

TRIBUNAL DES SERVICES FINANCIERS

DANS L’AFFAIRE DE la *Loi de 2006 sur les maisons de courtage d’hypothèques, les prêteurs hypothécaires et les administrateurs d’hypothèques*, L.O. 2006, c. 29 (la « *Loi* »), en particulier les articles 7, 18, 19, 21, 29, 38 et 39, et des règlements suivants pris en application de la *Loi* : le Règlement de l’Ontario 188/08 *Maisons de courtage : Normes d’exercice*, en particulier l’article 42, et le Règlement de l’Ontario 192/08, *Pénalités administratives*, en particulier l’article 3;

ET DANS L’AFFAIRE D’Easy Way Financing Inc.;

ET DANS L’AFFAIRE D’une demande d’audience conformément au paragraphe 39(5) de la *Loi*.

ENTRE :

EASY WAY FINANCING INC.

Requérant

-et-

LE SURINTENDANT DES SERVICES FINANCIERS

Intimé

DEVANT :

M. Colin McNairn
Membre du Tribunal et président du comité

ONT COMPARU :

M. Moh’d-Said Al-Kayyali, président d’Easy Way Financing Inc.,
représentant le requérant, Easy Way Financing Inc.

M. Robert Conway, avocat,
pour l’intimé,
le surintendant des services financiers

DATE DE L'AUDIENCE :

Le 6 juillet 2009

MOTIFS DE LA DÉCISION

A. Contexte et faits pertinents

Le surintendant des services financiers (le « surintendant »), qui est également directeur général de la Commission des services financiers de l'Ontario (la « CSFO »), est autorisé à délivrer des permis de maison de courtage d'hypothèques aux termes de la *Loi de 2006 sur les maisons de courtage d'hypothèques, les prêteurs hypothécaires et les administrateurs d'hypothèques*, L.O. 2006, c. 29 (la « Loi »), qui a pris effet le 1^{er} juillet 2008.

Easy Way Financing Inc. (« EWF ») a fait une demande de permis de maison de courtage d'hypothèques en vertu de la *Loi* en remplissant le formulaire prévu à cet effet en date du 13 mai 2008 (la « Demande »). EWF était à cette époque enregistrée en tant que courtier en hypothèques en vertu de la loi précédente, à savoir la *Loi sur les courtiers en hypothèques*, L.R.O. 1990, c. M.39, dont le remplacement par la *Loi* devait prendre effet le 1^{er} juillet 2008.

La Demande a été remplie et signée par M. Moh'd-Said Al-Kayyali, le courtier principal proposé pour EWF, en sa qualité de « courtier/propriétaire » d'EWF. M. Al-Kayyali se livrait également aux activités de courtage immobilier par l'entremise de sa société Homelife Pioneers Realty Inc., dont il était le courtier dûment mandaté.

La Demande renfermait une section imprimée formulée comme suit :

[TRADUCTION]

12. Assurance erreurs et omissions : (cochez la case applicable)

La société par actions, la société en nom collectif ou le propriétaire unique doit être titulaire d'une assurance erreurs et omissions. Remarque : si un contrat d'assurance est déjà en vigueur, il doit être assorti de garanties annexes contre les actes frauduleux.

ou

La société par actions, la société en nom collectif ou le propriétaire unique doit être titulaire du contrat d'assurance erreurs et omissions exigé au 1^{er} juillet 2008.

Remarque : Seuls les candidats ayant souscrit l'assurance erreurs et omissions exigées pourront devenir titulaires du permis le 1^{er} juillet 2008.

Sur la Demande, M. Al-Kayyali a coché la deuxième case. En réponse à cette demande, EWF s'est vu accorder le 26 mai 2008 un permis de maison de courtage d'hypothèques. M. Al-Kayyali était et demeure le seul employé d'EFW.

Les maisons de courtage d'hypothèques sont tenues, en vertu de l'article 42 du règlement *Maisons de courtage : Normes d'exercice prescrit les normes d'exercice*, qui a pris effet le 1^{er} juillet 2008, de souscrire une assurance-responsabilité civile professionnelle sous la forme approuvée par le surintendant, laquelle assurance comprend des garanties annexes en cas de sinistre causé par des actes frauduleux ainsi qu'une garantie d'au moins un million de dollars et de 500 000 dollars par événement (l'« assurance erreurs et omissions »). Les maisons de courtage d'hypothèques peuvent satisfaire à cette exigence en obtenant une autre forme d'assurance sous une forme approuvée par le surintendant. L'exigence imposant la souscription d'une assurance erreurs et omissions ou d'une autre forme d'assurance est une norme de pratique obligatoire que les maisons de courtage d'hypothèques titulaires d'un permis doivent observer en vertu du paragraphe 7(4) de la *Loi*.

Le 26 novembre 2008, la CSFO a envoyé un message conforme à un modèle préétabli à l'adresse courriel de M. Al-Kayyali indiquée dans la Demande face à son nom dans la case où il était désigné courtier principal proposé pour EWF. La Demande contenait également sous la rubrique intitulée « Renseignements sur la personne-ressource » une autre adresse courriel qui n'a pas été utilisée par la CSFO. Le courriel du 26 novembre comportait la mention « urgent » et était adressé au courtier principal. Il mentionnait notamment que, selon une vérification réalisée, la maison de courtage d'hypothèques n'avait pas contracté d'assurance erreurs et omissions au 15 octobre 2008 et que les assurances erreurs et omissions obtenues par l'entremise du Conseil ontarien de l'immobilier (CIO) ne couvraient pas les services hypothécaires. Le message exigeait l'envoi par courriel, au plus tard le 3 décembre 2008, d'une réponse donnant une explication détaillée du fait qu'aucune assurance erreurs et omissions n'était en effet, accompagnée des documents à l'appui, y compris toute page de déclaration ou police d'assurance et une déclaration sur le volume d'activités de la maison de courtage depuis le 1^{er} juillet 2008.

Le 12 décembre 2008, la CSFO a envoyé une lettre recommandée à M. Al-Kayyali. Cette lettre :

- rappelait à M. Al-Kayyali ses responsabilités à titre de courtier principal et son obligation, en vertu de la *Loi*, de répondre aux demandes de renseignements et de documents provenant du surintendant;
- faisait remarquer qu'il n'avait pas répondu au courriel du 26 novembre 2008 de la CSFO, lequel, selon la lettre, était joint (même si l'avocat du surintendant a indiqué au Tribunal que le courriel n'était en fait pas joint à la lettre);

- exigeait comme cela était demandé dans le courriel une réponse écrite, au plus tard le 31 décembre 2008, concernant l'assurance erreurs et omissions de sa maison de courtage et expliquant le fait qu'il n'avait pas répondu au courriel.

Le 18 décembre 2008, M. Al-Kayyali a répondu par courriel à cette lettre de la CSFO :

- en indiquant que c'était la seule lettre qu'il avait reçue de la CSFO concernant l'assurance erreurs et omissions;
- en demandant à ce que son adresse courriel soit actualisée et remplacée par une nouvelle adresse, différente des deux adresses indiquées dans la Demande;
- en reconnaissant qu'il était tenu de contracter une assurance erreurs et omissions et qu'il ne l'avait pas fait, tout en expliquant qu'il traversait des difficultés financières;
- en demandant « quelques mois » pour pouvoir prendre les dispositions relatives à l'assurance erreurs et omissions.

M. Al-Kayyali a déclaré que le courriel du 26 novembre 2008 de la CSFO n'avait pas été porté à son attention, expliquant que l'adresse qui avait été utilisée était une adresse personnelle et que le courriel était probablement allé directement dans son dossier de pourriels, ce qui expliquerait qu'il ne l'ait pas ouvert.

Un mois plus tard, le 16 janvier 2009, la CSFO a répondu par courriel au courriel de M. Al-Kayyali, indiquant qu'elle n'avait toujours pas reçu de preuve attestant l'obtention d'une assurance erreurs et omissions et demandant à recevoir la page de déclaration de la police d'une telle assurance au plus tard le 30 janvier 2009. M. Al-Kayyali a déclaré avoir appelé la CSFO à plusieurs reprises entre la réception de la lettre de la CSFO du 12 décembre 2008 et le courriel du 16 janvier 2009. Il n'avait pas réussi à parler à qui que ce soit de l'exigence relative à l'assurance erreurs et omissions et avait laissé des messages vocaux à deux ou trois représentants, sans recevoir d'appel en retour. La preuve ne montre pas clairement si les messages vocaux demandaient simplement à ce qu'on le rappelle, en indiquant le numéro correct à joindre, ou s'ils mentionnaient l'objet de l'appel. M. Al-Kayyali n'a pas répondu au courriel du 16 janvier 2009 de la CSFO, bien qu'il ne nie pas l'avoir reçu.

M. Al-Kayyali a également déclaré que, jusqu'à la réception de la lettre de la CSFO du 12 décembre 2008, il pensait que l'assurance erreurs et omissions dont il était titulaire à titre de courtier immobilier par l'entremise du programme d'assurance du CIO satisfaisait à l'exigence relative à l'assurance erreurs et omissions prévue par la *Loi*. Toutefois, cela est en contradiction avec le fait que, en remplissant la Demande, il avait coché la deuxième case dans la partie intitulée « Assurance erreurs et omissions », indiquant ainsi qu'EFW aurait l'assurance exigée en effet au plus tard le 1^{er} juillet 2008. S'il avait cru que son assurance du CIO suffisait, il aurait logiquement coché la première

case pour indiquer qu'EFW avait déjà en effet l'assurance exigée. Le témoignage de M. Al-Kayyali est par ailleurs incompatible avec le fait que, dans son courriel du 18 décembre 2008 à la CSFO, il ne mentionnait aucun malentendu quant au caractère acceptable de l'assurance du CIO pour expliquer le fait qu'il avait omis d'obtenir une assurance erreurs et omissions. Il se contentait d'y citer comme motif ses difficultés financières. Quoi qu'il en soit, M. Al-Kayyali ne devrait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'une assurance contractée personnellement à titre de courtier immobilier s'étende à l'entité EWF, qui exerçait des activités de courtage d'hypothèques et non de courtage immobilier. Tout bien considéré, je juge non crédible la déclaration de M. Al-Kayyali selon laquelle il pensait à tort que l'assurance du CIO satisferait l'exigence découlant de la *Loi* de souscrire une assurance erreurs et omissions pour EWF.

Ce n'est qu'après avoir reçu la lettre du 12 décembre 2008 de la CSFO que M. Al-Kayyali s'est renseigné sur l'obtention d'une assurance erreurs et omissions. Il a alors appris que la prime annuelle de cette assurance coûterait entre 700 et 800 \$.

Le 17 février 2009, le surintendant a émis un avis d'intention de révoquer le permis de maison de courtage d'hypothèques d'EFW, un avis d'intention d'imposer à EWF une pénalité administrative d'un montant de 1 000 \$ et une ordonnance provisoire suspendant le permis d'EFW pendant la période de 15 jours durant laquelle EWF avait droit, en vertu de la *Loi*, de présenter une demande d'audience devant ce Tribunal concernant la proposition de révoquer son permis.

Le 5 mars 2009, EWF a déposé devant le Tribunal une demande d'audience relativement à la pénalité administrative proposée. En même temps, EWF a présenté à la CSFO une déclaration demandant la remise de son permis de maison de courtage d'hypothèques. Cette déclaration mentionnait entre autres choses que cette demande de remise de permis était motivée par le fait qu'aucune activité ne permettait de couvrir les dépenses et que quatre opérations hypothécaires avaient été réalisées depuis le 1^{er} juillet 2008 pour une valeur totale de 1 074 112,50 \$. Dans son témoignage, M. Al-Kayyali indiquait que ces opérations avaient seulement généré pour EWF des revenus de 7 000 à 8 000 \$. Dans sa lettre du 20 mars 2009, le surintendant approuvait par l'intermédiaire de son délégué la demande de remise de permis à compter de la date de la lettre.

Avec le consentement d'EFW, le surintendant a déposé devant le Tribunal la preuve écrite de trois représentants de la CSFO : Mme Yen Quan Low Sin, spécialiste principale de l'enregistrement, Mme Danielle Katic, coordonnatrice principale, Communications stratégiques, et M. Grant Swanson, directeur administratif de la Division de la délivrance des permis et de la surveillance des pratiques de l'industrie. La preuve décrivait les éléments suivants, respectivement :

- le processus appliqué par la CSFO pour réaliser auprès des maisons de courtage d'hypothèques une vérification de la conformité relativement à la souscription obligatoire d'une assurance erreurs et omissions, et le suivi effectué auprès des maisons de courtage qui ne respectaient pas cette exigence;

- les initiatives d'envergure réalisées par la CSFO pour communiquer les exigences découlant de la *Loi* aux membres du secteur des maisons de courtage d'hypothèques avant et après l'entrée en vigueur de la *Loi* le 1^{er} juillet 2008 (j'ai également reçu en preuve les messages transmis dans le cadre de certaines de ces initiatives);
- les raisons incitant le surintendant à proposer et à imposer des pénalités administratives de 1 000 \$ du fait que le requérant n'avait pas souscrit d'assurance erreurs et omissions – le surintendant considérait cette somme comme le montant minimum pour faire comprendre que l'inobservation des règles serait prise au sérieux, et le montant correspondait plus ou moins aux économies qu'une maison de courtage d'hypothèques réaliserait sur une année si elle ne payait pas de prime d'assurance erreurs et omissions, laquelle coûte généralement de 800 à 1200 \$.

B. Questions

Les questions à trancher en l'espèce sont les suivantes :

1. L'imposition d'une pénalité administrative à l'encontre d'EFW se justifie-t-elle compte tenu des circonstances de l'affaire?
2. Si tel est le cas, quel devrait être le montant de la pénalité dans ces circonstances?

C. Analyse

1. L'imposition d'une pénalité administrative se justifie-t-elle?

Le paragraphe 39(1) de la *Loi* stipule que le surintendant peut, par ordonnance, imposer une pénalité administrative à une personne s'il est convaincu qu'elle n'a pas observé une exigence établie en application de la *Loi*. Si une audience est demandée concernant une proposition du surintendant de rendre une ordonnance dans ce sens, le Tribunal doit être convaincu de l'existence d'une telle inobservation avant de confirmer la proposition, avec ou sans modifications, et d'enjoindre au surintendant d'y donner suite.

Je suis convaincu qu'EFW a omis d'observer l'exigence établie en application de la *Loi* de souscrire une assurance erreurs et omissions. Cette inobservation a duré du 1^{er} juillet 2008 au 20 mars 2009, à l'exception peut-être de la période de 15 jours pendant laquelle le permis d'EFW a été suspendu en vertu d'une ordonnance du surintendant qui empêchait EFW d'utiliser le permis sur le plan juridique. Dans ces circonstances, j'ai clairement le pouvoir discrétionnaire d'ordonner au surintendant d'imposer une pénalité administrative à EFW du fait que cette dernière n'a pas souscrit d'assurance erreurs et omissions.

Je ne suis pas persuadé que je devrais renoncer à l'exercice de ce pouvoir pour la simple raison que le courriel du 26 novembre 2008 de la CSFO a seulement été porté à l'attention de M. Al-Kayyali lorsqu'il a été informé de son envoi par la lettre de suivi du 12 décembre 2008 de la CSFO. Le courriel contenait un message à l'attention du courtier principal et M. Al-Kayyali était le courtier principal d'EFW. Le message a été envoyé à l'adresse courriel que M. Al-Kayyali avait lui-même fournie dans la Demande face à son propre nom comme courtier principal d'EFW. Rien n'indiquait que le système de messagerie électronique ait informé l'expéditeur, la CSFO, que le courriel était non distribuable. M. Al-Kayyali n'avait pas informé la CSFO au moment importun d'un quelconque changement d'adresse courriel qui aurait permis à la CSFO de communiquer avec lui. En fait, M. Al-Kayyali a déclaré que l'adresse courriel qu'il avait fournie sur la Demande était demeurée valide jusqu'à la date d'audience pour cette affaire.

Quoi qu'il en soit, M. Al-Kayyali devait savoir ou aurait dû savoir, avant d'être informé du contenu du courriel du 26 novembre 2008, qu'EFW était tenue de souscrire une assurance erreurs et omissions à compter du 1^{er} juillet 2008. En effet, il avait indiqué sur la Demande qu'une telle assurance serait en vigueur à partir de cette date, et la CSFO avait par ailleurs fait de gros efforts de communications concernant les exigences découlant de la *Loi* à l'intention du secteur des maisons de courtage d'hypothèques, dont EWF faisait partie. Même si M. Al-Kayyali ignorait qu'EFW devait être titulaire d'une assurance erreurs et omissions jusqu'à ce qu'il eût reçu la lettre du 12 décembre 2008 de la CSFO, il a omis de souscrire cette assurance pendant la période de deux mois entre la réception de cette même lettre et le 17 février 2009, date à laquelle le surintendant a émis ses avis d'intention et son ordonnance provisoire concernant la suspension du permis.

Je ne suis pas non plus convaincu du fait que je devrais renoncer à mon pouvoir discrétionnaire d'ordonner au surintendant d'imposer une pénalité administrative à EWF en raison de la déclaration de M. Al-Kayyali selon laquelle il aurait cru faussement jusqu'au 12 décembre 2008 que l'assurance erreurs et omissions obtenue par l'entremise du CIO satisfierait à l'exigence relative à l'assurance erreurs et omissions à laquelle EWF était sujette en vertu de la *Loi*. J'ai déjà conclu que cette déclaration n'était pas crédible.

Enfin, à mon avis, les difficultés financières que connaissaient EWF et M. Al-Kayyali ne constituent pas un motif suffisant pour ne pas ordonner au surintendant d'imposer une pénalité administrative à EWF.

Je suis convaincu que l'imposition d'une pénalité administrative à EWF servirait une des deux fins, voire les deux, pour lesquelles une pénalité peut être imposée en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi*, à savoir encourager la conformité avec une exigence établie en application de la *Loi* et empêcher qu'une personne tire des avantages économiques de l'inobservation d'une exigence établie en application de la *Loi*. La situation en l'espèce ressemble à celle de l'affaire *Chen c. surintendant des services financiers* (Dossier du TSF n° M0359-2009-1) et d'autres décisions antérieures où le Tribunal a conclu que l'imposition d'une pénalité administrative servirait aux deux fins prévues d'une telle pénalité.

2. *Le montant approprié de la pénalité*

Pour déterminer le montant approprié de la pénalité, je dois tenir compte exclusivement des critères établis à l'article 3 du règlement intitulé *Pénalités administratives*, tout comme le surintendant devait le faire en premier lieu.

Le premier critère est le degré d'intention, d'insouciance ou de négligence que manifeste l'inobservation d'une exigence de la *Loi*. Il me semble qu'EFW a par l'entremise de M. Al-Kayyali agi avec témérité, comme le montrent les circonstances suivantes considérées dans leur ensemble :

- EWF ne s'est pas informée, avant ou peu après avoir reçu son permis de maison de courtage d'hypothèques, de la nature des exigences imposées aux maisons de courtage d'hypothèques en vertu de la *Loi*;
- elle n'a pas pris les mesures nécessaires pour faire en sorte de recevoir tout message courriel de la CSFO concernant les exigences adressé à M. Al-Kayyali, son courtier principal, et n'a pas fourni à cet effet à la CSFO une adresse courriel commerciale active en modifiant l'information donnée dans sa Demande (certes, elle l'a fait, mais de façon extrêmement tardive, le 18 décembre 2008);
- elle n'a pas cherché activement à souscrire l'assurance erreurs et omissions exigée, même après que M. Al-Kayyali eût été de fait informé de cette exigence, et elle ne s'est pas abstenue de réaliser des opérations hypothécaires alors qu'elle n'était pas couverte par une assurance erreurs et omissions.

Le deuxième critère est le préjudice ou le préjudice potentiel causé à des tiers par l'inobservation. En l'espèce, il existait certainement la possibilité d'un préjudice étant donné qu'EFW a réalisé plusieurs opérations hypothécaires après le 1^{er} juillet 2008, date d'entrée en vigueur de l'exigence relative à l'assurance erreurs et omissions. Elle a réalisé ces opérations sans être couverte par cette assurance, exposant ainsi ses clients à un préjudice potentiel lié à l'absence de toute assurance qui leur garantirait le remboursement de pertes subies par sa faute, le cas échéant.

Le troisième critère est la mesure dans laquelle la personne a tenté d'atténuer les pertes ou de prendre d'autres mesures correctives. EWF n'a pris aucune mesure avant le 5 mars 2009, date à laquelle elle a déposé devant la CSFO une déclaration de remise de son permis de maison de courtage d'hypothèques afin de remédier pour l'avenir à l'inobservation des exigences découlant de la *Loi*.

Le quatrième critère est la mesure dans laquelle la personne a tiré ou s'attendait raisonnablement à tirer des avantages économiques de l'inobservation de la *Loi*. EWF a tiré un avantage économique de l'inobservation de l'exigence relative à la souscription d'une assurance erreurs et omissions du fait qu'elle n'a pas eu à payer cette assurance alors même qu'elle exerçait des activités de courtage d'hypothèques après le 1^{er} juillet 2008. Ce genre de dépense aurait été un coût d'activités commerciales pour les autres maisons de courtage d'hypothèques.

Le cinquième critère est toute autre contravention à une exigence établie en application de la *Loi* ou à une autre loi de l'Ontario ou d'une autre autorité législative portant sur les services financiers, ou inobservation de cette exigence ou autre loi, au cours des cinq années précédentes. Rien ne permet de conclure à l'existence d'une telle contravention ou inobservation en l'espèce.

Je tiens à remarquer que les circonstances financières de la personne à laquelle est imposée une pénalité administrative ne sont pas un facteur à prendre en compte au moment de déterminer le montant approprié de la pénalité.

En me fondant sur l'application des critères pertinents aux circonstances en l'espèce, je suis d'avis que l'imposition à EWF d'une pénalité administrative d'au moins 1 000 \$ serait appropriée. Étant donné que le surintendant ne m'a pas demandé d'augmenter le montant proposé de la pénalité de 1 000 \$, je conclus qu'une pénalité administrative de ce montant devrait être imposée dans cette affaire.

D. Ordonnance

Pour les motifs qui précèdent, j'ordonne par la présente ordonnance au surintendant de donner suite à son intention d'imposer à EWF une pénalité administrative d'un montant de 1 000 \$.

FAIT dans la ville de Toronto, le 14 juillet 2009.

« Colin McNairn »
Colin McNairn, membre du Tribunal
et président du comité