

Re Wells

AFFAIRE INTÉRESSANT:

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

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

et

Dale Richard Wells

2010 OCRCVM 47

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

**Audience tenue le 30 septembre 2010 à Calgary (Alberta)
Décision rendue le 27 octobre 2010
(22 paragraphes)**

Formation d'instruction

John D. James (président), Phil Heimbecker (membre de la formation) et Martin Davies (membre de la formation)

Comparutions

Milton Chan, avocat de la mise en application
Dale Wells a comparu pour son propre compte

DÉCISION AU FOND

¶ 1 La formation a été saisie de l'affaire dans une audience contestée faisant suite à un avis d'audience daté du 12 mai 2010. Ainsi qu'il est indiqué dans l'avis d'audience, l'objet de l'audience consistait à déterminer si l'intimé, Dale Wells, avait commis la contravention suivante :

Au cours de la période allant de février 2006 à juillet 2008, l'intimé a agi à titre de conseiller, au sens défini par le *Securities Act* de l'Alberta, sans être inscrit à ce titre, en contravention de l'article 1 de la Règle 29 des courtiers membres de l'OCRCVM.

¶ 2 L'intimé n'était pas représenté par avocat à l'audience, mais a comparu accompagné et assisté par M. Gary Hein, qui était, nous a-t-on dit, le chef de la direction de First Financial Securities Inc. (First Financial), société où l'intimé a été employé de 2004 jusqu'à aujourd'hui. Tous les éléments allégués dans l'avis d'audience se sont produits, est-il allégué, pendant l'emploi de l'intimé chez First Financial, au cours

d'une période allant de 2006 à 2008. L'intimé a présenté une réponse le 15 juin 2010 et il y dit nettement ne pas contester le fondement factuel de la plainte.

¶ 3 La question contestée entre les parties n'est pas une question de fait, mais une question liée à l'interprétation et à l'application correctes du terme [TRADUCTION] « conseiller » défini dans le *Securities Act* de l'Alberta (R.S.A. 2000), c. s-4). Selon la position de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM), en faisant ce qu'il reconnaît sans difficulté faire, l'intimé agissait à titre de « conseiller » pour le compte d'un gestionnaire de portefeuille sans avoir ou détenir l'inscription nécessaire, alors qu'il ne pouvait se prévaloir d'aucune des dispenses d'inscription prévues par le Règlement 31-103 des Autorités canadiennes en valeurs mobilières. L'intimé concède qu'il n'avait pas l'inscription nécessaire pour agir à titre de conseiller pour le compte d'un gestionnaire de portefeuille, mais conteste qu'en exerçant cette activité, il agissait à titre de « conseiller ».

¶ 4 Les faits convenus entre les parties avant l'audience ou concédés au cours de l'audience sont les suivants :

- a. L'intimé est inscrit auprès de l'OCRCVM (ou de l'association qui l'a précédé, l'Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières (l'ACCOVAM)) depuis 2001.
- b. Le 1^{er} juin 2008, l'intimé est devenu une personne réglementée par l'OCRCVM.
- c. L'intimé était au cours de la période des faits reprochés et continue d'être employé par First Financial à son bureau d'Alberta.
- d. L'historique de l'inscription de l'intimé consiste en ce que, de juin 2001 à septembre 2004, il a été représentant inscrit et directeur de succursale chez Assante Capital Management Ltd. et, de 2004 jusqu'à maintenant, il a été représentant inscrit (clientèle de détail) chez First Financial.
- e. Peer Financial Ltd. (Peer Financial) est une société de services financiers qui fournit notamment les services suivants :
 - (i) planification fiscale;
 - (ii) planification successorale;
 - (iii) fonds distincts;
 - (iv) produits d'assurance;
 - (v) structures fiscales permanentes.
- f. Peer Financial n'est inscrite ni auprès de l'Alberta Securities Commission ni auprès de l'OCRCVM.
- g. Avant d'être inscrit auprès de l'OCRCVM/ACCOVAM, M. Wells avait été employé par Peer Financial de 1992 à 1995 comme vendeur d'assurance-vie.
- h. À compter de février 2006, l'intimé a conclu un accord avec Peer Financial en vue de lui fournir de l'information qu'il obtenait au moyen d'une stratégie d'opérations générée par ordinateur. L'information consistait en signaux d'achat et de vente à l'égard de titres d'organismes de placement collectif. M. Wells recevait de Peer Financial une rémunération de 5 000 \$ par mois pour ce service.
- i. Le 1^{er} avril 2007, M. Wells, par l'entremise de DRW Consulting, a conclu un contrat écrit avec Peer Financial (le contrat d'avril) au sujet de leur accord.
- j. Le contrat d'avril comportait les éléments suivants :
 - (i) La « stratégie d'opérations » de M. Wells analysait plus de 5 000 organismes de placement collectif canadiens sur une base quotidienne et produisait des signaux d'achat et de vente sur les titres de ces organismes de placement collectif;

- (ii) Ces signaux allaient être transmis par courriel à Peer Financial après la clôture du marché chaque jour;
 - (iii) Peer Financial acceptait de verser pour ce service une somme de 5 000 \$ par mois, payable à DRW Consulting.
- k. Le contrat d'avril a été signé par l'intimé pour le compte de DRW Consulting et par Ralph Burgess pour le compte de Peer Financial.
- l. De février 2006 à juillet 2008, l'intimé et Peer Financial ont suivi la procédure suivante (pas forcément chaque jour au cours de cette période):
 - (i) L'intimé exécutait son programme d'opérations informatisé chaque soir après la clôture du marché;
 - (ii) L'intimé envoyait à Peer Financial, le soir même, un courriel indiquant un ou plusieurs signaux de « vente » ou d'« achat », portant sur les titres d'un ou plusieurs organismes de placement collectif;
 - (iii) Dans la soirée, M. Wells envoyait aussi à Peer Financial un chiffrier donnant la liste des « Avoirs actuels » de l'*Actively Managed Portfolio* (fonds AMP), indiquant les profits et pertes latents, en pourcentage.
- m. Les chiffriers démontraient que les signaux d'achat ou de vente étaient toujours suivis d'opérations de Peer Financial. Lorsqu'un signal de « vente » était envoyé pour un organisme de placement collectif donné, indiquant que tous les titres du fonds devraient être vendus, le lendemain, le chiffrier donnait « 0 % » pour les avoirs dans ce fonds et, par la suite, le fonds ne figurait plus dans le chiffrier.
- n. M. Wells établissait une facture adressée à Peer Financial chaque mois pour 5 000 \$, demandant que les chèques soient faits à l'ordre de « Dale Wells ». Ces factures ont toutes été payées par Peer Financial jusqu'au début ou au milieu de 2008, au moment où le contrat a pris fin.

¶ 5 L'intimé n'en a pas expressément convenu, mais la preuve que nous acceptons établit clairement que, pendant toute la période des faits reprochés, Peer Financial utilisait les signaux d'achat/vente fournis par l'intimé pour effectuer des opérations dans son *Actively Managed Portfolio* (fonds AMP), fonds de titres d'organismes de placement collectif offert par Peer à ses clients d'assurance-vie. Les signaux formaient le fondement de toute la stratégie d'opérations du fonds AMP. La preuve a aussi confirmé que Peer Financial annonçait son fonds AMP de la façon suivante :

[TRADUCTION] L'*Actively Managed Portfolio* est un système informatisé suivant la tendance pour la gestion de portefeuilles de titres d'organismes de placement collectif à risque peu élevé. Les achats sont effectués sur le fondement d'une formule mathématique de momentum indiquant quels titres ont augmenté de valeur le plus rapidement et ces titres sont vendus une fois qu'ils baissent de 7 % par rapport à leur point le plus élevé...

¶ 6 Ce qui ressort aussi clairement du témoignage de l'intimé à l'audience, c'est que celui-ci, avec Ralph Burges, propriétaire de Peer Financial, avait développé le programme d'opérations informatisé et la stratégie et qu'ensemble ils avaient conçu les données à entrer dans le programme pour obtenir les signaux d'achat et de vente voulus. L'intimé a maintenu dans son témoignage que Peer Financial, grâce aux efforts de M. Burgess, était véritablement un copropriétaire, ou à tout le moins, un coauteur du programme informatisé qui générait les signaux d'achat et de vente et que la seule valeur réelle ajoutée par M. Wells consistait en sa capacité d'exploiter le programme. M. Burgess était, selon l'intimé, ignare en informatique.

¶ 7 L'intimé n'a pas contesté l'applicabilité des diverses dispositions législatives et obligations et dispenses d'inscription dont l'avocat de l'OCRCVM soutenait qu'elles s'appliquaient dans la présente procédure.

L'intimé ne conteste pas que sa conduite était régie par le *Securities Act* de l'Alberta. À l'article 1 de cette loi, le terme [TRADUCTION] « conseiller » est défini de la façon suivante :

[TRADUCTION]

(a) « conseiller » s'entend d'une personne ou société exerçant ou se présentant comme exerçant l'activité de fournir des conseils en matière de valeurs mobilières ou de contrats négociables.

¶ 8 Le paragraphe 75(1) du *Securities Act* dispose :

À moins d'être inscrite conformément aux lois de l'Alberta sur les valeurs mobilières, une personne ou une société ne doit pas agir à titre de :

...

(b) conseiller...

¶ 9 L'intimé ne conteste pas que, s'agissant de l'inscription conformément à la loi de l'Alberta sur les valeurs mobilières dans les circonstances de la présente affaire, le Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription des Autorités canadiennes en valeurs mobilières s'applique. L'article 3.11, dans la partie 3, Obligations d'inscription des personnes physiques, dispose :

Partie 3 Obligations d'inscription des personnes physiques

3.11 Gestionnaire de portefeuille – représentant-conseil

Le représentant-conseil de gestionnaire de portefeuille ne peut agir à titre de conseiller pour le compte d'un gestionnaire de portefeuille que s'il remplit l'une des conditions suivantes :

a) il a obtenu le titre de CFA et acquis 12 mois d'expérience pertinente en gestion de placements au cours de la période de 36 mois précédant sa demande d'inscription;

b) il a obtenu le titre de gestionnaire de placements canadien et acquis 48 mois d'expérience pertinente en gestion de placements, dont 12 au cours de la période de 36 mois précédant sa demande d'inscription.

La preuve a établi clairement que l'intimé ne remplissait aucune de ces conditions et qu'il ne pouvait se prévaloir d'aucune dispense.

¶ 10 La preuve a établi clairement, et l'intimé ne le conteste pas, que Peer Financial exploitait son fonds AMP comme un organisme de placement collectif sous la direction d'un gestionnaire de portefeuille. Peer Financial versait à l'intimé 5 000 \$ par mois pour qu'il fournisse à son gestionnaire de portefeuille les signaux d'achat et de vente. Celui-ci le faisait sur une base quotidienne. L'avocat de l'OCRCVM a présenté une preuve, là encore non contestée par l'intimé, que ces communications quotidiennes prenaient la forme de courriels contenant des recommandations d'ACHAT ou de VENTE de titres de certains organismes de placement collectif.

¶ 11 La position de l'intimé est simplement que la vente de ces « signaux » générés par un programme informatique, comme il les a appelés, n'est pas constitutive de [TRADUCTION] « fourniture de conseils » au sens du *Securities Act* de l'Alberta. Sa position est exprimée succinctement dans ses propres mots au cours de l'entrevue effectuée en cours d'enquête par l'OCRCVM le 24 avril 2008, formant partie de la preuve à l'audience. À la page 79, lignes 22 à 29, l'intimé dit :

[TRADUCTION]

Eh bien, exactement, c'est ce que (inaudible), vous, vous continuez, vous continuez à déformer les choses, et à tordre les choses. Je fournis des signaux, non des conseils. Vous appelez cela des conseils, j'appelle cela des signaux; si vous voulez me payer une certaine somme, je vous les fournirai. Vous comprenez ce que je dis. Je ne cherche pas à être impoli avec vous, je veux en venir, ce à quoi que je veux en venir, c'est vous essayez de dire, vous

essayez de transformer cela en « j'essaie de conseiller à ce type quoi faire ». Non. Non. Je vends à ces types des signaux, voilà ce que je fais.

¶ 12 Avant de considérer si, d'après les faits tels que nous les constatons, les actes de l'intimé constituaient des « conseils » au sens du *Securities Act* de l'Alberta, nous tenons à noter que nous sommes convaincus que l'intimé ne prend pas la position qu'il n'agissait pas à titre de conseiller dans une tentative de justifier des activités découvertes par des enquêteurs en réponse à une plainte ou à d'autres préoccupations externes. Il n'y a pas eu de plainte publique ou de client à l'origine de la présente procédure. L'activité reprochée n'a été mise au jour que par suite de la déclaration que l'intimé en a faite dans les délais normaux par l'entremise de la Base de données nationale d'inscription. Dans cette base de données constituée de déclarations des intéressés, l'intimé décrit ce qu'il fait avec Peer Financial comme [TRADUCTION] « l'exploitation d'une entreprise qui vend à des tiers des signaux d'achat et de vente pour les titres d'organismes de placement collectif ».

¶ 13 Sur le fondement de la preuve présentée par l'avocat de l'OCRCVM dans la présente procédure, il appert qu'il y a eu un « dialogue » suivi entre les diverses autorités de réglementation, l'intimé et son employeur, First Financial, au sujet de la qualification correcte de l'activité de l'intimé consistant à fournir ces « signaux » à Peer Financial et au conseiller en valeurs du fonds AMP. Dans une lettre du 13 juillet 2007 à M. Gary Hein, employeur de l'intimé et chef de la direction de First Financial, l'ACCOVAM énonçait clairement sa position à l'égard des activités de l'intimé chez Peer Financial :

[TRADUCTION]

Dale Wells a transmis par courriel, de façon périodique, des recommandations et (ou) un ordre en vue d'opérations à un employé de Peer. Quelle que soit la définition du conseil de placement que la société membre adopte, elle doit reconnaître qu'un courriel portant le titre « ACHAT » puis la dénomination d'un organisme de placement collectif particulier en gros caractères gras constitue une recommandation de placement. On en trouvera un exemple dans le courriel du 12 janvier 2007, à l'onglet 27 du cahier supplémentaire transmis à la société membre vers la fin mars.

¶ 14 Pour déterminer si l'intimé a agi ou non à titre de conseiller au sens du *Securities Act* de l'Alberta en exerçant l'activité décrite ci-dessus et qu'il reconnaît avoir exercée, il est essentiel d'examiner la jurisprudence que nous ont présentée les parties.

¶ 15 Dans l'arrêt *Costello v. Ontario (Securities Commission)* (2004) (O.J. 2972), la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'examen d'un appel interjeté contre une décision de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, a dit :

[TRADUCTION]

41. Par conséquent, la Commission a jugé que le fait générateur de l'obligation d'inscription pour un conseiller n'est pas l'accomplissement d'un ou plusieurs actes constitutifs de la fourniture de conseils, mais l'exercice de l'activité de fournir des conseils. Elle a d'abord examiné si l'appelant fournissait des conseils, puis a ensuite examiné s'il exerçait l'activité. La Commission a fait observer que les faits uniques l'obligeaient à faire appel à ses connaissances et à son expertise.

42. Sur la première question, soit celle de savoir s'il fournissait des conseils, la Commission a renvoyé, au paragraphe 28, à sa propre décision *Canadian Shareholders* [voir note 21 ci-dessous], au soutien de la position que :

[TRADUCTION]

Le fait de fournir une simple information au sujet de titres déterminés n'est pas constitutif de la fourniture de conseils, mais la fourniture d'une opinion sur l'opportunité, l'intérêt ou l'avantage d'investir dans des titres déterminés l'est.

Note 21 : *Re Canadian Shareowners Association* (1992), 15 O.S.C.B. 617.

¶ 16 La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Costello*, a ensuite cité avec approbation, au paragraphe 57, la décision de la British Columbia Securities Commission *Re: Donas* (1995) (BCSCWS Ed. 95), où la Commission a dit, à la page 39 :

[TRADUCTION]

Comme l'indique la définition du « conseil », la nature de l'information fournie ou offerte par une personne est un facteur clé pour déterminer si la personne fournit des conseils à l'égard du placement dans des valeurs mobilières ou de la vente de valeurs mobilières. La personne qui se limite à fournir une information factuelle au sujet d'un émetteur et de son activité ne fournit pas de conseils sur des valeurs mobilières. La personne qui recommande un placement dans un émetteur ou l'achat ou la vente d'un émetteur ou d'un titre, ou qui distribue ou offre une opinion sur la valeur du point de vue du placement d'un émetteur ou des titres d'un émetteur fournit des conseils sur des valeurs mobilières. Si la personne qui fournit des conseils sur des valeurs mobilières distribue ou offre ses conseils d'une manière qui traduit un objectif commercial, elle est obligée de s'inscrire conformément à la Loi.

¶ 17 L'Alberta Securities Commission, dans la décision *Kustom Design Financial Services Inc.* (2010) ABASC 179, a cité avec approbation la décision de la British Columbia Securities Commission *Re: Donas* (précitée) et a ensuite dit, au paragraphe 219 :

[TRADUCTION]

Ainsi, le simple fait de fournir une information factuelle au sujet d'un placement proposé ne constitue pas la fourniture de conseils. La fourniture de conseils suppose une activité consistant à fournir à une personne ou à une société des vues subjectives, des opinions et des recommandations sur la valeur ou l'intérêt d'un placement ou d'un titre précis.

¶ 18 Dans sa décision *Re: Global Trading Centre LLC* (2009) ABASC 614, aux paragraphes 32 et 33, l'Alberta Securities Commission a énoncé la conclusion suivante au sujet des éléments de la « fourniture de conseils » pour l'application du *Securities Act* de l'Alberta :

[TRADUCTION]

Pour décider si une personne « fournit des conseils » dans le cadre de l'application de la Loi, il faut considérer deux éléments, décrits de la façon suivante par D. Johnston et K.D. Rockwell dans *Canadian Securities Regulation*, 4^e éd. (Markham, LexisNexis, 2006) à la page 359 :

[TRADUCTION]

En premier lieu, le prétendu conseiller exprime-t-il une *opinion* ou formule-t-il une *recommandation*? La simple exposition de faits ne suffit pas pour caractériser une personne comme conseiller; la recommandation d'un placement ou la formulation d'une opinion au sujet de la valeur du point de vue du placement d'un émetteur ou des titres d'un émetteur constitue la fourniture de conseils sur des valeurs mobilières. Deuxièmement, le prétendu conseiller offre-t-il la recommandation d'une manière qui traduit un objectif commercial? [souligné dans l'original]

S'agissant de la question de savoir si une personne « exerce l'activité de fournir des conseils », à notre avis, cela évoque à la fois un bénéfice visé et un degré d'organisation, de répétition ou de régularité; ni la fourniture de conseils à titre gratuit ni un acte ou un incident isolé ne suffirait, en règle générale, comme preuve de l'exercice d'une activité.

¶ 19 Nous acceptons que l'intimé pensait et pense sincèrement qu'il n'agit pas à titre de « conseiller » au sens où le terme est défini dans le *Securities Act* de l'Alberta. Toutefois, nous concluons, sur la base des faits tels que nous les avons constatés, que son activité allait bien au-delà de ce qu'il cherche à qualifier comme la fourniture de « simple information ». Nous acceptons que la plus grande partie des données formant la base de la formule

ou du calcul effectué par le programme qu'a créé l'intimé peut être décrite comme [TRADUCTION] « informationnelle » ou [TRADUCTION] « fondée sur les faits », mais les « signaux » créés par le programme et les termes très clairs d'« achat » et de « vente » que leur a appliqués l'intimé nous font conclure qu'il s'agissait de « fourniture de conseils », presque dans sa forme la plus pure. Même si nous acceptons, ce qui n'est pas le cas, que les données d'entrée du programme informatique étaient entièrement factuelles ou « informationnelles », les données de sortie du programme ou les « signaux » étaient manifestement des recommandations sur l'intérêt ou l'avantage d'acheter ou de vendre un placement ou un titre déterminé. L'intimé, en facturant des honoraires mensuels de 5 000 \$ pour les « signaux », ou « recommandations » selon la qualification que nous en faisons, a indiqué quelle valeur il leur accordait.

¶ 20 Le fait que le ou les gestionnaires de portefeuille du fonds AMP chez Peer Financial étaient libres d'accepter ou de rejeter ces recommandations très claires relativement à des titres bien déterminés n'est pas pertinent par rapport à la qualification correcte de la conduite de l'intimé. Toutefois, la preuve que ces recommandations étaient reconnues et comprises à la fois par l'intimé et par Peer comme formant le fondement exclusif de la stratégie du gestionnaire de portefeuille du fonds AMP nous justifie de conclure en outre que l'intimé exerçait « l'activité de fournir des conseils sur les valeurs mobilières ».

¶ 21 Ayant conclu que la conduite de l'intimé constituait clairement la « fourniture de conseils », nous n'avons aucune hésitation à conclure aussi qu'il « exerçait l'activité » de fournir des conseils comme le prévoit la définition du *Securities Act*. La fourniture des signaux ou, comme nous les avons correctement caractérisés, de « recommandations » sur une base quotidienne pendant près de deux ans et la réception d'une rémunération de 5 000 \$ par mois pour cette activité précise établissent clairement que l'intimé « exerç[ait] l'activité de fournir des conseils sur des valeurs mobilières » ainsi qu'il est allégué dans l'avis d'audience. Le fait qu'il n'était pas inscrit pour exercer cette activité à l'égard de ceux à qui il fournissait ces conseils n'est pas contesté.

¶ 22 Nous concluons, sur le fondement de la preuve, que l'allégation unique de l'avis d'audience a été établie.

Fait à Calgary (Alberta), le 27 octobre 2010.

John D. James (président)

Martin Davies (membre de la formation)

Phil Heimbecker (membre de la formation)

Tous droits réservés © l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières 2010