

Re Deeb

AFFAIRE INTÉRESSANT :

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

et

Peter Michael Deeb

2012 OCRCVM 54

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

Audience tenue le 28 septembre 2012

Décision rendue le 1^{er} octobre 2012

Formation d'instruction

Frederick Webber (président), Selwyn Kossuth et Sandy Grant

Comparutions

M. Andrew Werbowski, avocat de la mise en application

MM. Grant Sawiak, Joseph Groia et Kevin Richard, avocats de l'intimé

DÉCISION CONCERNANT LE TÉMOIN BOYCE

1. Introduction

¶ 1 L'intimé se proposait d'appeler un témoin expert, Larry Boyce, pour témoigner sur certaines questions contenues dans un rapport qu'il a établi, daté du 31 août 2012 (le rapport Boyce), qui porte sur le chef 3 de l'avis d'audience. L'intimé se proposait aussi d'appeler M. Boyce comme témoin des faits à l'égard des chefs 1 et 2 de l'avis d'audience sur le fondement de sa déclaration de témoin. L'avocat de l'OCRCVM a indiqué à la formation que l'OCRCVM présenterait une requête visant à exclure le témoin, tant comme témoin expert à l'égard du chef 3 que comme témoin des faits à l'égard des chefs 1 et 2.

¶ 2 Immédiatement avant l'instruction de la requête, le 28 septembre 2012, l'intimé a engagé deux avocats supplémentaires, Joseph Groia et Kevin Richard, qui ont indiqué à la formation qu'ils seraient principalement responsables de représenter l'intimé sur la présente requête et pendant le reste de l'audience. Avec l'accord des deux avocats, une copie du rapport Boyce et de la déclaration du témoin a été remise à la formation et la requête de l'OCRCVM a été plaidée le 28 septembre 2012. La formation a examiné le rapport Boyce et la déclaration du témoin, puis a entendu les observations orales des avocats des deux parties. La décision sur la requête a été rendue le 1^{er} octobre 2012.

2. L'exclusion de M. Boyce comme témoin des faits

¶ 3 La requête de l'OCRCVM demandait à la formation d'exclure M. Boyce comme témoin des faits à l'égard des chefs 1 et 2 pour les motifs suivants :

- M. Boyce n'est pas vraiment un témoin des faits puisque le témoignage qu'il se propose de donner est purement un témoignage d'opinion, qualifié et reformaté comme témoignage sur les faits.
- M. Boyce n'était pas présent lorsque se sont déroulées les opérations visées dans les chefs 1 et 2. Il a simplement été engagé par l'intimé après la délivrance de l'avis d'audience pour examiner un mois choisi arbitrairement sur une période de 13 mois.
- Le témoignage de M. Boyce n'est pas nécessaire et ses conclusions ne sont pas pertinentes.

¶ 4 Dans sa déclaration de témoin, M. Boyce a dit qu'il avait choisi le mois de septembre 2011 [*sic*, on voulait dire 2009) et examiné toute l'activité de négociation de l'intimé en passant en revue tous les registres quotidiens de négociation. Le témoin résume ensuite ses conclusions.

¶ 5 La formation est en désaccord avec la position de l'OCRCVM selon laquelle le témoignage projeté constitue un témoignage d'opinion, plutôt qu'un témoignage sur les faits. De l'avis de la formation, le témoignage projeté constitue pour une bonne part, sinon en totalité, un témoignage sur les faits. Le témoignage de M. Boyce ne devrait pas être exclu, et ne sera pas exclu, pour ce motif.

¶ 6 Le deuxième motif de l'OCRCVM était que M. Boyce n'était pas présent lorsque les opérations visées par les chefs 1 et 2 se sont déroulées. De l'avis de la formation, cela ne constitue pas un motif valide d'exclusion du témoignage. Les témoins de l'OCRCVM ont également témoigné bien qu'ils n'aient pas été présents lorsque les opérations se sont déroulées. Dans tous les cas, les témoins ont témoigné, ou vont témoigner, au sujet de leur examen des registres des opérations existantes. Le témoignage de M. Boyce ne devrait pas être exclu, et ne sera pas exclu, pour ce motif.

¶ 7 L'OCRCVM a aussi soutenu que le témoignage de M. Boyce ne serait pas pertinent, parce qu'il traiterait d'un seul mois sur les 13 qui sont visés par les chefs 1 et 2 et ce mois ne correspond pas à l'un des deux mois qui sont visés par le chef 1. La formation trouve l'argument attirant. Toutefois, elle a décidé qu'il serait prématuré de se prononcer sur la pertinence du témoignage sans donner au témoin la possibilité d'exposer son point de vue et à l'avocat la possibilité d'établir sa pertinence si l'avocat de l'OCRCVM s'oppose au témoignage pour ce motif. La formation serait alors en mesure de se prononcer sur la pertinence après un véritable débat et, si elle permet le témoignage, de lui accorder le poids approprié.

3. L'exclusion de la preuve d'expert

¶ 8 L'OCRCVM s'est opposé à l'admissibilité du rapport Boyce relativement au chef 3 pour les motifs suivants :

- il n'est pas nécessaire pour aider la formation;
- il n'est pas pertinent.

¶ 9 Au soutien de sa position, l'OCRCVM dit que les critères d'admissibilité de la preuve d'expert sont exposés dans l'arrêt de principe *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, [1994] A.C.S. n° 36, où la Cour suprême du Canada a statué « L'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants : a) la pertinence; b) la nécessité d'aider le juge des faits; c) l'absence de toute règle d'exclusion; et d) la qualification suffisante de l'expert. » Les critères c) et d) ne sont pas applicables en l'espèce. Par contre, les critères a) et b) sont pertinents.

¶ 10 3.4 La cour a cité l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, selon lequel « [l]e rôle d'un expert est... de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler... Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire. »

¶ 11 Il ne suffit pas que l'opinion de l'expert soit « utile ». « L'exigence est que l'opinion soit nécessaire au sens qu'elle fournit des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. »

¶ 12 En outre, la cour a dit que le témoignage d'expert doit être évalué à la lumière de la possibilité qu'il fausse le processus de recherche des faits. « Les experts ne doivent toutefois pas pouvoir usurper les fonctions du juge des faits, ce qui pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts. » Bien que la règle qui excluait le témoignage d'expert sur une question fondamentale ne soit plus d'application générale, les préoccupations qui la sous-tendent demeurent et la règle sera appliquée strictement, dans les cas appropriés, pour exclure la preuve d'expert sur une question fondamentale.

¶ 13 L'OCRCVM a également soutenu que [TRADUCTION] « [d]ans le domaine des valeurs mobilières, il a été jugé que l'OCRCVM constitue un tribunal spécialisé capable de comprendre et de trancher des questions touchant la conformité, les normes et les pratiques dans le secteur des valeurs mobilières, les questions relatives aux exigences de marge et l'obtention irrégulière d'un accès au crédit sans recours à des experts en la matière. Ces questions relèvent carrément de l'expertise du tribunal. » La formation souscrit à cette position, mais estime qu'elle n'empêche pas forcément l'admission d'une preuve d'expert au sujet de ces questions dans toute affaire dont est saisie une formation d'instruction de l'OCRCVM.

¶ 14 Dans l'affaire récente *Re Northern Securities* 2012 OCRCVM 38, la formation a jugé que les critères définis dans l'arrêt *Mohan* s'appliquaient non seulement aux tribunaux judiciaires, mais aussi aux tribunaux administratifs, en particulier le critère de la « nécessité », pour exclure la preuve d'expert dans cette affaire.

¶ 15 En l'espèce, l'intimé a soutenu que le critère élevé à l'égard de l'admissibilité de la preuve d'expert dans des arrêts comme l'arrêt *Mohan* n'avait qu'une application limitée dans les procédures administratives et que les critères de l'arrêt *Mohan* ne devraient pas faire obstacle à l'admissibilité d'une telle preuve; si on les prend en considération, ces critères devraient être limités à l'appréciation du poids que la formation doit donner à cette preuve.

¶ 16 Dans ses observations écrites, l'intimé a dit : [TRADUCTION] « dans l'arrêt *Alberta (Securities Commission) v. Workum*, [2010] A.J. No. 1468, la Cour d'appel de l'Alberta a jugé que l'arrêt *Mohan* était sans application dans les audiences administratives ». Il dit encore que les tribunaux administratifs comme l'OCRCVM [TRADUCTION] « ne sont pas liés par les règles civiles de preuve et que, par conséquent, les normes strictes qui s'appliquent à l'admission de la preuve d'expert dans les procédures judiciaires ne s'appliquent pas dans le contexte administratif ». La formation souscrit à cette position. L'intimé a cité l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *Alberta (Workers' Compensation Board) v. Alberta (Workers' Compensation Board Appeals Commission)*, 2005 ABCA 276, 371 A.R. 318, antérieur à l'arrêt *Workum*, qui établit la distinction entre l'application des critères de l'arrêt *Mohan* devant un tribunal judiciaire et leur application en contexte administratif. Dans cet arrêt, la cour a statué que le défaut par un organisme de reconnaître formellement la qualification d'un expert selon les règles de l'arrêt *Mohan* ne faisait pas obstacle à l'admissibilité de son témoignage. La cour a dit :

[TRADUCTION]

En règle générale, les règles strictes de preuve ne s'appliquent pas aux tribunaux administratifs... Alors que les règles relatives à l'inadmissibilité de la preuve (comme le critère de l'arrêt *Mohan*) devant un tribunal judiciaire sont généralement fixées et formelles, un tribunal administratif n'est que rarement, voire jamais, obligé (non souligné dans l'original) d'appliquer ces règles strictes. Dans un contexte de droit administratif, la preuve par expert pertinente est admissible. Les faiblesses dans les faits ou les hypothèses sur lesquels se fonde une opinion, ou dans les qualifications de l'expert, ont une incidence sur le poids de la preuve, mais non sur son admissibilité.

¶ 17 Les arrêts *WCB* et *Workum* n'étaient pas cités dans l'affaire *Northern*, mais cela ne signifie pas que l'affaire *Northern* ait été mal décidée ou que les critères de l'arrêt *Mohan* soient sans application dans des audiences administratives. La portée des arrêts *WCB* et *Workum* est simplement que les critères de l'arrêt *Mohan* ne doivent pas être appliqués aussi strictement dans les affaires administratives que devant les tribunaux judiciaires, mais on peut toujours s'y reporter pour déterminer si une preuve d'expert devrait être admise dans une affaire particulière. La décision d'admettre ou non la preuve d'expert doit se prendre cas par cas. Sur la question de savoir si la preuve d'expert est « nécessaire » pour la décision du tribunal administratif, la formation

est d'accord avec les facteurs indiqués dans l'affaire *Northern*, à savoir :

- l'objet sur lequel porte la preuve par comparaison avec l'expertise dans le domaine des membres de la formation sur les questions que doit décider la formation;
- les qualifications de l'expert;
- la qualité de la preuve.

¶ 18 Avant de prendre une décision, la formation a lu le rapport Boyce. Elle a conclu que M. Boyce était un expert possédant les qualifications requises concernant l'objet sur lequel porte le rapport, soit la question de savoir si les opérations financières de l'intimé dans ses comptes REER et CELI au cours des périodes visées au chef 3 constituaient du « resquillage » et contrevenaient à l'article 1 de la Règle 29 de l'OCRCVM ainsi qu'il est allégué. L'OCRCVM ne conteste pas les qualifications de M. Boyce. De plus, bien que la formation ait le sentiment que l'objet sur lequel porte le rapport Boyce ne soit pas strictement « nécessaire » pour qu'elle prenne sa décision, la formation peut, sur le fondement des arrêts *WCB* et *Workum*, admettre la preuve d'expert même si elle atteint le degré du nécessaire; la formation a jugé que la preuve serait instructive sur ces questions et tout à fait utile pour l'aider à prendre sa décision. Enfin, la formation a souscrit à la position de l'avocat de l'intimé, soit que le rapport Boyce et le témoignage de M. Boyce couvraient le domaine sur lequel avaient témoigné les trois témoins de l'OCRCVM sans avoir été reconnus comme experts et qu'il serait inéquitable à l'endroit de l'intimé d'exclure le rapport Boyce et le témoignage de M. Boyce dans ces circonstances. La formation a décidé de ne pas exclure le rapport Boyce et le témoignage de M. Boyce au motif qu'ils ne seraient pas nécessaires.

¶ 19 Enfin, l'OCRCVM a adopté la position que le rapport Boyce n'était pas pertinent. Le rapport Boyce concluait que les opérations dans les comptes REER et CELI ne constituaient pas une contravention aux exigences pour les comptes au comptant. Selon l'OCRCVM, cette conclusion n'était pas pertinente parce que l'intimé n'était pas accusé d'une contravention aux exigences pour les comptes au comptant. La formation ne peut souscrire à cette position de l'OCRCVM. Le rapport Boyce a conclu non seulement que l'intimé n'avait pas contrevenu aux règles relatives aux comptes au comptant, mais aussi que, du fait qu'il n'avait pas contrevenu à ces règles, il n'avait pas fait de resquillage comme l'allègue le chef 3. De plus, même si les opérations effectuées dans les comptes REER et CELI ne pouvaient être qualifiées comme du resquillage, les éléments traités dans le rapport Boyce pourraient être pertinents par rapport à la question de savoir si elles constituaient une contravention à l'article 1 de la Règle 29 de l'OCRCVM.

¶ 20 Par conséquent, la formation a décidé d'admettre le rapport Boyce en preuve et de permettre à M. Boyce de témoigner à cet égard.

¶ 21 En plus de faire témoigner M. Boyce au sujet des comptes REER et CELI, qui sont tous deux des comptes au comptant, les intimés se proposaient de le faire témoigner aussi au sujet des opérations des intimés dans certains comptes sur marge, au sujet desquelles un témoin de l'OCRCVM avait déjà témoigné. Cela n'était pas traité dans le rapport Boyce, mais dans un souci d'équité procédurale, l'avocat de l'OCRCVM a indiqué qu'il ne s'opposait pas à ce que M. Boyce témoigne au sujet de ces comptes sur marge. Il n'a donc pas été nécessaire que la formation se prononce sur l'admissibilité de cette preuve et il lui a été permis de témoigner.

Fait le 1^{er} octobre 2012.

Fred Webber, président

Selwyn Kossuth, membre

Sandy Grant, membre

Droit d'auteur © 2012 Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières. Tous droits réservés.