner faussement crédit à la répétition de la déclaration. Qui plus est, lorsque le document a été présenté, l'intimé avait déjà fini de témoigner.

Fait à Toronto (Ontario) le 4 novembre 2021.

Karen Weiler

Steven Garmaise

Stuart Livingston

Tous droits réservés © Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières, 2021.