

FAIR

Canadian Foundation *for*
Advancement *of* Investor Rights
Fondation canadienne *pour* l'avancement
des droits *des* investisseurs

Le 25 janvier 2011

Brendan Hart

Avocat aux politiques, Politique de réglementation des membres

Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières

Bureau 1600, 121 King Street West

Toronto (Ontario) M5H 3T9

Transmis par courriel à : bhart@iroc.ca

Directeur de la réglementation des marchés, Commission des valeurs mobilières de l'Ontario

19^e étage, succursale 55

20 Queen Street West

Toronto (Ontario) M5H 3S8

Transmis par courriel à : marketregulation@osc.gov.on.ca

OBJET : Prescription visant les procédures de mise en application de l'OCRCVM

FAIR Canada est heureuse de présenter ses commentaires en réponse à l'Avis 10-0310 de l'OCRCVM au sujet d'un projet de modification du délai de prescription applicable aux procédures de mise en application en vertu des Règles 19 et 20 des courtiers membres (ci-après « les Règles »).

FAIR Canada est un organisme sans but lucratif national de défense des épargnants. À titre de représentant des investisseurs canadiens, FAIR Canada milite pour une plus grande protection des investisseurs dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières. Pour de plus amples renseignements, consultez notre site www.faircanada.ca.

1. Délais de prescription en général

- 1.1.** FAIR Canada comprend la position de l'OCRCVM selon laquelle il est indiqué, en vertu des principes de justice naturelle, d'imposer des délais de prescription pour les procédures contre les courtiers membres et les personnes autorisées, qu'ils soient en exercice ou qu'ils ne le soient plus. (À noter que, dans le reste du texte, sauf indication contraire, l'expression « courtiers membres et personnes autorisées » désignera tant les courtiers membres et les personnes autorisées qui sont actuellement en exercice que ceux qui ne le sont plus). FAIR Canada n'est cependant pas d'accord que les principes de justice naturelle veuillent que de tels délais soient imposés dans toutes les circonstances.

FAIR Canada soumet aussi qu'il pourrait être indiqué dans bien des cas, en vertu des principes de justice naturelle, qu'il n'y ait pas de limite de temps pour tenter des procédures contre des courtiers membres et des personnes autorisées.

- 1.2.** Les principes de justice naturelle établissent une obligation d'équité procédurale pour toutes les parties dans un différend potentiel et, si un demandeur n'est pas encouragé à engager une action dans un délai de prescription strictement fixé, la remémoration d'éléments de preuve peut poser problème. En outre, comme le fait remarquer l'OCRCVM dans son avis, l'absence d'un régime de prescription obligerait à conserver les dossiers indéfiniment. Néanmoins, il existe des circonstances dans lesquelles le respect strict de délais de prescription peut être préjudiciable aux demandeurs sur le plan procédural ou sur le fond.
- 1.3.** En effet, un demandeur peut ignorer qu'il a le droit de présenter une demande, la demande peut être fondée sur une fraude non découverte ou dissimulée ou les éléments de la demande peuvent être cachés au demandeur. Dans ces circonstances, le demandeur peut ignorer qu'il existe un motif (ou un droit) d'action contre le défendeur. Ainsi, dans les cas où le demandeur ignore qu'il a le droit de présenter une demande parce que le défendeur lui a délibérément caché ces faits, l'application stricte du délai de prescription fixé empêcherait toute action contre la partie contrevenante.
- 1.4.** En raison de la nature particulièrement complexe et technique d'un grand nombre des plaintes qui peuvent être déposées contre un courtier membre et du fossé qui sépare les courtiers des clients des points de vue de l'expérience et du savoir-faire, on ne s'étonnera pas que certaines situations puissent passer inaperçues de nombreuses années (par exemple, le fait qu'un courtier membre ait donné à un client des conseils qui ne lui convenaient pas). Les clients accordent une très grande confiance aux courtiers membres et bien souvent se fient à eux précisément parce qu'ils n'ont pas la compréhension et les connaissances spécialisées nécessaires pour évaluer leur conduite. Conséquemment, dans de nombreuses circonstances, de longues années peuvent s'écouler entre un événement qui pourrait donner lieu à des procédures de mise en application et le moment où un client découvre cet événement (ou découvre que la conduite a pu être inappropriée). En l'absence de plainte, l'OCRCVM n'aura souvent aucun moyen de savoir que les événements se sont produits.
- 1.5.** Le rôle particulier que joue le risque dans les affaires financières peut contribuer à ce facteur. Le risque peut être latent pendant de nombreuses années dans les affaires d'un client du fait des décisions prises ou des conseils donnés par un courtier membre ou une personne autorisée. Cependant, l'évaluation adéquate de tels risques est un aspect

crucial de la relation client-conseiller. FAIR Canada considère inapproprié d'introduire des restrictions de l'action de l'OCRCVM qui permettent à un conseiller de profiter du fait que les conséquences d'un risque inapproprié ne sont mises au jour qu'après un délai de prescription établi.

- 1.6.** Traditionnellement, la défense contre des réclamations équitables au titre d'obligations de représentant pouvait reposer sur deux doctrines : le retard indu et l'acquiescement. Retard indu s'entend d'une situation dans laquelle le mandant a tardé à faire valoir ses droits, si ce retard porte préjudice au représentant défendeur dans une action. Acquiescement s'entend de l'acceptation ou de l'accord d'un mandant concernant une conduite du représentant qui était évidente ou dont le mandant avait été avisé. Jusqu'à récemment, il n'existait pas d'autre forme de prescription d'un motif d'action pour manquement à une obligation de représentant au Canada. Certaines lois provinciales sur la prescription ont été modifiées récemment (celle de l'Ontario, par exemple, en 2002) pour imposer un délai de prescription à de tels actes. Mais, en raison de la différence fondamentale entre les connaissances et la spécialisation d'un représentant d'une part et de son mandant d'autre part, les lois provinciales sur la prescription prévoient traditionnellement des exonérations en cas de manquement aux obligations de représentant.
- 1.7.** FAIR Canada comprend et convient que les devoirs d'un courtier membre ou d'une personne autorisée ne sont pas des devoirs fiduciaires en vertu de la loi. Toutefois, beaucoup des mêmes principes qui ont traditionnellement justifié la non-application de délais de prescription aux cas de violations du devoir fiduciaire peuvent aussi s'appliquer aux relations entre les courtiers membres et les personnes autorisées et leurs clients. Les courtiers membres, de par leur rôle dans la vie et l'économie modernes, sont des personnes en qui est placée une très grande confiance et à qui de nombreux investisseurs se fient pour interpréter des concepts complexes qui dépassent leur niveau de compréhension. FAIR Canada pense que le cadre fondamental qui régit les activités des courtiers membres devrait obliger ces derniers à faire passer les intérêts de leurs clients en premier; cette obligation existe déjà dans certains aspects de la relation du courtier membre avec ses clients. On trouve par exemple au paragraphe 13.4 de l'Instruction générale relative au Règlement 31-103 une directive demandant aux sociétés inscrites de vérifier si certains avantages ou certaines indemnités ou pratiques de rémunération sont incompatibles avec leurs obligations envers les clients, surtout si elles pratiquent largement la rémunération à la commission. De manière similaire, le paragraphe 13.5 de l'Instruction générale fournit des orientations sur les ententes d'indication de clients qui demandent spécifiquement aux courtiers membres d'évaluer si une commission excessive

pourrait donner lieu à un conflit d'intérêts susceptible d'inciter leurs représentants à ne pas s'acquitter de leurs devoirs envers leurs clients.

- 1.8. FAIR Canada est donc d'avis qu'un nouveau régime de prescription approprié ne fixerait aucun délai de prescription pour les cas où des agissements du courtier membre ou de la personne autorisée ont eu un impact négatif sur un client ou un membre du public qui a déposé une plainte à l'OCRCVM relativement aux services du courtier ou de la personne autorisée. Les délais de prescription ne s'appliqueraient qu'en lien avec des infractions administratives ou d'autres circonstances ne touchant pas directement les intérêts des clients.
- 1.9. FAIR Canada convient qu'il serait approprié de limiter un tel régime de prescription en établissant explicitement dans les Règles que, lorsque des procédures ont lieu six ans après la possibilité de découverte, tel qu'expliqué au point 2.2 ci-après, les procédures ne continueront pas si le courtier membre ou la personne autorisée peut montrer que le retard lui cause un préjudice substantiel.
- 1.10. FAIR Canada est d'accord avec l'OCRCVM que le délai de prescription devrait s'appliquer uniformément aux courtiers membres et aux personnes autorisées en exercice ainsi qu'aux anciens courtiers et aux personnes antérieurement autorisées.
- 1.11. FAIR Canada pense comme l'OCRCVM que la Règle proposée devrait exiger seulement que les procédures soient entamées avant la fin du délai de prescription, et non qu'elles soient terminées avant la fin du délai.
- 1.12. FAIR Canada considère aussi approprié de permettre que les procédures « commencent » avant la fin du délai de prescription par la remise d'un avis au courtier membre ou à la personne autorisée l'informant que l'OCRCVM compte entreprendre des procédures de mise en application contre lui ou elle.

2. Survenance de l'événement par rapport à la possibilité de découverte

- 2.1. FAIR Canada n'est pas d'accord avec l'OCRCVM lorsqu'il détermine que le calcul d'un délai de prescription devrait avoir comme point de départ le moment où l'événement a eu lieu.
- 2.2. FAIR Canada pense plutôt que le délai de prescription devrait avoir pour point de départ celui des moments suivants qui est *le plus proche dans le temps* :
 - i. *le plus éloigné dans le temps* des moments suivants :

- a) le moment auquel l'OCRCVM a obtenu des informations ou des faits selon lesquels l'événement faisant l'objet de la procédure de mise en application est survenu ou
 - b) le moment auquel l'OCRCVM devrait raisonnablement avoir su qu'une infraction est commise ou a été commise; ou
- ii. dans les cas où la non-conformité s'est poursuivie ou se poursuit encore, la fois la plus récente où la conduite en question a eu lieu.
- 2.3.** En d'autres termes, si l'OCRCVM ne dispose pas d'informations ou de faits qui le mettent ou devraient le mettre au courant de l'objet de la procédure de mise en application et si l'OCRCVM peut montrer qu'il a fait des efforts raisonnables pour déterminer les faits se rapportant à la conduite préjudiciable, le délai de prescription ne devrait pas commencer à courir. De plus, si la non-conformité se poursuit même après que l'OCRCVM a pris connaissance de la conduite, l'OCRCVM devrait rester libre d'entreprendre une procédure de mise en application.
- 2.4.** Étant donné que les sanctions que peut imposer une formation d'instruction de l'OCRCVM se limitent à des amendes, des suspensions et des radiations permanentes, FAIR Canada pense qu'un délai de prescription calculé d'après la possibilité de découverte serait conforme aux principes de justice naturelle. Aucun droit à la liberté des courtiers membres ou des personnes autorisées n'est en jeu dans une procédure de mise en application de l'OCRCVM.
- 2.5.** Un grand nombre des plaintes qui peuvent être déposées contre un courtier membre ou une personne autorisée sont de nature particulièrement complexe et technique. De plus, un large fossé sépare les courtiers de leurs clients sur les plans de l'expérience, du savoir-faire et de la compréhension des Règles. Pour ces raisons, FAIR Canada pense qu'il est très possible que certaines situations passent inaperçues pendant de nombreuses années (par exemple, le fait qu'un courtier membre ait donné à un client des conseils qui ne lui convenaient pas). Les clients accordent une très grande confiance aux courtiers membres et bien souvent se fient à eux précisément parce qu'ils n'ont pas la compréhension et les connaissances spécialisées nécessaires pour évaluer leur conduite. Par conséquent, dans de nombreuses circonstances, de longues années peuvent s'écouler entre un événement qui pourrait donner lieu à des procédures de mise en application et le moment où un client découvre cet événement (ou découvre que la conduite a pu être inappropriée). En l'absence de plainte, l'OCRCVM n'aura souvent aucun moyen de savoir que les événements se sont produits.

- 2.6.** FAIR Canada ne considère pas comme une atteinte à la justice naturelle le fait de permettre que des plaintes soient entendues dans de telles circonstances. FAIR Canada considère que l'écart entre les connaissances et la compréhension des clients et celles des courtiers membres est un facteur important qui peut retarder la découverte d'une conduite inappropriée, même si un laps de temps considérable s'est écoulé.
- 2.7.** Le rôle particulier que joue le risque dans les affaires financières peut contribuer à ce facteur. Le risque peut être latent pendant de nombreuses années dans les affaires d'un client du fait des décisions ou des conseils d'un courtier membre ou d'une personne autorisée. Cependant, l'évaluation adéquate de tels risques est un aspect crucial de la relation client-conseiller. FAIR Canada considère inapproprié un régime de prescription de l'OCRCVM qui permet qu'un conseiller échappe à des procédures de mise en application grâce au temps qui s'est écoulé avant que l'on s'aperçoive du risque inapproprié qui a été pris.
- 2.8.** En revanche, si l'OCRCVM juge nécessaire de baser le point de départ du délai de prescription sur le moment où l'événement est survenu seulement, FAIR Canada considère que l'OCRCVM devrait néanmoins prévoir une prolongation du délai de prescription de six ans dans tout cas où des faits importants se rapportant à l'objet de la procédure de mise en application ont été sciemment cachés par une partie ou dans tout cas où une personne a été dissuadée de déposer une plainte. En l'absence d'une telle règle, un courtier membre (ou une autre personne impliquée) pourrait être tenté de cacher des faits importants à l'OCRCVM ou à un plaignant potentiel, le temps que le délai de prescription expire. FAIR Canada considère comme une atteinte à la justice naturelle le fait de permettre qu'une partie fasse obstruction, commette une fraude et cause des retards pour que le délai autorisé pour entreprendre une action potentielle expire. FAIR Canada note que les lois sur la prescription de plusieurs provinces, dont la Colombie-Britannique, l'Alberta et l'Ontario, prévoient des protections similaires contre la dissimulation délibérée.
- 2.9.** Dans de telles circonstances, FAIR Canada suggère que les Règles prévoient comme point de départ du délai de prescription la dernière fois que les faits importants ont été correctement divulgués à l'OCRCVM ou à tout plaignant potentiel à qui la conduite en question a pu être préjudiciable.

3. Délai de prescription et mandat de protection de l'intérêt public de l'OCRCVM

- 3.1.** Dans la préparation des présents commentaires, FAIR Canada a demandé des statistiques à l'OCRCVM sur le temps écoulé entre le moment où des événements passés étaient survenus et le début de procédures de mise en application de l'OCRCVM. L'OCRCVM a

répondu qu'il ne tient pas de telles statistiques ni ne pouvait en obtenir. Le personnel de l'OCRCVM nous a indiqué que, selon son service de la mise en application, un délai de six ans sera suffisant pour lui permettre d'entreprendre une procédure de mise en application.

- 3.2.** Si, après l'étude de ces commentaires, l'OCRCVM compte imposer un délai de prescription de six ans, FAIR Canada recommande qu'il réalise une étude de procédures antérieures pour s'assurer qu'un tel délai soit effectivement suffisant, avant de rendre officielle toute modification de la réglementation en cette matière. FAIR Canada estime que, si l'OCRCVM constate qu'il aurait été incapable de traiter certaines plaintes antérieures d'investisseurs si les limitations proposées avaient été en place, il devrait envisager de revoir les modifications proposées pour s'assurer de pouvoir protéger adéquatement les investisseurs. Nous recommandons que l'OCRCVM, pour remplir son mandat de protéger les investisseurs et de renforcer l'intégrité du marché, fasse les vérifications internes nécessaires pour s'assurer qu'il peut remplir son mandat de protection de l'intérêt public dans les délais proposés.
- 3.3.** FAIR Canada serait plus à l'aise avec l'assurance de l'OCRCVM que toutes les procédures de mise en application pourront commencer dans un délai de six ans si les effets du projet de modification sur la protection des investisseurs étaient considérés de la même manière que les effets sur la structure du marché, les courtiers membres, les courtiers non membres, la concurrence et les coûts de conformité (tel qu'énoncé dans l'appel à commentaires).
- 4. Questions relatives à la preuve et règles sur la tenue de dossiers**
- 4.1.** FAIR Canada est favorable à ce que le délai de prescription applicable aux procédures de mise en application soit harmonisé avec les règles sur la tenue de dossiers qui assurent la préservation de la preuve pouvant être présentée dans de telles procédures.
- 4.2.** Avec le respect que nous vous devons, nous estimons toutefois que l'OCRCVM n'insiste pas sur la bonne question lorsqu'il met l'accent sur l'harmonisation du délai de prescription avec les règles sur la tenue de dossiers. Nous pensons qu'il faudrait plutôt insister sur les règles de prescription et les dispositions de mise en application – dont les exigences de tenue de dossiers – qui assurent la meilleure protection aux investisseurs canadiens dans un cadre de justice naturelle. Autrement dit, les règles sur la tenue de dossiers devraient être harmonisées avec le régime de mise en application, et non l'inverse. L'OCRCVM a relevé plusieurs situations où la durée pendant laquelle les

courtiers membres sont tenus de conserver des dossiers est plus courte que les délais de prescription proposés.

- 4.3.** FAIR Canada pense qu'il est impératif que l'OCRCVM agisse pour harmoniser ces règles sur la tenue de dossiers afin que tous les dossiers potentiellement pertinents soient conservés pour assurer des procédures de mise en application efficaces. Cela exige, minimalement, que tous les documents soient conservés pendant six années civiles complètes après le dernier moment où un document pourrait être pertinent dans le cadre d'une procédure de mise en application. Cependant, FAIR Canada estime que certains documents, comme des relevés de compte, de la correspondance, des dossiers d'enquêtes internes et les relevés de surveillance périodique, peuvent être importants sur une base permanente. Compte tenu du faible coût et de la grande capacité du stockage numérique, et vu la probabilité que les coûts et les capacités de stockage d'informations continuent de s'améliorer, FAIR Canada encourage l'OCRCVM à se demander si de tels renseignements et dossiers devraient même un jour être détruits. Nous ne croyons pas qu'une obligation de conserver indéfiniment de tels dossiers causerait des difficultés indues ou importantes aux courtiers membres.

5. Commentaires additionnels

- 5.1.** FAIR Canada aimerait exprimer son accord avec deux commentaires qu'a formulés Kenmar Associates dans sa lettre à l'OCRCVM datée du 2 décembre 2010, au sujet de l'harmonisation des délais de prescription avec ceux de l'Association canadienne des courtiers en fonds mutuels (ACCFM) et des amendes imposées à des personnes.
- 5.2.** FAIR Canada appuie la position de Kenmar Associates selon laquelle l'harmonisation du régime de prescription de l'OCRCVM avec celui de l'ACCFM serait préférable. D'après ce que nous comprenons, l'ACCFM a indiqué à Kenmar Associates que, à son avis, ses dispositions relatives aux délais de prescription assurent un degré de protection des clients plus souhaitable et que les investisseurs seraient perdants si ces dispositions devaient être remplacées par celles de l'OCRCVM. L'ACCFM a aussi clairement indiqué qu'elle reçoit fréquemment des plaintes d'investisseurs bien après la date de l'événement et que de tels retards s'expliquent précisément, comme nous l'avons expliqué plus tôt, par le manque de connaissances des clients. Nous pensons que ce fait constitue à lui seul un argument important en faveur d'un net resserrement des éléments du projet de modification de l'OCRCVM qui touchent à la protection des investisseurs.
- 5.3.** Enfin, FAIR Canada est d'accord, comme l'explique Kenmar Associates, que des modifications additionnelles aux Règles des courtiers membres de l'OCRCVM sont

souhaitables pour améliorer la mise en application. Nous appuyons la suggestion de Kenmar que l'OCRCVM envisage une telle modification pour imposer une responsabilité solidaire à un courtier membre pour les amendes imposées par l'OCRCVM à un représentant inscrit, un représentant en placement, un directeur des ventes, un directeur de succursale, un directeur de succursale adjoint ou codirecteur de succursale, un associé, un administrateur, un dirigeant, un investisseur ou un employé de ce courtier membre. Cela améliorerait la perception d'amendes et encouragerait en outre une supervision plus étroite de ces personnes par leur courtier membre, ce qui améliorerait la protection des investisseurs.

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de présenter nos commentaires et nos opinions dans ce mémoire. Nous acceptons volontiers sa publication et serions heureux d'en approfondir le contenu avec vous au moment qui vous conviendra. N'hésitez pas à contacter Ermanno Pascutto, au 416 572-2282 ou à ermanno.pascutto@faircanada.ca, ou Ilana Singer, au 416 572-2215 ou à ilana.singer@faircanada.ca.

Soyez assurés de nos meilleurs sentiments.



Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs