

FAIR

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

Le 25 juillet 2011

Monsieur Tyler Fleming
Directeur, Relations avec les intervenants et Communications
401, rue Bay
Bureau 1505, C.P. 5
Toronto (Ontario) M5H 2Y4

Transmis par courriel à : publicaffairs@obsi.ca

Monsieur,

Objet : Document de consultation : Processus de détermination de la convenance et de l'évaluation des pertes daté du 26 mai 2011

FAIR Canada est heureuse d'avoir l'occasion de répondre à l'appel à commentaires de l'OSBI au sujet de son document intitulé *Document de consultation : Processus de détermination de la convenance et de l'évaluation des pertes* (le « Document de consultation »).

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.

Sommaire

1. FAIR Canada est d'avis que l'existence d'un seul ombudsman national pour le traitement des plaintes liées aux placements est absolument essentielle à l'intégrité du marché des services financiers canadien. Elle préconise le maintien de la participation obligatoire des sociétés membres de l'OCRCVM et de l'ACFM à l'OSBI, parce qu'il s'agit d'un moyen simple et abordable pour les investisseurs particuliers de demander réparation dans le cadre de leurs plaintes.
2. L'OSBI est guidé, comme il convient, par les principes de l'équité et de l'absence de formalisme.

3. En vertu de son mandat et du cadre de collaboration selon lequel il fonctionne, l'Ombudsman peut formuler des recommandations très variées, allant au-delà du dédommagement monétaire pour pertes financières ou non financières et pouvant inclure « d'autres mesures » par suite d'un acte ou d'une omission ayant entraîné des dommages, des préjudices ou des pertes.
4. FAIR Canada appuie le principe fondamental sur lequel sont basés les calculs des pertes dans les dossiers de plaintes liées aux placements – l'approche de l'OSBI consistant à déterminer de façon raisonnable la situation financière dans laquelle l'investisseur aurait été s'il ne s'était pas vu conseiller des placements non convenables.
5. L'évaluation de la convenance des placements constituant une obligation réglementée, il est tout à fait approprié que l'OSBI examine d'autres preuves, au-delà du formulaire « connaître son client » (CSC), pour déterminer tous les renseignements pertinents sur la situation réelle du client, que le conseiller se devait de connaître, au moment où le placement a été fait. Le formulaire CSC n'est que l'un des outils qu'utilisera le conseiller pour remplir son obligation de connaître son client.
6. (a) Pour évaluer si un placement était adapté à un client en particulier, il faut prendre en considération les caractéristiques du placement, ce que la personne inscrite savait ou aurait dû savoir au moment de la recommandation et les informations que contenait le formulaire CSC à ce moment.

(b) Nous convenons avec l'OSBI que la seule transmission d'informations sur les risques et les caractéristiques d'un placement recommandé ne rend pas ce placement adapté à l'investisseur s'il ne correspond pas à ses objectifs et à sa tolérance du risque. Communiquer des informations ou remettre de la documentation sur un placement qui par ailleurs n'est pas adapté à un investisseur ne le rend pas convenable.

(c) Nous sommes d'accord avec le principe clé de l'OSBI selon lequel les investisseurs devraient pouvoir se fier à leur conseiller et à leur firme quant à la convenance des placements recommandés sans avoir à effectuer des vérifications pour s'en assurer. Les investisseurs ne devraient pas avoir à mettre en doute la convenance des recommandations de leur conseiller.

(d) FAIR Canada convient que, s'il est déterminé que les placements et (ou) les stratégies n'étaient pas adaptés à l'investisseur, il faut déterminer l'ampleur du préjudice financier subi et un montant d'indemnisation approprié.
7. (a) La méthodologie de calcul des pertes de l'investisseur dépendra des faits et circonstances particuliers.

(b) FAIR Canada estime que la question de savoir si, pour calculer la situation dans laquelle serait l'investisseur si son argent avait été convenablement investi, il sera plus équitable et raisonnable de se fonder sur un indice (plus particulièrement, un fonds indiciel), sur un placement de la catégorie des titres à revenu fixe ou sur un autre type de placement dépendra de tous les faits et circonstances de la plainte.

8. (a) FAIR Canada convient que, dans certaines situations, l'investisseur a une responsabilité de limiter ses pertes lorsqu'il en prend conscience.
- (b) Bien qu'un investisseur puisse réduire ou anéantir ses chances d'être indemnisé s'il est téméraire, imprudent ou ne prend pas de mesures raisonnables pour limiter ses pertes, FAIR Canada fait remarquer qu'il faut, pour déterminer s'il y a eu défaut de limiter les pertes, utiliser une norme subjective basée sur le client concerné et comprenant une évaluation de tous les faits de ce cas particulier, dont l'âge de l'investisseur, la mesure dans laquelle il se fiait à son conseiller et son degré de connaissances en matière de finances.
- (c) FAIR Canada prétend qu'il est inexact de dire qu'un investisseur a ratifié un achat en continuant de détenir un placement non convenable alors qu'il savait que le placement n'était pas convenable. Il peut être approprié de déterminer que, à un moment donné dans le temps, l'investisseur avait clairement la responsabilité de réduire ses pertes en vendant le placement, mais le seul fait qu'il ait continué à détenir un placement non convenable ne devrait pas être suffisant pour considérer qu'il a ratifié un achat.
- (d) FAIR Canada recommande que l'OSBI consulte d'autres ombudsmans des services financiers de premier plan pour évaluer leurs approches de la limitation des pertes dans le processus d'évaluation des pertes et les comparer à la sienne.
- (e) FAIR Canada est d'accord que l'OSBI doit considérer si l'investisseur savait qu'un placement ou une stratégie n'était pas convenable dès le moment de la recommandation ou encore s'il avait des connaissances suffisantes pour connaître le problème et qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour contester cette situation. Si tel est le cas, l'OSBI devrait répartir le préjudice financier en conséquence car cela s'apparente à de la négligence de la victime.
9. FAIR Canada est d'avis qu'il serait utile que l'OSBI donne plus de détails sur la manière dont il détermine quand des intérêts doivent ou non être versés et qu'il précise dans quelles circonstances respectives il calcule les intérêts sur les pertes réelles (option 2) et sur le montant investi de façon non convenable (option 3).
10. FAIR Canada recommande que l'OSBI envisage d'élargir la portée des pertes non financières pour lesquelles il recommande un dédommagement (détresse, inconvénients, atteinte à la réputation et perte de vie privée) pour y inclure les souffrances et douleurs.
-

1. Un seul et unique ombudsman national est essentiel

- 1.1. FAIR Canada est d'avis que l'existence d'un seul ombudsman national pour le traitement des plaintes liées aux placements est absolument essentielle à l'intégrité du marché des services financiers canadien, en particulier vu la complexité du paysage des services

financiers et le processus à multiples étapes et organismes auquel font face les investisseurs qui cherchent réparation au Canada¹.

- 1.2. FAIR Canada préconise le maintien de la participation obligatoire des sociétés membres de l'OCRCVM et de l'ACFM à l'OSBI parce qu'il s'agit d'un moyen simple et abordable pour les investisseurs particuliers de demander réparation dans le cadre de leurs plaintes, même si c'est un système dans lequel les sociétés membres détiennent beaucoup de pouvoir, de savoir-faire et de connaissances. Nous encourageons le lecteur à lire notre lettre d'appui datée du 1^{er} juin 2011, à l'adresse http://faircanada.ca/wp-content/uploads/2009/03/OBSI-Participation-for-IIROC_e_F.pdf.
- 1.3. FAIR Canada pense que l'approche utilisée pour déterminer la convenance des placements et évaluer les pertes devrait être examinée dans le contexte plus global du rôle et du mandat d'un ombudsman et à la lumière de la réglementation existante encadrant la relation inscrit-client.

2. Équité et absence de formalisme

- 2.1. L'OSBI doit formuler une recommandation en fonction de ce qu'il estime équitable dans les circonstances.² Le Financial Ombudsman Service du Royaume-Uni est quant à lui tenu d'évaluer les plaintes en fonction de ce qui est équitable et raisonnable.³ Nous considérons qu'une décision qui est équitable est aussi raisonnable. Pour déterminer le caractère équitable, l'Ombudsman doit prendre en compte les lois et règlements applicables, les règles, politiques et directives des organismes de réglementation, les normes des organismes professionnels, tout code de procédure ou de déontologie pertinent et les principes généraux d'une saine pratique dans le milieu des services financiers et des affaires.⁴
- 2.2. Le code de déontologie de l'International Ombudsman Association contient un principe d'absence de formalisme selon lequel un ombudsman, « en qualité de ressource informelle, ne participe à aucune procédure d'arbitrage ou administrative formelle liée aux préoccupations portées à son attention » [traduction].⁵ Des lignes directrices sur l'équité établissent qu'un ombudsman n'est pas lié par la formalité des règles de preuve ou de procédure d'un tribunal, mais constitue plutôt une option de rechange au système judiciaire.⁶ Bien qu'il ne défende les intérêts d'aucune des parties dans un différend, l'Ombudsman a notamment pour responsabilité d'assister le plaignant durant

¹ Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières, *Rapport final et recommandations* (janvier 2009), page 39.

² Mandat de l'OSBI, en ligne : <http://www.obsi.ca/images/document/Dec2010_FRENCH.pdf> article 25.

³ *FSA Handbook*, en ligne : <<http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/DISP/3/6>>, alinéas 3.6.1 et 3.6.4 du chapitre 3.

⁴ Note 2 ci-dessus.

⁵ Code de déontologie de l'International Ombudsman Association, en ligne :

<http://www.ombudsassociation.org/sites/default/files/Code_Ethics_1-07.pdf>.

⁶ Forum conjoint des autorités de réglementation du marché financier, *Le Réseau de conciliation du secteur financier – Un cadre pour la collaboration* (10 août 2007), ligne directrice 4, en ligne :

<http://www.jointforum.ca/fr/init/fson_framework/august_10_2007_a_framework_for_collaboration_fr.pdf>.

le processus de règlement de la plainte, y compris, si nécessaire, en l'aidant à formuler sa plainte.⁷

3. Pouvoir de recommander d'autres mesures

- 3.1. Selon l'article 22 du Mandat de l'OSBI, après avoir enquêté sur une plainte, « l'Ombudsman présentera au plaignant et à la firme participante une recommandation concernant le dédommagement ou l'adoption de mesures si, à son avis, le plaignant a subi une perte, un dommage ou un préjudice en raison d'un acte ou d'une omission de la firme participante ou de son représentant dans le cadre de la prestation d'un service financier ».
- 3.2. Le Mandat prévoit donc non seulement un dédommagement monétaire pour le plaignant, mais aussi la recommandation « d'autres mesures » par suite d'un acte ou d'une omission ayant causé un dommage, un préjudice ou une perte pour le plaignant. De telles mesures pourraient consister à rectifier des erreurs dans les relevés de compte du plaignant, à aider le client si l'erreur a entraîné des problèmes avec l'Agence du revenu du Canada, à corriger des cotes de crédit abaissées ou à compenser la perte de vie privée, par exemple. L'Ombudsman peut donc formuler des recommandations de nature très variée, dépassant le dédommagement monétaire pour pertes financières ou non financières.⁸

4. Principe directeur

- 4.1. FAIR Canada appuie le principe fondamental sur lequel sont basés les calculs des pertes dans les dossiers de plaintes liées aux placements – l'approche de l'OSBI consistant à déterminer de façon raisonnable la situation financière dans laquelle l'investisseur aurait été s'il ne s'était pas vu conseiller des placements non convenables. C'est aussi l'objectif d'ombudsmans d'autres territoires de compétence. Le Financial Ombudsman Service du Royaume-Uni, par exemple, qui est prescrit par la loi, vise « à placer le client dans la position dans laquelle il serait si la société avait agi correctement. Dans le cas des plaintes concernant des conseils en placement, cette position est probablement celle dans laquelle le consommateur serait aujourd'hui s'il avait reçu des conseils adaptés » [TRADUCTION].⁹
- 4.2. FAIR Canada convient que, si le seul motif de la plainte est que le placement a perdu de la valeur et qu'il s'agit donc d'une plainte sur le rendement du placement, l'enquête devrait être fermée et aucune indemnité ne devrait être accordée. La responsabilité du

⁷ Note 2 ci-dessus, paragraphe 3(vii).

⁸ Les mêmes dispositions s'observent ailleurs, notamment au Royaume-Uni où l'Ombudsman peut accorder un montant, des intérêts ou des dépens ou encore transmettre un ordre à l'intimé [en anglais *direction*]. Se reporter au *FSA Handbook*, chapitre 3, alinéa 3.7.1. et au paragraphe 229(3) de la loi intitulée *Financial Services and Markets Act 2000*, chapitre 8. Un « ordre » « peut obliger l'intimé à prendre envers le plaignant les mesures que l'Ombudsman juge justes et appropriées (qu'un tribunal puisse ou non ordonner que ces mesures soient prises) » [TRADUCTION] (alinéa 3.7.11 du chapitre 3 du *FSA Handbook, Dispute Resolution Complaints*).

⁹ Financial Ombudsman Service, *Calculating Redress in Investment Complaints* (février 2010), en ligne : <http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/QG5.pdf>.

conseiller est de recommander des placements convenables et non de garantir leur rendement.

LE PROCESSUS DE DÉTERMINATION DE L'INDEMNISATION

5. Première étape : Convenance et renseignements « connaître son client »

- 5.1. Les lois et règlements sur les valeurs mobilières de même que les règles et lignes directrices des organismes d'autoréglementation obligent les personnes inscrites à prendre des mesures raisonnables pour s'assurer, avant de recommander à un client d'acheter ou de vendre un titre ou d'accepter un ordre d'achat ou de vente d'un titre, que l'achat ou la vente du titre convient à ce client. Pour déterminer que la recommandation est convenable, l'inscrit doit avoir une solide compréhension de la situation financière et personnelle du client, de son degré de connaissances et d'expérience en matière de placements, de ses besoins et objectifs de placement, y compris de son horizon de placement, et de sa tolérance du risque. L'inscrit doit s'assurer que ces renseignements soient à jour avant de faire une recommandation. Il s'agit de l'étape « connaître son client » (CSC) ou de la détermination des renseignements CSC (ou renseignements KYC d'après l'anglais *Know Your Client*). L'inscrit doit aussi avoir une profonde compréhension des valeurs mobilières qu'il recommande en vertu de son obligation de « connaître son client », ainsi que des risques qu'elles comportent.
- 5.2. Pour être en mesure de faire une recommandation convenable, la personne inscrite doit suivre un processus pour recueillir les renseignements CSC. Le formulaire CSC sera utile dans ce processus, mais il n'est que l'un des outils qu'utilisera le conseiller pour remplir son obligation de connaître son client. Pour l'OSBI, le seul examen du formulaire CSC ou du formulaire d'ouverture de compte (s'il contient les renseignements CSC) ne sera pas suffisant pour déterminer si un placement convenait à un client donné.
- 5.3. L'évaluation de la convenance des placements constituant une obligation réglementée, il est tout à fait approprié que l'OSBI examine d'autres preuves, au-delà du formulaire CSC, pour déterminer tous les renseignements pertinents sur la situation réelle du client, que le conseiller se devait de connaître, au moment où le placement a été fait. Il peut se présenter des cas où les renseignements CSC n'ont pas été correctement consignés; où le client s'y connaissait peu en matière de finances et n'a pas compris le formulaire mais l'a néanmoins signé; où le client a rempli le formulaire CSC sans aucune aide ou orientation de la personne inscrite; où le formulaire CSC n'a pas été signé par le client; ou encore où le formulaire CSC a été modifié pour correspondre au risque d'un placement avant que celui-ci soit acheté, sans que la situation du client n'ait changé d'une manière qui justifierait une telle modification du formulaire CSC. Ainsi, d'autres preuves pertinentes (telles que les notes contemporaines de l'inscrit ou celles du client, les renseignements de la déclaration de revenus (informations sur le revenu), les relevés de compte, de la correspondance, des informations fournies au client et des entrevues

avec les parties) constituent une partie nécessaire et pertinente de l'enquête de l'OSBI. D'autres territoires de compétence, dont le Royaume-Uni, ont une telle approche.¹⁰

6. Deuxième étape : Analyse de la convenance

- 6.1. Pour évaluer si un placement convenait à un client particulier, il faut examiner les caractéristiques du placement, ce que l'inscrit savait ou aurait dû savoir au moment de la recommandation ainsi que les renseignements CSC à ce moment-là. On peut lire dans le Document de consultation : « *Pour évaluer la convenance, nous déterminons les risques et les caractéristiques des placements et des stratégies de l'investisseur au moment où ceux-ci ont été recommandés ainsi qu'à des intervalles pertinents, et nous les comparons avec les renseignements KYC de l'investisseur. Les placements et les stratégies sont convenables lorsqu'elles concordent avec les renseignements KYC de l'investisseur.* » Les stratégies, toujours selon le Document de consultation, peuvent inclure une gestion active des titres ou l'utilisation d'une marge ou d'un levier financier.
- 6.2. Au sujet des fonds communs de placement, l'OSBI indique ceci : « *[s]auf très rares exceptions, pour évaluer les fonds communs de placement, nous nous référons aux objectifs de placement, aux stratégies de placement (y compris la répartition des actifs) et aux notations des risques publiés dans les prospectus simplifiés des sociétés de fonds communs de placement.* »¹¹ Bien que les prospectus simplifiés soient un bon endroit où trouver ces informations, FAIR Canada suggère que toutes les preuves pertinentes, y compris les analyses du conseiller ou de la société, soient examinées pour déterminer les caractéristiques et les risques du fonds recommandé.
- 6.3. FAIR Canada souhaite aussi noter que, à l'avenir, l'OSBI ne devrait pas se fier uniquement à l'Aperçu du fonds pour évaluer les caractéristiques et les risques de placement d'un fonds commun de placement, puisque l'Aperçu ne fournit qu'une indication du risque d'après une échelle à cinq niveaux qui indique le risque de volatilité du fonds recommandé. À ce sujet, veuillez vous reporter à la lettre de FAIR Canada à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, dans laquelle nous demandons un examen de questions que nous soulevons quant à l'information sur le risque de placement.¹² La tolérance du risque d'un investisseur et la classification du risque dans l'Aperçu du fonds sont deux choses. Par exemple, tous les fonds communs de placement à risque moyen ne conviendraient pas à un investisseur prêt à tolérer un risque modéré.

L'information ne justifie pas une recommandation mal adaptée.

¹⁰ Se reporter aux ressources techniques du Financial Ombudsman Service du Royaume-Uni qui évaluent la convenance des placements, en ligne : http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/assessing-suitability-of-investment.htm#4, page 6.

¹¹ Ombudsman des services bancaires et d'investissement, *Document de consultation : Processus de détermination de la convenance et de l'évaluation des pertes* (26 mai 2011), en ligne : <http://www.obsi.ca/images/document/up-2011_Consultation_Paper_Suitability_and_Loss_Assessment_Process_FR.pdf>, page 8.

¹² On peut consulter la lettre de FAIR Canada à l'adresse <<http://faircanada.ca/wp-content/uploads/2011/01/FAIR-Canada-lettre-Investment-Risk-Classification-Methodology.pdf>> et la réponse de la CVMO à l'adresse <<http://faircanada.ca/wp-content/uploads/2011/07/Letter-Risk-Classification.pdf>>.

- 6.4. Nous convenons avec l'OSBI que la seule transmission d'informations sur les risques et les caractéristiques d'un placement recommandé ne rend pas ce placement adapté à l'investisseur s'il ne correspond pas à ses objectifs et à sa tolérance du risque. Communiquer des informations ou remettre de la documentation sur un placement qui par ailleurs n'est pas adapté à un investisseur ne le rend pas convenable, pas plus que cela n'annule l'obligation du conseiller de recommander des placements convenables.
- 6.5. Nous sommes aussi d'accord avec le principe clé de l'OSBI selon lequel les investisseurs devraient pouvoir se fier à leur conseiller et à sa société quant à la convenance des placements recommandés sans avoir à effectuer des vérifications pour s'en assurer. Nombre d'investisseurs développent une relation à long terme avec leur conseiller, mettent toute leur confiance en lui et en viennent à se fier à ses conseils pour décider où placer leur argent.¹³ Beaucoup pensent que le conseiller agira dans leur meilleur intérêt¹⁴ et qu'il ne se contentera pas de présenter une recommandation « convenable ». Compte tenu de ce degré de confiance, il ne serait pas raisonnable d'exiger de l'investisseur qu'il cherche des informations indépendantes pour vérifier si la recommandation est convenable. Les investisseurs ne devraient pas avoir à mettre en doute la convenance des recommandations de leur conseiller.
- 6.6. L'OSBI explique ce principe en précisant qu'il tiendra compte des connaissances en placement et du niveau de sophistication de l'investisseur ainsi que de sa capacité d'évaluer de manière éclairée les recommandations de son conseiller.¹⁵ FAIR Canada estime, vu la confiance de l'investisseur envers son conseiller (dans la vaste majorité des cas), qu'il serait plus approprié de traiter ces considérations au moment de répartir le préjudice financier plutôt qu'au moment de déterminer au départ si la recommandation elle-même était convenable.
- 6.7. Nous convenons que, s'il est déterminé que les placements et (ou) les stratégies ne convenaient pas à l'investisseur, il faut déterminer l'ampleur du préjudice financier subi et l'indemnisation.

7. Troisième étape : Détermination du préjudice financier et de l'indemnité

Objectif global

- 7.1. FAIR Canada est d'accord avec l'objectif général de l'approche de l'OSBI, qui consiste à déterminer de façon raisonnable la situation financière dans laquelle l'investisseur aurait été s'il ne s'était pas vu conseiller des placements non convenables. Cette situation est probablement celle dans laquelle l'investisseur se trouverait s'il avait reçu des conseils en placement convenables.

¹³ Groupe consultatif des investisseurs de la CVMO, *Re: Draft Statement of Priorities* (27 avril 2011), en ligne : <http://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category1-Comments/com_20110427_11-765_ananda.pdf>.

¹⁴ Note 13 ci-dessus.

¹⁵ Note 11 ci-dessus, page 8.

Options pour le calcul des pertes

7.2. L'OSBI énonce à la page 9 de son Document de consultation le principe clé suivant :

Si les placements ou les stratégies recommandées par un conseiller n'étaient pas convenables pour l'investisseur, nous calculons habituellement le rendement des placements non convenables et par la suite, déterminons la situation financière dans laquelle l'investisseur aurait été si ces placements avaient été investis convenablement. Si le rendement des placements non convenables est moindre que celui de placements qui auraient été convenables, alors, la différence entre ces deux rendements correspond au préjudice financier de l'investisseur. Lorsque l'investisseur a subi un préjudice financier, nous évaluons s'il doit assumer une part de responsabilité avant de déterminer le montant qui selon nous devrait lui être versé par la firme en guise d'indemnisation.

FAIR Canada est d'accord avec cette approche de la détermination des pertes. Nous formulerons des commentaires sur la limitation de pertes et la répartition du préjudice financier dans une section distincte plus loin.

7.3. La méthode appropriée pour calculer les pertes d'un investisseur dépendra de la situation. Par exemple, une situation où l'investisseur n'aurait pas investi mais aurait plutôt gardé son argent dans un compte de dépôt nécessitera une méthode différente d'une situation où l'investisseur aurait investi dans un placement convenable examiné au départ comme option de rechange au placement non convenable qui a été recommandé et acheté.

Utilisation de points de référence ou d'indices

7.4. L'OSBI indique à la page 11 que, s'il est impossible de comparer le placement non convenable avec un placement convenable qui a été recommandé à l'investisseur par le conseiller, mais qu'il apparaît évident que l'investisseur aurait modifié ses placements, l'OSBI utilisera des indices courants ou d'autres titres, tels l'indice S&P/TSX composé ou l'indice S&P 500. Ces indices peuvent être raisonnablement représentatifs d'un portefeuille de croissance à risque moyen.

7.5. FAIR Canada abonde dans le sens du mémoire de Kenmar Associates selon lequel, si un portefeuille hypothétique est utilisé, il faut prendre en considération le rééquilibrage du portefeuille pendant la période visée par le différend, et les frais médians d'un fonds indiciel ou les coûts et frais associés à un FNB indiciel devraient être appliqués puisqu'il n'y a pas de coûts ni de frais associés aux indices bruts et que ce ne sont pas des instruments de placement. Une telle approche serait plus équitable pour la société et pour l'investisseur.

7.6. Le guide de calcul des indemnisations du Financial Ombudsman Service britannique dans les dossiers de plaintes liées aux placements dit ceci :

Dans d'autres cas, cependant, il peut ne pas y avoir de preuve concluante quant au placement convenable qui aurait été choisi si le consommateur n'avait pas opté pour le placement non convenable. Dans ces cas, à moins que les circonstances n'indiquent autrement, nous accordons généralement une

indemnisation en fonction d'un rendement en capital théorique équivalent aux taux de base de la Banque d'Angleterre durant la période pertinente, plus 1 %.

[TRADUCTION]¹⁶

Le Royaume-Uni semble préférer utiliser la méthode présentée dans l'option 3 du Document de consultation dans de tels cas, plutôt que celle de l'option 5.

- 7.7. Selon FAIR Canada, la question de savoir s'il sera plus « équitable et raisonnable » de calculer les pertes en fonction d'un fonds indiciel ou d'un placement de la catégorie des titres à revenu fixe (ou d'un autre type de placement) dépendra de tous les faits et circonstances de la plainte.

Option des intérêts

- 7.8. L'OSBI utilisera l'option des intérêts si elle n'est pas en mesure de déterminer de façon raisonnable les placements convenables qui auraient été détenus par l'investisseur. Il calculera des intérêts à un taux réaliste sur le montant qui a été investi, par exemple une indemnisation pour le montant des pertes de placement, plus des intérêts calculés en fonction du taux d'un bon du Trésor du Canada à 90 jours (option 3 décrite à la page 13 du Document de consultation). FAIR Canada est d'accord qu'il s'agit d'une approche raisonnable.

8. Limitation des pertes et répartition du préjudice appropriées dans certaines situations

- 8.1. FAIR Canada convient que, dans certaines situations, l'investisseur peut avoir une responsabilité de limiter ses pertes à partir du moment où il connaît le problème, et nous pensons que les facteurs énumérés à la page 14 du Document de consultation, bien qu'ils ne soient pas exhaustifs, sont à prendre en considération pour déterminer si l'investisseur avait la responsabilité d'agir pour limiter ses pertes d'après les faits propres au cas.
- 8.2. Par exemple, si la décision d'acheter le placement provient de l'investisseur, que le conseiller recommandait de ne pas procéder à l'achat et a expliqué pourquoi et que l'investisseur a néanmoins insisté pour exécuter l'opération, alors l'investisseur est responsable de l'achat du placement non convenable.
- 8.3. Un consommateur peut réduire ou anéantir ses chances d'être indemnisé s'il est téméraire, imprudent ou ne prend pas de mesures raisonnables pour limiter ses pertes. FAIR Canada fait cependant remarquer que tous les faits et circonstances doivent être pris en considération pour déterminer s'il y a eu un défaut d'agir pour limiter les pertes. Cette détermination ne devrait pas être fondée sur une norme objective considérant qu'une personne raisonnable « aurait dû savoir » qu'elle devrait vendre le placement pour empêcher des pertes additionnelles ou les limiter. Il faudrait plutôt utiliser une norme subjective, basée sur le client concerné et tenant compte de tous les faits propres au cas, dont les facteurs suivants : l'âge de l'investisseur, la mesure dans

¹⁶ Note 9 ci-dessus, page 1.

laquelle il se fait au conseiller et sa compréhension des relevés de compte fournis; ce que le conseiller a dit au client à différents moments; et la capacité de l'investisseur de repérer et de décrire un problème et de prendre des mesures, en fonction de ses connaissances. Pour en venir à une détermination équitable, l'Ombudsman doit tenir compte de tous les faits et circonstances expliquant pourquoi un investisseur n'a pas vendu un mauvais placement afin de limiter ses pertes.

- 8.4. En ce qui concerne le septième facteur présenté à la page 14, FAIR Canada prétend qu'il est inexact de dire qu'un « investisseur a ratifié un achat en continuant de détenir un placement non convenable alors qu'il savait que le placement n'était pas convenable ». Il peut être approprié de déterminer que, à un moment donné dans le temps, l'investisseur avait clairement la responsabilité de limiter ses pertes en vendant le placement, mais, de la même manière que la transmission d'informations ne rend pas convenable une recommandation qui ne l'est pas, le seul fait qu'un investisseur ait continué à détenir un placement non convenable ne devrait pas être suffisant pour considérer qu'il a ratifié un achat.
- 8.5. FAIR Canada recommande que l'OSBI consulte d'autres ombudsmans des services financiers de premier plan comme ceux du Royaume-Uni et de l'Australie pour évaluer leurs approches de la limitation des pertes dans le processus d'évaluation des pertes et les comparer à la sienne. Dans le document britannique intitulé *Calculating redress in investment complaints*¹⁷, il n'est nulle part question de limitation des pertes si le consommateur détient toujours le placement non convenable, et le calcul correspondra à la différence entre le rendement réel du placement non convenable et le rendement qu'aurait produit le placement convenable de rechange, à la date à laquelle la société verse l'indemnité.
- 8.6. FAIR Canada appuie les éléments que cite Kenmar Associates dans la première annexe de son mémoire daté du 3 juin 2011, au sujet de la détermination d'une date de limitation appropriée.¹⁸

Exemple de limitation des pertes

- 8.7. Dans l'exemple donné aux pages 15 et 16 du Document de consultation, l'investisseur s'est fait vendre des placements à risque élevé non convenables alors qu'il n'avait qu'une tolérance moyenne du risque. L'investisseur était incapable de reconnaître que les placements étaient mal adaptés. Il est devenu préoccupé par l'ampleur des fluctuations qu'il constatait dans son compte et en a fait part à son conseiller, qui l'a assuré que les placements étaient convenables. « Si le niveau de fluctuation est tel que l'investisseur commence à douter ou aurait dû commencer à douter de l'assurance obtenue de son conseiller (p. ex., en obtenant une autre opinion ou en prenant d'autres mesures pour vérifier si ses placements sont convenables), nous pourrions

¹⁷ Note 9 ci-dessus.

¹⁸ Kenmar Associates, *OBSI Consultation Paper – Suitability and Loss Assessment Process* (3 juin 2011), en ligne : <http://www.obsi.ca/images/document/Kenmar_Associates___Comment_Letter_June_2011.pdf>.

déterminer qu'à partir d'une certaine date, l'investisseur aurait dû entreprendre des démarches relativement à ses placements non convenables, et que la firme ne devrait pas indemniser l'investisseur pour le préjudice financier subi après cette date. »¹⁹

- 8.8. FAIR Canada pense que, compte tenu de la confiance des investisseurs envers leurs conseillers, il n'est pas raisonnable d'attendre – et il doit arriver rarement – qu'un investisseur mette en doute les assurances obtenues de son conseiller. La détermination d'une date de limitation basée sur le moment où un investisseur aurait dû « mettre en doute » son conseiller ne devrait s'appliquer que dans les cas les plus patents, où il aurait dû être évident pour l'investisseur, vu ses connaissances et son expérience, qu'il devait prendre des mesures pour vérifier la convenance du placement. Dans les rares cas où un investisseur obtiendra une deuxième opinion, il lui faudra du temps pour consulter quelqu'un d'autre et pour que cette tierce partie détermine que le placement n'est pas convenable. Cela doit être pris en compte dans tout cas où il faut déterminer la date à partir de laquelle l'investisseur pouvait prendre des mesures pour limiter son préjudice financier.

Répartition du préjudice financier

- 8.9. FAIR Canada est d'accord que l'OSBI doit considérer « si l'investisseur savait qu'un placement ou une stratégie n'était pas convenable depuis le tout début ou dès le moment de la recommandation, ou encore s'il avait les connaissances suffisantes pour connaître le problème, et qu'il n'a pas pris les mesures raisonnables pour poser des questions ou pour résoudre la problématique afin de limiter son préjudice financier potentiel »²⁰; cela s'apparente à de la négligence de la victime. Il faut distinguer entre un tel cas et une situation où l'investisseur ne sait pas depuis le tout début que le placement n'est pas convenable, mais finit par s'en rendre compte et a la responsabilité d'agir pour limiter ses pertes.

Exemple de répartition du préjudice financier

- 8.10. Dans l'exemple de répartition du préjudice financier donné à la page 15 du Document de consultation, le conseiller a manqué à son obligation réglementée d'informer le client des frais qu'il pouvait encourir pendant qu'il détenait le placement, y compris des options de frais qui s'offraient à lui pour ce placement. Si le conseiller avait rempli ses responsabilités, le placement choisi n'aurait pas été un fonds assujetti à des frais de souscription reportés (frais de rachat) sur sept ans puisque l'investisseur avait un horizon de placement de trois ans. L'investisseur avait déjà acheté un fonds assujetti à des frais de rachat et connaissait les conséquences d'un rachat anticipé, et l'OSBI considère donc qu'il avait la responsabilité de s'objecter ou de questionner le conseiller quant aux frais de rachat ou aux autres options de frais offertes. L'OSBI imputerait donc une part de responsabilité à l'investisseur pour les frais encourus lors du rachat du placement.

¹⁹ Note 11 ci-dessus, page 16.

²⁰ Note 11 ci-dessus, page 15.

8.11. FAIR Canada estime que cette approche permet au conseiller et à sa société de s'en tirer sans conséquence alors qu'ils ont manqué à leurs responsabilités en vertu des lois et règlements sur les valeurs mobilières. Le conseiller, dont on doit supposer qu'il était au fait de l'horizon de placement de trois ans, n'aurait jamais dû recommander et acheter le fonds commun de placement assujéti à des frais de rachat, encore moins sans discuter d'abord des frais de rachat avec l'investisseur. Qui plus est, l'investisseur pouvait présumer, ayant indiqué son horizon de trois ans, que le conseiller tiendrait compte de cette donnée et ne lui vendrait pas le fonds assujéti à des frais de rachat. FAIR Canada n'est pas d'accord, d'après les faits de l'exemple donné, qu'il serait équitable et raisonnable d'imputer une part de responsabilité au consommateur et de réduire le montant de l'indemnité recommandée.

8.12. FAIR Canada croit aussi que cela pourrait être un exemple de cas où la possibilité pour le conseiller de maximiser sa propre rémunération l'a conduit à agir d'une manière contraire aux intérêts de son client.

9. Évaluation de l'indemnité définitive

9.1 L'OSBI indique qu'il peut dans certains cas recommander que la société verse des intérêts sur les pertes indemnisables. FAIR Canada convient que des intérêts peuvent aussi faire partie d'une indemnisation équitable compte tenu des circonstances. Nous pensons qu'il serait utile que l'OSBI donne plus de détails sur la manière dont il détermine si des intérêts seront ou non versés et qu'il précise dans quelles circonstances respectives il calcule les intérêts sur les pertes réelles (option 2) et sur le montant investi de façon non convenable (option 3).

10. Pertes non financières

10.1. Le point B.7. de la ligne directrice n^o 5 du Cadre pour la collaboration²¹ indique qu'il peut être recommandé que la société prenne des mesures spéciales pour régler le problème, notamment l'indemnisation de pertes non financières.²² Les pertes ou préjudices peuvent inclure des pertes non financières telles que des répercussions sur la santé émotionnelle, psychologique et physique de l'investisseur. Subir des pertes financières importantes dues à des actes ou à des omissions d'un conseiller ou d'une société peut entraîner des préjudices non financiers tels que de la souffrance morale, des problèmes médicaux ou l'incapacité de fonctionner normalement au travail. Certains groupes, dont les personnes âgées, peuvent être plus susceptibles d'être affectés par des pertes non financières.

10.2. L'OSBI a publié un document intitulé *Approche de l'OSBI relative aux pertes non financières*²³ qui explique les types de pertes non financières pour lesquels il peut recommander une indemnisation. Ce document indique que l'OSBI peut recommander une indemnisation pour détresse ou inconvénients, atteinte à la réputation, abaissement

²¹ Note 6 ci-dessus.

²² Note 6 ci-dessus.

²³ OSBI, *Approche de l'OSBI relative aux pertes non financières* (septembre 2007), en ligne : https://www.obsi.ca/images/document/up-OBSI_PNFin_Sept_2007.pdf.

de la cote de solvabilité ou perte de vie privée. L'OSBI peut recommander une telle compensation même en l'absence de pertes financières directes.

10.3. L'OSBI explique qu'un dédommagement ne sera pas recommandé pour les inconvénients auxquels on peut normalement s'attendre dans le cadre d'une relation d'affaires, ni à l'égard du temps et des efforts requis pour formuler une plainte, à moins que les inconvénients ne dépassent ce qu'il juge raisonnable dans les circonstances. L'OSBI indique également qu'il ne considère pas les questions de santé telles que le stress ou d'autres problèmes médicaux dans l'évaluation des pertes non financières. Il ne considère pas non plus les demandes de dédommagement pour souffrances et douleurs. De manière générale, l'indemnisation recommandée se situe entre 100 \$ et 5 000 \$, mais dans la plupart des cas elle est inférieure à 1 000 \$.

10.4. L'OSBI tiendra aussi compte d'autres facteurs, à savoir si la perte non financière a duré longtemps et a été grave, en conséquence de difficultés financières inutiles, si le processus de plainte a été inutilement difficile ou long et si le client a contribué à la perte non financière.

10.5. FAIR Canada recommande que l'OSBI envisage d'élargir la portée des pertes non financières pour lesquelles il recommande un dédommagement (détresse, inconvénients, atteinte à la réputation et perte de vie privée) pour y inclure les souffrances et douleurs. L'ombudsman du Royaume-Uni a le pouvoir d'accorder une indemnisation pour « toute autre perte ou tout dommage d'un type spécifié » [TRADUCTION].²⁴ Ces recommandations prévoient une indemnisation pour souffrances et douleurs, détresse et inconvénients ou d'autres pertes non financières.²⁵ Dans la plupart des cas, le montant accordé est inférieur à 300 livres (environ 460 \$CA), mais, dans un petit nombre de cas exceptionnels, il dépasse 1 000 livres (environ 1 530 \$CA). Les cas impliquant des souffrances et douleurs sont dits susceptibles de conduire à des indemnisations plus élevées.

FAIR Canada appuie les commentaires sur l'approche de l'évaluation de la convenance et des pertes formulés dans le mémoire de la Small Investor Protection Association (SIPA).

Nous vous remercions de prendre en considération les commentaires et opinions exprimés dans cette lettre. Nous acceptons volontiers que cette dernière soit publiée et serions heureux d'approfondir le sujet avec vous au moment qui vous conviendra.

Sincèrement,



Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs

²⁴ Se reporter au paragraphe 229(3) de la loi intitulée *Financial Services and Markets Act 2000*.

²⁵ Note 3 ci-dessus, point 3.7.2.