10 MAI 2018

Entrée en vigueur imminente des nouvelles règles relatives à la garde des actifs des clients

Auteur : A. Timothy Baron

L'été dernier, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les « ACVM ») ont publié la version définitive des modifications touchant les obligations des personnes inscrites en matière de garde des actifs des clients, entre autres modifications, aux termes du *Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*. Les règles relatives à la garde des actifs des clients, y compris les actifs de fonds d'investissement, entreront en vigueur le 4 juin 2018.

En plus de résumer les modifications relatives à ces nouvelles obligations de garde, nous avons relevé les mesures que toutes les sociétés inscrites devraient prendre pour s'assurer que ces obligations sont respectées. Nous recommandons aux sociétés inscrites de passer en revue leurs ententes de garde, l'information à fournir à leurs clients, leurs conventions de courtage de premier ordre et contrats de garde, et leurs politiques et procédures concernant la garde des actifs des clients.

Sommaire des modifications relatives à la garde

Le texte qui suit est un sommaire des modifications relatives aux nouvelles obligations de garde :

1. La société inscrite ne peut agir à titre de dépositaire des fonds ou des titres d'un client ou d'un fonds d'investissement que si les conditions suivantes sont remplies :

    a. elle est une banque canadienne, une société de fiducie possédant des capitaux propres d'au moins 10 millions de dollars ou un courtier en placement membre de l'OCRCVM qui est autorisé à détenir les actifs des clients

    b. elle a instauré des politiques et des procédures pour gérer les risques liés à cette garde pour le client

    c. elle a indiqué le lieu et le mode de détention de ces actifs et les risques et les avantages qu'ils comportent.

2. La société inscrite qui choisit le dépositaire ou qui a accès aux actifs d'un client est généralement tenue de recourir à un « dépositaire canadien »[1] pour détenir ces actifs et peut confier la garde des fonds à une institution financière canadienne.

    a. La présente modification ne s'applique pas à la société inscrite à l'égard de ce qui suit :

        i. les actifs d'un client déposés auprès d'un courtier à titre de marge pour des opérations à l'extérieur du Canada ou des options sur contrats à terme, à condition que la société inscrite prenne des mesures pour s'assurer que les registres du détenteur des actifs indiquent que le client est le propriétaire véritable des actifs

        ii. les actifs d'un client que le client a grevé d'une sûreté dans le cadre d'une opération portant sur des dérivés, à condition que la société inscrite prenne des mesures pour s'assurer que les registres du détenteur des actifs indiquent que le client est le propriétaire véritable des actifs

        iii. les actifs d'un client déposés à titre de sûreté, à l'égard d'une vente de titres à découvert, auprès d'un courtier à l'extérieur du Canada, à condition que certaines conditions soient remplies.

b. La garde des fonds et des titres d'un client d'une personne inscrite peut être confiée à un « dépositaire étranger »[2] si, selon une personne raisonnable, cela est plus avantageux pour le client que de recourir à un dépositaire canadien.

c. Le « dépositaire qualifié »[3] et la banque domiciliaire de compte doivent être indépendants de la personne inscrite, à moins que certaines conditions, comme les conditions applicables aux dépositaires autonomes prévues à l'article 1 qui précède, ne soient remplies.

3. La société inscrite visée aux articles 1 et 2 qui précèdent doit prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que les fonds et les titres d'un client ou d'un fonds d'investissement sont inscrits dans les registres du dépositaire qualifié ou de l'institution financière canadienne qui les détient sous un numéro de compte ou une autre désignation qui montre de façon suffisante qu'ils sont la propriété véritable du client ou du fonds d'investissement, sauf dans les cas suivants :

a. dans le cas de fonds détenus dans un compte ouvert au nom de la société inscrite, ils sont détenus séparément de ses propres biens dans un compte en fiducie désigné pour le client ou le fonds d'investissement

b. dans le cas de fonds ou de titres détenus aux fins de négociation en bloc, ils sont détenus en fiducie pour le client ou le fonds d'investissement au nom de la société inscrite et sont transférés dans le compte du client ou du fonds d'investissement par le dépositaire ou la banque domiciliaire de compte dès que possible après une opération.

4. Les articles 1 et 2 qui précèdent ne s'appliquent pas à certains clients ou à l'égard de certains actifs. Plus particulièrement, les obligations de garde par un dépositaire susmentionnées ne s'appliquent pas à l'égard de ce qui suit :

a. l'organisme de placement collectif assujetti au Règlement 81-102 ou le fonds d'investissement dont les titres sont placés au moyen d'un prospectus

b. les titres inscrits au nom du client dans les registres de l'émetteur ou de l'agent des transferts de l'émetteur

c. les fonds et les titres d'un client autorisé qui n'est pas une personne physique ni un fonds d'investissement si le client autorisé a reconnu que les obligations de garde prescrites s'appliqueraient normalement

d. certaines sûretés garantissant des opérations portant sur des dérivés prévues par le *Règlement 94-102 sur la compensation des dérivés et la protection des sûretés et des positions des clients*

e. certains titres attestant une créance garantie par une hypothèque.

5. La société inscrite qui est autorisée à détenir les actifs d'un client conformément à l'article 1 qui précède prend les mesures suivantes :

a. elle les détient séparément de ses propres biens

b. elle les détient en fiducie pour le client

c. le cas échéant, elle détient les fonds dans un compte en fiducie désigné auprès d'un dépositaire canadien ou d'une institution financière canadienne sauf si, selon une personne raisonnable, il est plus avantageux pour le client de recourir à un dépositaire étranger.

6. La société inscrite doit fournir à ses clients l'information suivante :

a. l'indication du lieu et une description générale du mode de détention des actifs

b. une description des risques et des avantages que le lieu et le mode de détention comportent pour le client

c. si la société inscrite a accès aux actifs d'un client, une description de la façon dont elle peut y avoir accès, ainsi qu'une description des risques et des avantages que le mode d'accès comporte pour le client.

Comment faut-il se préparer?

Nous recommandons aux sociétés inscrites de prendre les mesures suivantes pour s'assurer de respecter les nouvelles obligations :

- Les gestionnaires de fonds d'investissement privés et de comptes gérés devraient, s'ils ne l'ont pas déjà fait, évaluer leurs ententes actuelles visant la garde des actifs des clients. Il est probable que la plupart des actifs sont déjà détenus par un «dépositaire qualifié» étant donné la définition large donnée à ce terme dans le Règlement 31-103. Toutefois, les personnes inscrites devront mettre à jour l'information à fournir concernant la garde des actifs des clients et la transmettre à leurs clients. Les nouvelles obligations d'information, mentionnées à l'article 6 qui précède, devront être examinées par les professionnels des domaines de placement, de l'exploitation et juridique de la société, particulièrement si la société a recours à des dépositaires étrangers.
- Certaines des entités qui détiennent des fonds et des titres pour les clients d'une personne inscrite pourraient ne pas être des dépositaires qualifiés aux termes des nouvelles règles. Nous sommes particulièrement préoccupés par les dépositaires étrangers qui ne sont pas membres du groupe d'une banque ou d'une société de fiducie canadienne ou d'une banque ou d'une société de fiducie étrangère et qui ne possèdent pas des capitaux propres correspondant au moins à 100 millions de dollars canadiens. Si un dépositaire étranger ne remplit pas le critère des capitaux propres minimaux, le critère peut être rempli si la banque ou la société de fiducie affiliée qui remplit le critère des capitaux propres minimaux garantit les obligations du dépositaire. La personne inscrite qui a des doutes quant au statut de dépositaire qualifié d'une entité qui détient des actifs de clients sera tenue d'établir de nouvelles relations qui sont conformes aux exigences des nouvelles règles.
- Les nouvelles règles de garde nécessitent également un examen des ententes contractuelles conclues avec les courtiers de premier ordre, les dépositaires et les banques domiciliaires de compte qui détiennent des fonds et des titres de clients. Les personnes inscrites devraient s'assurer que tous les comptes sont ouverts et tenus au nom du fonds ou d'un autre bénéficiaire. L'*Instruction générale relative au Règlement 31-103* prévoit en outre que les autorités canadiennes en valeurs mobilières s'attendent à ce que les gestionnaires de fonds d'investissement évaluent si le dépositaire qu'ils nomment exerce toute la diligence et la compétence raisonnables voulues dans la sélection et la surveillance de ses sous-dépositaires, si les sous-dépositaires correspondent à la définition d'un «dépositaire qualifié», si les ententes de séparation appropriées sont observées tout au long de la chaîne de garde des actifs du portefeuille du fonds d'investissement, si leurs contrats de garde prévoient des questions essentielles comme le lieu de détention des actifs du portefeuille, la nomination d'un sous-dépositaire, le mode de détention des actifs du portefeuille, la norme de diligence du dépositaire et la responsabilité en cas de perte. Bien que nous nous attendions à ce que la plupart des conventions de courtage de premier ordre, des contrats de garde et des autres conventions de compte de titres prévoient les questions précédentes, il est peu probable que les personnes inscrites aient une grande influence sur la façon dont leurs contreparties exercent leurs activités et répartissent le risque afin de se conformer au Règlement 31-103. En somme, le mieux que la personne inscrite peut faire est de fournir plus d'information à ses clients au sujet des questions soulevées par les autorités canadiennes en valeurs mobilières et des risques connexes.
- Pour terminer, toutes les personnes inscrites devraient mettre à jour leurs politiques et procédures en ce qui concerne la garde des actifs des clients, le processus et les exigences de conclusion de nouvelles ententes de garde des actifs des clients et l'examen de ces ententes.

[1]«Dépositaire canadien» s'entend d'une banque canadienne, d'une société de fiducie créée et réglementée au Canada, d'un membre du groupe d'une banque ou d'une société de fiducie canadienne ou d'un courtier en placement membre de l'OCRCVM.

[2]«Dépositaire étranger» s'entend d'une entité qui est constituée dans un pays étranger, est réglementée en tant qu'institution bancaire ou que société de fiducie dans un pays étranger et possède des capitaux propres d'au moins 100 millions de dollars, d'un membre du groupe d'une des entités précédentes ou d'une société étrangère affiliée à une banque canadienne, à une société de fiducie canadienne ou à un courtier inscrit auprès de l'OCRCVM.

[3]«Dépositaire qualifié» s'entend d'un dépositaire canadien ou d'un dépositaire étranger.

Personnes-ressources : A. Timothy Baron et Olivier Désilets

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.

© 2024 DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG S.E.N.C.R.L., s.r.l.