

Re Crandall

AFFAIRE INTÉRESSANT :

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

et

Robert Adrian Crandall

2016 OCRCVM 18

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

Audience tenue les 1^{er} et 2 février 2016
Décision écrite rendue le 26 mai 2016

Formation d'instruction

Robert Monette, président, Éline C. Phénix et Gilles Archambault

Comparutions

Melissa J. MacKewn, avocate de la mise en application, pour l'OCRCVM

Robert Adrian Crandall, comparaissant pour lui-même

DÉCISION AU FOND

Préambule

¶ 1 Le 23 avril 2015, le personnel de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) a délivré un avis d'audience (l'avis) concernant Robert Adrian Crandall (l'intimé).

¶ 2 Les allégations précises de l'avis d'audience étaient les suivantes :

Chef 1

Au cours de la période allant de juillet 2006 à juin 2012, l'intimé a effectué dans les comptes de D.R. des opérations en nombre excessif qui n'étaient pas dans les limites d'une saine pratique des affaires et qui ne convenaient pas à celle-ci, en contravention des alinéas 1(o) et (q) de la Règle 1300 des courtiers membres de l'OCRCVM (les alinéas 1(o) et (q) du Règlement 1300 de l'ACCOVAM, antérieurement au 1^{er} juin 2008);

Chef 2

Au cours de la période allant de juillet 2006 à juin 2012, l'intimé a effectué des opérations discrétionnaires non autorisées dans les comptes de D.R., sans que les comptes aient d'abord été autorisés comme comptes carte blanche, en contravention de l'article 4 de la Règle 1300 des courtiers membres (l'article 4 du Règlement 1300 de l'ACCOVAM, antérieurement au 1^{er} juin 2008);

Chef 3

Au cours de la période allant de juillet 2007 à octobre 2010, l'intimé a fait des recommandations à l'égard des comptes de D.R. qui ne convenaient pas à celle-ci, en contravention de l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 des courtiers membres (l'alinéa 1(q) du Règlement 1300 de l'ACCOVAM, antérieurement au 1^{er} juin 2008).

¶ 3 Le 22 mai 2015, par conférence téléphonique, l'audience au fond a été fixée aux 21, 22 et 23 octobre 2015, à Fredericton (Nouveau-Brunswick).

¶ 4 Par la suite, les parties ont présenté diverses requêtes préliminaires.

¶ 5 Le 14 juillet 2015, la formation a instruit une requête de l'intimé alléguant notamment une crainte de partialité et une requête de l'OCRCVM en vue d'obtenir des directives concernant la communication de la preuve et la règle de l'engagement implicite.

¶ 6 Une décision a été rendue le 2 septembre 2015, rejetant les requêtes de l'intimé et prononçant des directives concernant la communication de la preuve¹.

¶ 7 Le 7 octobre 2015, la formation a instruit une requête de remise de l'intimé et une requête de l'OCRCVM en vue d'un témoignage par vidéoconférence. Les requêtes ont été accueillies et les parties ont convenu d'un calendrier d'engagements. L'audience au fond a été fixée aux 1^{er} et 2 février 2016².

¶ 8 Le 10 décembre 2015 et le 14 janvier 2016, des conférences téléphoniques ont confirmé que l'OCRCVM avait fait une communication complète de la preuve.

¶ 9 Les 1^{er} et 2 février 2016, l'audience disciplinaire a été tenue en vertu de la Règle 20 des courtiers membres de l'OCRCVM.

¶ 10 Bien que certaines des formalités prévues par les Règles de procédure n'aient pas été complètement observées³, les parties se sont déclarées prêtes à commencer l'audience. Comme dans l'ensemble de la procédure, l'intimé s'est représenté lui-même.

¶ 11 À l'audience, l'intimé a choisi de ne pas témoigner; il a contre-interrogé les témoins cités par l'OCRCVM, a cité son propre témoin et à la suite de la production d'observations écrites par l'OCRCVM après la clôture de la preuve, il a produit ses propres observations écrites⁴.

La preuve et le contexte

¶ 12 La preuve présentée a été à la fois documentaire et testimoniale.

¶ 13 La preuve documentaire de l'OCRCVM était abondante et consistait surtout en un recueil de cinq volumes⁵ (2 939 pages).

¶ 14 Le contenu de ces volumes concerne différents documents, dossiers et tableaux recueillis ou établis par l'enquêteur principal dans la présente affaire.

¶ 15 S'agissant de la preuve testimoniale, trois témoins ont été entendus : l'enquêteur principal dans la présente affaire, un ancien collègue de travail de l'intimé et la plaignante.

¶ 16 Ainsi que nous l'avons déjà noté, l'intimé n'a pas témoigné à l'audience; sa position était qu'il ne pouvait témoigner sans ses notes personnelles.

¶ 17 À la suite de mentions antérieures par l'intimé du fait que ses notes personnelles relatives à son travail ne pouvaient être trouvées dans les documents communiqués, la formation a demandé que de nouvelles

¹ Re Crandall 2015 OCRCVM 30.

² Re Crandall 2015 OCRCVM 35.

³ En particulier, l'intimé n'a pas produit de réponse à l'avis d'audience.

⁴ Le document a été produit le 17 mai 2016.

⁵ Pièce 3.

demandes soient faites à ce sujet.

¶ 18 Lors de sa dernière demande, l'OCRCVM a obtenu la confirmation qu'on ne pouvait trouver ces documents, ainsi qu'il appert d'un échange de lettres remontant à janvier 2014⁶.

¶ 19 Dans le cadre de la communication de la preuve, un grand nombre de documents ont été obtenus et communiqués à l'intimé. La formation note que même une recherche diligente effectuée par l'intimé et par ses employeurs antérieurs n'a pas permis de retracer ses notes personnelles. Sans ces notes, la formation n'est pas en mesure d'établir leur pertinence éventuelle.

Le témoin Yu Chen (Y.C.), enquêteur principal

¶ 20 Y.C. est titulaire d'un baccalauréat avec spécialisation en économie. Il est employé à l'OCRCVM comme enquêteur depuis 2012. Il a été promu enquêteur principal à l'été 2015.

¶ 21 Y.C. était l'enquêteur principal dans la présente affaire et à ce titre, il a mené des entrevues avec l'intimé et avec le témoin D.R. La transcription de l'entrevue avec D.R.⁷ et des extraits de la transcription de l'entrevue sous serment avec l'intimé⁸, accompagné de son avocat à l'époque, ont été déposés.

¶ 22 En règle générale, dans une audience disciplinaire, la preuve devrait être présentée par les personnes qui témoignent à l'audience, mais, du fait que les deux témoins étaient présents à l'audience, la formation considère que la transcription de l'entrevue avec D.R. et les extraits de la transcription de l'entrevue avec l'intimé peuvent être admis en preuve.

¶ 23 Y.C. a veillé à ce que les employeurs antérieurs de l'intimé fournissent bien toute la documentation pour aider à l'enquête; il a obtenu des renseignements comme les dossiers de client, le formulaire d'ouverture de compte et ses mises à jour, les relevés de compte de client et les relevés mensuels.

¶ 24 Y.C. a compilé et établi la plupart des diagrammes, tableaux et graphiques qu'on trouve dans le recueil. Il a témoigné au sujet de la pertinence de ses graphiques en établissant la preuve des allégations. Y.C. confirme que les sources des documents ont été communiquées à l'intimé. La plus grande partie des renseignements produits n'a pas été contestée.

¶ 25 La formation est convaincue que le témoignage de l'enquêteur concernant tous les comptes en litige était exact et fiable. Il y avait des incohérences dans certaines données, mais elles étaient sans importance.

¶ 26 Dans la section L'analyse, nous nous reporterons largement à cette preuve documentaire.

L'intimé

¶ 27 L'intimé a été autorisé et a travaillé comme conseiller en placement ou représentant inscrit auprès de divers courtiers membres depuis 1983. Il a fait l'objet d'une procédure disciplinaire et de mesures disciplinaires en 1994⁹.

¶ 28 En juillet 2006, l'intimé a passé de Valeurs mobilières Union Ltée (Union) à Wellington West Capital Inc. (WWCI). Le 15 juillet 2011, WWCI a été acquise par la Financière Banque Nationale (FBN) pour laquelle l'intimé a travaillé jusqu'en juin 2012. L'intimé a joint Jones, Gable & Company Ltd., où il est resté jusqu'en février 2015.

¶ 29 À l'heure actuelle, l'intimé ne travaille pas pour un courtier membre et il est membre d'office du conseil de section du Nouveau-Brunswick de l'OCRCVM, ayant terminé un mandat de 10 ans en mai 2014.

¶ 30 À l'époque des faits reprochés, l'intimé était une personne d'une grande expérience et connaissance dans les domaines de la bourse et des marchés des capitaux.

⁶ Pièce 1, lettre du 13 janvier 2016, de l'OCRCVM et lettre du 27 janvier 2016, de Financière Banque Nationale Inc.

⁷ Pièce 5, onglet 5.

⁸ Transcription, p. 267.

⁹ Transcription, p. 24.

Le collègue de travail S.D.

¶ 31 L'intimé a cité comme témoin S.D.

¶ 32 De 2003 à 2005 et au cours d'une seconde période allant de mai 2007 à juillet 2009, S.D. a été collègue de travail de l'intimé.

¶ 33 Au cours de ces périodes, S.D. a parlé à D.R. au téléphone à quelques reprises, mais jamais au sujet de recommandations de placements ou de décisions sur des opérations. En 2006, à l'occasion d'une visite à Montréal, il a rencontré D.R. avec l'intimé au sujet de son portefeuille, mais ne se rappelle pas de façon précise l'objet de la discussion¹⁰.

¶ 34 Le témoignage de S.D. est centré sur les connaissances financières de D.R. Selon le témoin, D.R. semblait avoir beaucoup d'expérience comme femme d'affaires et être relativement bien documentée sur les affaires financières. Elle souhaitait obtenir des avantages et des déductions fiscaux.

¶ 35 En contre-interrogatoire, le témoin reconnaît qu'il n'a jamais été conseiller en placement de D.R., ni en position de lui donner des conseils ou de faire une évaluation de son profil de cliente. S.D. n'était pas présent lorsque D.R. a rempli un formulaire d'ouverture de compte en 2006 ou lorsque ce formulaire a été mis à jour en 2008 et il n'a jamais été présent aux discussions et aux instructions données concernant l'achat ou la vente de titres précis¹¹.

¶ 36 Le témoin n'a pas d'expérience personnelle de consultation avec D.R. au sujet de produits financiers. Il ne pouvait rapporter un fait concret qui amènerait la formation à reconnaître les connaissances financières de D.R. Le témoignage de S.D. était plus pertinent à l'égard de la personnalité de D.R. dans ses activités professionnelles.

¶ 37 La formation estime que le témoignage de S.D. n'était pas utile en vue de déterminer l'ampleur des connaissances financières de D.R.

Le témoin D.R.

¶ 38 L'OCRCVM a cité comme témoin D.R. ; elle est la plaignante dans la présente affaire.

¶ 39 Étant donné son âge et son état de santé, son témoignage était un peu laborieux, mais traduisait une position qu'elle avait déjà expliquée dans une entrevue antérieure avec le personnel de l'OCRCVM¹².

¶ 40 D.R. est née en 1920 et a été propriétaire d'un magasin d'accessoires de théâtre pendant plus de 60 ans. Elle passait presque quatre mois à Cuba chaque hiver.

¶ 41 D.R. a rencontré l'intimé par l'entremise de son époux, maintenant décédé, et est devenue cliente de l'intimé en 1992 ou vers cette période. Avant son décès en 2008, l'époux de D.R. était la personne qui communiquait avec l'intimé au sujet des décisions de placement, vu que D.R. considère ses connaissances en matière de placement comme limitées¹³.

¶ 42 En 2006, lorsque l'intimé a passé chez WWCI, D.R. l'a suivi et a rempli un formulaire d'ouverture de compte (le formulaire d'ouverture de compte de 2006) en vue du transfert de ses deux comptes. Le formulaire d'ouverture de compte de 2006, en particulier les objectifs de placement et la tolérance au risque, n'ont pas été discutés avec l'intimé¹⁴.

¶ 43 D.R. n'a aucun souvenir que l'intimé lui ait donné des explications d'ordre financier à l'ouverture de ses comptes en 2006 ou lors de la mise à jour de son formulaire d'ouverture de compte en 2008 (le formulaire

¹⁰ Transcription, p. 253.

¹¹ Transcription, p. 246 et suiv.

¹² Pièce 5, onglet 5.

¹³ Transcription, p. 73, pièce 5, onglet 5, p. 15 et 24.

¹⁴ Transcription, p. 72.

d'ouverture de compte de 2008), au moment où une tolérance au risque nettement plus élevée a été consignée¹⁵. Les deux fois, les connaissances financières de D.R. étaient indiquées comme *bonnes*.

¶ 44 D.R. corrobore le fait qu'elle a effectué quelques retraits de ses comptes et cherchait des moyens d'économiser un peu d'impôt; le produit de ses comptes devait servir à sa retraite¹⁶.

¶ 45 Le témoignage de D.R. établit que les opérations étaient rarement effectuées à son initiative et avec son autorisation. Il y avait très peu d'appels entre l'intimé et D.R. au sujet d'opérations ou de communications sur les fonds négociés en bourse ou d'autres produits de placement.

¶ 46 D.R. avait une confiance totale en l'intimé et comptait qu'il agissait dans son intérêt à elle tout comme elle le faisait à l'égard de ses propres clients¹⁷.

¶ 47 Le témoignage de D.R. rapporte des faits probables. Il n'est pas rare qu'un investisseur laisse un conseiller de confiance gérer ses affaires sans poser de questions, surtout si cet investisseur doit d'occuper de sa propre activité commerciale.

¶ 48 La formation estime que D.R. était un témoin crédible et que les éléments essentiels de son témoignage n'ont pas été contestés par une preuve documentaire ou testimoniale; au contraire, comme nous le verrons plus loin, la preuve documentaire appuie la position de D.R.

Les comptes de D.R.

¶ 49 La période allant du 31 juillet 2006 au 30 juin 2012 sera appelée « la période des faits reprochés ». Au cours de cette période, D.R. avait de 86 à 92 ans.

¶ 50 En 2006, au moment du transfert de ses comptes chez WWCI, D.R. a ouvert deux comptes : un compte personnel (le compte personnel) et un compte au nom de sa société de gestion (le compte SOGES).

¶ 51 À partir des renseignements et des données brutes rassemblés dans les relevés de comptes de client obtenus des employeurs, l'enquêteur a calculé les chiffres suivants.

¶ 52 Au 31 juillet 2006, la valeur au marché combinée du compte personnel et du compte SOGES (les comptes) se chiffrait à 685 728 \$. Au 30 juin 2012, date à laquelle l'intimé a cessé d'être le conseiller de D.R., la valeur au marché combinée des comptes se chiffrait à 119 289,80 \$.

¶ 53 La valeur au marché du compte personnel se chiffrait à 486 431 \$ au 31 juillet 2006. Au 30 juin 2012, la valeur au marché du compte personnel se chiffrait à 119 200 \$¹⁸.

¶ 54 Au cours de la période des faits reprochés, D.R. a retiré 223 600 \$ du compte personnel¹⁹ et des commissions de 240 292 \$ ont été facturées à ce compte²⁰. Partant, si des profits de 96 661 \$ ont été réalisés dans le compte personnel au cours de la période des faits reprochés, tous ces profits ont été soustraits du compte personnel sous forme de commissions.

¶ 55 La valeur au marché du compte SOGES se chiffrait à 199 297 \$ au 31 juillet 2006. Au 30 juin 2012, la valeur au marché du compte SOGES se chiffrait à 89,80 \$²¹.

¶ 56 Au cours de la période des faits reprochés, D.R. a retiré 144 785 \$ du compte SOGES²² et des commissions de 45 200 \$ ont été facturées à ce compte²³. Partant, la réduction de la valeur au marché du

¹⁵ Transcription, p. 79 et 80.

¹⁶ Transcription, p. 72.

¹⁷ Transcription, p. 73, pièce 5, onglet 5, p.11.

¹⁸ Transcription, p. 33 et 34, pièce 3, vol. 1, onglets 8 et 10.

¹⁹ Pièce 3, vol. 2, onglet 35.

²⁰ Pièce 3, vol. 1, onglet 25.

²¹ Transcription, p. 34 et 35, pièce 3, vol. 1, onglets 9 et 11.

²² Pièce 3, vol. 2, onglet 35.

²³ Pièce 3, vol. 2, onglet 26.

compte SOGES au cours de la période des faits reprochés était attribuable aux retraits, aux commissions et à des pertes sur opérations de 9 319 \$.

¶ 57 L'enquêteur a établi que l'analyse des pertes et profits (déduction faite des retraits, des dépôts et des transferts entrants et sortants) du compte personnel dégage une perte de 143 630,52 \$; s'agissant du compte SOGES, la perte se chiffre à 54 519,67 \$; la perte combinée forme un total de 198 150 \$²⁴.

Le fardeau de la preuve

¶ 58 Il est bien établi que le droit disciplinaire est un droit *sui generis*. Dans les questions procédurales, il s'inspire du droit pénal (par exemple, les principes de communication de la preuve) et du droit civil.

¶ 59 En ce qui concerne le fardeau de la preuve en droit disciplinaire, une formation applique seulement les principes établis en droit civil. Le fardeau de preuve du droit pénal, soit la preuve hors de tout doute raisonnable, est sans application.

¶ 60 Le fardeau qui s'applique à l'OCRCVM est le fardeau employé en droit civil, soit celui de la prépondérance des probabilités comme l'a statué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *F.H. c. McDougall*²⁵.

¶ 61 La preuve présentée et la prépondérance des probabilités doivent être suffisamment claires et convaincantes pour satisfaire au critère²⁶.

L'analyse

¶ 62 Il incombe à l'OCRCVM de prouver les allégations portées à l'encontre de l'intimé suivant la prépondérance des probabilités.

¶ 63 Dans la présente affaire, l'OCRCVM soutient que l'intimé a eu des pratiques incorrectes, contrevenant aux Règles des courtiers membres. Le rôle de la formation sera de déterminer si l'OCRCVM s'est acquitté de son fardeau de preuve.

Chef 1 : Les opérations en nombre excessif

¶ 64 L'OCRCVM allègue que, sur une période de 5 ans et 11 mois, de juillet 2006 à juin 2012, l'intimé a adopté une pratique d'opérations en nombre excessif qui a eu pour résultat que tous les profits réalisés dans les comptes de D.R. ont été soustraits sous forme de commissions.

¶ 65 La thèse proposée est que les opérations en nombre excessif découlent de la motivation de générer des commissions par opposition à un fonctionnement dans les limites d'une saine pratique des affaires.

Les faits

¶ 66 Au cours de la période des faits reprochés, l'intimé a effectué 777 opérations (les opérations), c'est-à-dire a exécuté des ordres d'achat ou de vente, dans les comptes relativement à environ 719 ordres différents²⁷.

¶ 67 Plus de 95 % de ces opérations étaient désignées comme sollicitées. Le taux de commission facturé pour la majorité de ces opérations était compris dans une fourchette de 1 % à 3 %, aboutissant à la facturation aux comptes de commissions brutes de 285 492 \$ pour les opérations.

¶ 68 Les principaux éléments de preuve indiquent qu'aucune discussion explicite n'est intervenue entre D.R. et l'intimé au sujet des commissions et que l'intimé n'a pas non plus exercé sa latitude concernant une commission réduite pour tout ou partie des opérations²⁸.

¶ 69 L'enquêteur a établi qu'un taux uniforme de 2 % aurait entraîné des commissions brutes de 43 949,90 \$,

²⁴ Pièce 3, vol. 2, onglet 35.

²⁵ *F.H. c. McDougall* (2008) A.C.S. n° 54, paragr. 40 à 49.

²⁶ Ibid., paragr. 46.

²⁷ Pièce 3, vol. 1, onglet 24.

²⁸ Transcription, p. 79, p. 271.

au lieu de 285 492,74 \$, montant qui a été effectivement facturé²⁹.

¶ 70 De plus, au cours de la période des faits reprochés, l'intimé a effectué 7 220 047 \$ d'achats et 7 390 543 \$ de ventes dans les comptes. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, les comptes ont subi une diminution qui a fait passer leur valeur au marché combinée de 685 728 \$ au 31 juillet 2006 à 119 289,80 \$ au 30 juin 2012, date à laquelle l'intimé a cessé d'être le conseiller de D.R.³⁰.

¶ 71 L'enquêteur a aussi établi, au moyen d'une analyse d'un groupe de 75 titres sur lesquels les positions ont été ramenées à zéro au cours de la période des faits reprochés, que par suite des commissions facturées sur les opérations, le résultat pour les comptes était, selon les cas, un avantage financier faible ou nul, un avantage financier considérablement réduit ou une perte exacerbée³¹.

¶ 72 En outre, l'enquêteur a démontré que, si l'on isolait la stratégie visant les fonds négociés en bourse à effet de levier (FNBEL)/les fonds négociés en bourse à rendement inverse (FNBRI), le même résultat était obtenu, comme les profits sur les opérations étaient effacés par les commissions facturées³².

¶ 73 Sur la base des faits prouvés, il est évident, pour la formation, que tous les avantages qui pouvaient être obtenus dans les comptes de D.R. étaient réduits à néant par le nombre et le montant excessif des commissions délibérément facturées par l'intimé.

¶ 74 La formation considère que les faits présentés par l'OCRCVM, sur le premier chef, concernent seulement le motif des opérations excessives, et non la convenance, élément qui sera prédominant sous le troisième chef.

Le droit

¶ 75 Les allégations décrivent une conduite qui contreviendrait à l'alinéa 1(o) de la Règle 1300 des courtiers membres :

Conduite professionnelle

(o) Un courtier membre doit faire preuve de la diligence voulue pour veiller à ce que l'acceptation d'un ordre pour un compte soit dans les limites d'une saine pratique des affaires.

¶ 76 Ce qu'allègue l'OCRCVM, c'est le nombre excessif des opérations, ce qui s'appelle aussi [TRADUCTION] «... la multiplication des opérations ou la pratique selon laquelle un représentant inscrit, contrôlant le volume et la fréquence des opérations, effectue dans un compte un nombre excessif d'opérations compte tenu de la nature du compte et des objectifs du client »³³.

¶ 77 L'existence de la multiplication des opérations ne dépend pas de conditions particulières, mais de l'ensemble des circonstances d'une espèce.

¶ 78 Dans la présente affaire, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, deux éléments de preuve majeurs vont dans le sens de la multiplication des opérations; ces éléments n'ont pas été contredits.

¶ 79 Premièrement, le volume élevé et la fréquence des opérations n'étaient pas appropriés dans les comptes de D.R., personne âgée dont l'objectif premier était d'employer ses fonds pour sa retraite.

¶ 80 Deuxièmement, les activités dans les comptes de D.R. ont pour résultat financier que les profits sont réduits à néant par le nombre et le montant des commissions facturées. Surtout, l'intimé n'a jamais examiné les comptes avec D.R. ou obtenu de confirmation qu'elle était d'accord avec la façon dont les comptes étaient traités.

²⁹ Pièce 3, vol. 5, onglet 116.

³⁰ Pièce 3, vol. 2, onglet 28.

³¹ Pièce 3, vol. 2, onglets 32 et 33.

³² Pièce 3, vol. 5, onglet 117.

³³ *Ryder v. Osler*, (1985) 49 O.R. (2d), 1985 CanLII, 2044 (ONSC).

¶ 81 La formation déduit qu'en s'engageant dans ce schéma de négociation, l'intimé a adopté des pratiques de négociation inappropriées et incorrectes, faisant primer son propre intérêt sur celui de sa cliente.

¶ 82 La formation est convaincue, sur le fondement de la preuve documentaire et du témoignage d'Y.C., que l'OCRCVM a prouvé que l'intimé a adopté une pratique d'opérations en nombre excessif dans les comptes de D.R., qui n'était pas dans les limites d'une saine pratique des affaires.

Chef 2 : Les opérations discrétionnaires

¶ 83 IIROC allègue qu'au cours de la période allant de juillet 2006 à juin 2012, l'intimé n'a pas obtenu l'autorisation de D.R. pour la majorité des opérations, vu qu'un grand nombre de ces opérations ont été effectuées pendant que D.R. était à l'étranger.

¶ 84 Puisque les comptes n'étaient pas désignés comme comptes carte blanche, l'intimé a bien effectué des opérations discrétionnaires non autorisées.

Les faits

¶ 85 Les comptes de D.R. n'étaient pas désignés comme comptes carte blanche³⁴.

¶ 86 De la preuve documentaire non contestée et du témoignage de D.R., il résulte clairement que l'intimé n'a pas obtenu le consentement de D.R. pour la grande majorité des opérations effectuées dans les comptes au cours de la période des faits reprochés³⁵.

¶ 87 L'enquêteur a donné deux exemples précis qui corroborent cette présomption.

¶ 88 Dans le premier cas, l'enquêteur renvoie à la période allant du 23 janvier au 24 avril 2009, au cours de laquelle D.R. se trouvait à Cuba. Au cours de cette période, l'intimé a effectué 46 opérations dans les comptes sur environ 27 jours différents, tous les ordres sauf un étant désignés comme sollicités.

¶ 89 La preuve découlant des éléments documentaires réunis par l'enquêteur (registres d'hôtel, frais téléphoniques, itinéraire de voyage, fiches d'ordres...) établit de façon concluante que D.R. et l'intimé n'ont communiqué ensemble aucun des jours où sont intervenues les opérations³⁶.

¶ 90 Dans le second cas, l'enquêteur a examiné les données sur les opérations indiquées dans les comptes pour la période allant de décembre 2008 à décembre 2009. Ici encore, l'enquêteur a rassemblé des éléments documentaires; les relevés téléphoniques et les fiches d'ordres ont été obtenus pour cette période, de sorte qu'on a pu comparer les opérations aux appels téléphoniques effectués à partir ou en direction de la succursale de M. Crandall.

¶ 91 Selon la preuve, 218 opérations ont été effectuées au cours de la période indiquée et le nombre maximal de communications potentielles entre l'intimé et D.R. se chiffrait à 44³⁷.

¶ 92 De l'examen de cette preuve documentaire, la formation peut conclure que l'intimé n'a pas communiqué avec D.R. à l'égard de toutes les opérations effectuées dans les comptes.

Le droit

¶ 93 Les allégations décrivent une conduite qui contreviendrait à l'article 4 de la Règle 1300 des courtiers membres :

4. Un représentant inscrit ne peut exercer de pouvoirs discrétionnaires sur un compte de client que si les conditions suivantes sont réunies :

(a) le courtier membre a désigné un ou des surveillants responsables des comptes carte blanche;

³⁴ Transcription, Chen, p. 211 et 212.

³⁵ Transcription, D.R., p. 73 et 74.

³⁶ Pièce 3, vol. 1, onglet 12, 20, vol. 3, onglet 90.

³⁷ Pièce 3, vol. 1, onglets 14 à 19, 23, vol. 3, onglet 90.

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

¶ 94 Il est clair d'après nos conclusions que, pour la majorité des opérations, l'intimé n'a pas obtenu de D.R. les détails sur les quatre éléments des opérations : quantité, titre, cours et moment³⁸. L'intimé était tenu comme représentant inscrit de veiller à ce que la cliente fournisse ces éléments.

¶ 95 L'intimé se trouvait ainsi à exercer un pouvoir discrétionnaire à l'égard des comptes de D.R. sans que ces comptes aient été désignés comme comptes carte blanche conformément à la réglementation.

¶ 96 La formation est convaincue que l'OCRCVM a prouvé que l'intimé a effectué des opérations discrétionnaires non autorisées dans les comptes de D.R., sans que les comptes aient d'abord été autorisés comme comptes carte blanche.

Chef 3 : Les opérations ne convenant pas à la cliente

¶ 97 L'OCRCVM allègue que, sur une période de plus de trois ans, de juillet 2007 à octobre 2010, les placements dans le compte personnel de D.R. ne convenaient pas à celle-ci, compte tenu de la tolérance au risque et des objectifs de placement qu'elle avait indiqués.

¶ 98 Cela découlait surtout des positions, faisant l'objet d'opérations fréquentes, dans des titres de FNBEL et de FNBRI, qui sont considérés comme des titres à risque élevé.

Les faits

¶ 99 Selon son témoignage, D.R. n'a pas passé en revue le formulaire d'ouverture de compte de 2006 avec l'intimé, lorsque les comptes ont été transférés d'Union à WWCI et il n'y a pas eu de discussions au sujet des objectifs de placement et de la tolérance au risque.

¶ 100 Le formulaire d'ouverture de compte de 2006 pour le compte personnel de D.R. indiquait comme tolérance au risque et objectifs de placement de D.R. :

titres productifs de revenu, risque plus faible : 10 %

titres productifs de revenu, risque modéré à plus élevé : 30 %

titres axés sur la croissance, risque modéré : 30 %

titres et stratégies de négociation spéculatifs, risque plus élevé : 30 %

¶ 101 À l'instigation de l'intimé, le formulaire d'ouverture du compte personnel de 2006 a été mis à jour en novembre 2008³⁹ et le formulaire d'ouverture de compte de 2008 indiquait, notamment, une tolérance plus élevée pour un risque plus élevé.

¶ 102 Précisément, la section tolérance au risque et objectifs de placement dans le formulaire d'ouverture du compte personnel de 2008 indiquait ce qui suit :

risque faible : 10 %

³⁸ *Re Wenzel* (2005) A.S.C.D. No 153, paragr. 49.

³⁹ Pièce 2.

risque moyen : 40 %

risque élevé : 50 %

¶ 103 Toujours selon son témoignage, D.R. n'a pas passé en revue le formulaire d'ouverture de compte de 2008 avec l'intimé et il n'y a pas eu de discussions ou d'explications au sujet des changements proposés aux objectifs de placement et à la tolérance au risque

¶ 104 Si ce n'est le fait que D.R. vieillissait et qu'elle avait perdu récemment son époux, la preuve n'indique pas de changement dans la situation financière de D.R. au cours de la période allant de 2006 à 2008 qui justifierait un tel changement à sa tolérance au risque.

¶ 105 L'OCRCVM a aussi présenté à la formation une preuve documentaire illustrant les paramètres de risque réels du compte personnel de D.R. sur une période de trois ans⁴⁰.

¶ 106 En effectuant cette analyse, l'enquêteur a commencé par attribuer une catégorie de risque à chacun des titres du compte personnel; s'agissant des titres à risque élevé (31), il se fondait surtout sur les prospectus relatifs à ces titres déposés auprès des autorités de réglementation et, dans certains cas, sur d'autres renseignements publics⁴¹.

¶ 107 À titre d'exemples du type d'information obtenue, la formation retient deux placements particuliers.

¶ 108 D.R. avait dans son compte personnel des actions du FNB Horizons Betapro. Le prospectus de ce FNB est très explicite au sujet du facteur de risque : « *Un placement dans les parts d'un FNB peut être spéculatif, être assorti d'un degré élevé de risque et pourrait ne s'adresser qu'aux personnes qui sont en mesure d'assumer la perte de l'intégralité de leur placement* » (page 4)⁴². On trouve le même type d'information dans le prospectus portant sur les actions ordinaires de Silver Wheaton Corp. : « *Les activités de la Société se trouvent à un stade précoce de développement et un placement dans ses titres est de nature hautement spéculative* » (page 19).⁴³

¶ 109 Après avoir recueilli l'information, l'enquêteur a ensuite calculé une moyenne pondérée pour déterminer le pourcentage du portefeuille en titres à risque faible, moyen et élevé au cours de la période en cause et comparé les résultats aux paramètres de tolérance au risque indiqués dans le formulaire d'ouverture de compte de 2006⁴⁴.

¶ 110 Pour une bonne partie de la période allant de juillet 2007 à octobre 2010, l'analyse de l'enquêteur a démontré que les placements dans le compte personnel de D.R. excédaient la tolérance au risque de D.R. indiquée dans le formulaire d'ouverture de compte de 2006, surtout à cause des positions dans des titres de FNBEL et de FNBRI, qui sont des titres à risque élevé⁴⁵⁻⁴⁶. La formation note aussi que, lors de la mise à jour du formulaire d'ouverture de compte de 2008, en juillet 2008, le compte personnel dépassait déjà le paramètre indiqué pour le risque élevé, 50 pour cent⁴⁷.

¶ 111 Comme le montrent l'information provenant des prospectus, les conseils donnés dans l'Avis de l'OCRCVM au sujet de la convenance des produits et les données rassemblées par l'enquêteur, la formation conclut que l'analyse fondée sur la moyenne pondérée des avoirs de D.R., non contestée, est pertinente.

⁴⁰ Re Sammy, 2016 OCRCVM 04, paragr. 39. La méthode employée par l'enquêteur a été reconnue par les formations d'instruction de l'OCRCVM.

⁴¹ Transcription, Chen, p. 147.

⁴² Pièce 3, onglet 96.

⁴³ Pièce 3, onglet 110.

⁴⁴ Pièce 3, onglet 91.

⁴⁵ Re Dyck 2012 OCRCVM 31.

⁴⁶ Avis de l'OCRCVM 09-0172, le 11 juin 2009; cette qualification est conforme à la note d'orientation publiée par l'OCRCVM en 2009 au sujet de ces produits financiers.

⁴⁷ Pièce 3, onglet 91.

¶ 112 La formation conclut aussi de la preuve non contestée que l'objectif de tolérance au risque n'a jamais été discuté suffisamment entre l'intimé et D.R.

¶ 113 En outre, la formation juge aussi que, pendant une période de trois ans, de juillet 2007 à octobre 2010, la tolérance au risque indiquée n'a pas été toujours respectée dans le compte personnel de D.R. et qu'il n'y avait pas de motif suffisant de modifier cette tolérance au risque au cours de cette période.

Le droit

¶ 114 Les allégations décrivent une conduite qui contreviendrait à l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 des courtiers membres :

Obligation d'évaluer la convenance d'une recommandation

(q) Lorsqu'il recommande à un client l'achat, la vente, l'échange ou la détention d'un titre, un courtier membre doit faire preuve de la diligence voulue pour veiller à ce que la recommandation convienne à ce client, compte tenu de facteurs tels que la situation financière courante du client, ses connaissances en matière de placement, ses objectifs et son horizon de placement, sa tolérance au risque ainsi que la composition et le niveau de risque courants de son portefeuille dans le ou les comptes.

¶ 115 On s'entend à reconnaître que le formulaire d'ouverture de compte⁴⁸ constitue le document fondamental pour l'établissement de la relation entre le représentant inscrit et un client. Le représentant inscrit doit obtenir tous les renseignements concernant notamment les connaissances en matière de placement, les objectifs de placement et la tolérance au risque du client.

¶ 116 Il incombait à l'intimé de veiller à ce que les décisions financières soient conformes aux objectifs et à la tolérance au risque de D.R.; c'est l'obligation de diligence imposée par la réglementation.

¶ 117 Pour s'acquitter de cette obligation, l'intimé avait pour objectif premier de déterminer que les risques liés aux produits de placement correspondaient bien au profil de risque de D.R.

¶ 118 L'intimé ne s'est pas acquitté de cette obligation. Dès la première fois en 2006 et de nouveau en 2008, il y a eu une absence d'échange d'information avec D.R. concernant le formulaire d'ouverture de compte de 2006 et le formulaire d'ouverture de compte de 2008. Sans les renseignements sur la tolérance au risque et les objectifs de placement, on ne peut procéder à l'évaluation de la convenance au client⁴⁹.

¶ 119 La formation met aussi en cause le changement apporté à la tolérance au risque de D.R., la faisant passer de 30 % à 50 %. Il n'existe pas d'explication raisonnable objective de cette augmentation, pour une investisseuse de 88 ans, qui venait de perdre son époux, considéré comme l'investisseur informé dans le couple.

¶ 120 Cette augmentation va à l'encontre d'un principe bien établi selon lequel la tolérance au risque est inversement proportionnelle à l'âge de l'investisseur. Pour aller à l'encontre de ce principe, il aurait fallu que l'intimé ait une preuve bien documentée que D.R. allait délibérément à l'encontre du consensus⁵⁰. Ça n'est pas le cas ici. La preuve établit clairement que D.R. n'a jamais été vraiment informée du risque dans les comptes ni des détails de ces fonds à risque élevé.

¶ 121 Il incombait à l'intimé de prouver qu'il s'était bien acquitté de ses obligations à l'endroit de la cliente. Dans la mesure où tant le formulaire d'ouverture de compte de 2006 que le formulaire d'ouverture de compte de 2008 semblaient ne pas convenir en ce qui concerne les connaissances en matière de placement, les ressources financières et la tolérance au risque, l'intimé ne s'est pas acquitté de ce fardeau de preuve. Il est incontestable, selon la formation, que les avoirs dans le compte personnel de D.R. ne correspondaient pas à ses objectifs de placement et à sa tolérance au risque.

⁴⁸ On parle aussi de la règle de la connaissance du client.

⁴⁹ Manuel sur les normes de conduite, 5-5.

⁵⁰ Idem, Sammy, p. 17.

¶ 122 La théorie de l'intimé, reprise par son témoin S.D., consiste à insister sur le fait que la personnalité « flamboyante » de D.R. comme femme d'affaires conduit nécessairement à la présomption qu'elle devait être une investisseuse financière avertie.

¶ 123 La formation ne souscrit pas à cette présomption. Nous sommes d'avis qu'il n'existe pas de corrélation entre l'exercice d'une activité commerciale et les connaissances financières. Il s'agit de domaines différents, comportant leurs particularités, l'un n'englobe pas l'autre, surtout si l'on pense au degré de complexité que peuvent atteindre certains produits financiers, même pour des experts.

¶ 124 Nous n'acceptons pas l'hypothèse que D.R., du fait qu'elle était une femme d'affaires, devait automatiquement être considérée comme une investisseuse financière avertie et nous ne présumons pas non plus qu'un investisseur financier averti est nécessairement prêt à accepter un risque plus élevé.

¶ 125 La formation est convaincue que l'OCRCVM a prouvé que l'intimé a fait des recommandations ne convenant pas à D.R. à l'égard de son compte personnel.

Conclusion

¶ 126 Ainsi qu'il a été énoncé dans l'affaire *Re D.M. Graydon Osler, Wills, Bickle Ltd.*, l'aspect essentiel de la relation entre le courtier et son client repose sur la confiance⁵¹.

¶ 127 Le client a le droit d'avoir confiance que le courtier placera les intérêts de son client en premier et qu'il exécutera son mandat de son mieux. Cela est encore plus important si un client a des connaissances financières limitées et se fie surtout à l'expérience de son courtier.

¶ 128 Cette relation est si importante que la Cour suprême l'a qualifiée de fiduciaire lorsque les critères indiqués ci-dessus sont réunis⁵².

¶ 129 La formation reconnaît que D.R. se fiait à l'expertise de l'intimé; elle n'avait pas la compétence de mettre en question les activités de l'intimé, particulièrement en ce qui concerne les titres à risque élevé.

¶ 130 La formation conclut que la preuve établit clairement que les allégations de l'avis d'audience ont été prouvées par l'OCRCVM; l'intimé ne s'est pas acquitté de son obligation fiduciaire et n'a pas observé la réglementation.

¶ 131 La formation est convaincue que l'OCRCVM a prouvé le chef 1; l'intimé a effectivement effectué dans les comptes de D.R. des opérations en nombre excessif qui n'étaient pas dans les limites d'une saine pratique des affaires, en contravention de l'alinéa 1(o) de la Règle 1300 des courtiers membres de l'OCRCVM.

¶ 132 La formation est convaincue que l'OCRCVM a prouvé le chef 2; l'intimé a effectivement effectué des opérations discrétionnaires non autorisées dans les comptes de D.R., sans que les comptes aient d'abord été autorisés comme comptes carte blanche, en contravention de l'article 4 de la Règle 1300 des courtiers membres.

¶ 133 La formation est convaincue que l'OCRCVM a prouvé le chef 3; l'intimé a effectivement fait des recommandations à l'égard des comptes de D.R. qui ne convenaient pas à celle-ci, en contravention de l'alinéa 1(q) de la Règle 1300 des courtiers membres.

¶ 134 Par conséquent, la formation donne la directive que soit fixée une audience sur les sanctions.

Fait à Montréal, le 26 mai 2016.

Robert Monette

Élaine C. Phénix

Gilles Archambault

⁵¹ Re Graydon (1987) T.S.E.D.D. No. 20.

⁵² Hodgkinson c. Simms (1994) 3 R.C.S. 377, p. 419.

