

# Actualités - Services Financiers

Février 2003

## Une banque et son impartiteur n'ont pas besoin d'un permis d'assurance provincial pour vendre une assurance solde de carte de crédit

*Bank of Nova Scotia and Optima Communications Canada Inc.  
c. Superintendent of Financial Institutions, Financial Institutions  
Commission and Attorney General of British Columbia*

[2003] BCCA 29 (décision non publiée rendue le 20 janvier 2003 par le juge Finch, juge en chef de la Colombie-Britannique, et par les juges Prowse et Low)

DANS CETTE AFFAIRE importante, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné la portée des pouvoirs réglementaires des provinces sur les activités d'une banque et de ses représentants en télémarketing qui vendent une assurance solde de carte de crédit. Cette décision pourrait avoir des conséquences importantes sur la portée de l'immunité dont les banques, en tant qu'institutions financières de compétence fédérale, jouissent à l'égard de la réglementation provinciale. Toutefois, comme il est possible de donner à l'interprétation de cette décision une portée plus limitée, il faut se garder de conclure que les banques sont soustraites à l'application des lois provinciales pour tous les services financiers.

Cette décision est aussi intéressante pour les entreprises qui fournissent des services d'impartition aux banques et aux autres entités de compétence fédérale, puisque, dans cette

affaire, ces entreprises ont pu, jusqu'à un certain point, profiter du traitement accordé à la Banque. Toutefois, il est prématuré de conclure que ces mandataires seront toujours soustraits à l'application de la réglementation provinciale simplement parce que les entreprises fédérales pour lesquelles ils travaillent l'auraient été si elles avaient exercé ces activités elles-mêmes.

### Les activités de la Banque et d'Optima

La Banque de Nouvelle-Écosse (la « Banque ») et son impartiteur, Optima Communications Canada Inc. (« Optima ») vendent par sollicitation téléphonique des assurances solde de crédit sur la carte Scotia Visa à certains clients de la Banque en les invitant à souscrire à la police d'assurance collective de la Banque. Cette police offre une couverture du solde impayé de la carte de crédit si le client meurt, s'il devient invalide ou s'il perd son emploi. Le surintendant des institutions financières de la Colombie-Britannique était d'avis que cette

MONTRÉAL

TORONTO

OTTAWA

CALGARY

VANCOUVER

NEW YORK

LONDRES

HONG KONG

SYDNEY

activité était illégale puisque ni la Banque, ni Optima ou leurs employés respectifs ne détenaient le permis de sollicitation de demandes d'assurance qu'exige la *Financial Institutions Act* (la « FIA » ou la « Loi ») (Colombie-Britannique). Le juge du tribunal de première instance donna raison à cet argument.

### Arguments en appel

La Banque et Optima ont soulevé plusieurs arguments dans le cadre de leur appel, qui a été accueilli :

1. Il convient d'interpréter la FIA de façon à ce que la Banque soit exemptée de son application, de sorte que la Loi ne s'applique pas non plus à Optima.
2. Si la FIA s'applique aux activités de la Banque et d'Optima, ces dernières en sont soustraites à cause du principe de l'exclusivité des compétences.
3. La FIA entre en conflit avec la Loi sur les banques et son règlement. La FIA ne s'applique donc pas à cause de la règle de la prépondérance du pouvoir législatif fédéral.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté tous ces arguments.

### La FIA s'applique-t-elle à la Banque et à Optima?

Une série d'arguments complémentaires supportait le premier argument concernant la raison pour laquelle la FIA exemptait à sa face même la Banque de son application. Ces arguments visaient aussi à démontrer qu'Optima était exemptée de l'application de la FIA soit par le libellé même de la FIA, soit en raison de l'exemption dont bénéficiait la Banque. Ces arguments sont expliqués ci-après. La Cour les a tous acceptés sauf le premier.

#### *Selon la Cour d'appel, la Banque et Optima sont des « agents d'assurance » aux fins de la FIA - Exemptions refusées*

La FIA s'applique seulement aux « agents d'assurance », tel que ce terme est défini dans la Loi. Le premier argument de la Banque et d'Optima était donc qu'elles n'étaient pas des agents d'assurance. Elles ont soutenu qu'elles faisaient seulement *adhérer* des personnes à une police d'assurance collective *existante*, tandis que la définition traite de la vente de *nouveaux* contrats d'assurance par un intermédiaire qui représente un assureur. La Cour d'appel a rejeté cet argument, notant qu'aux termes de la définition, un agent d'assurance inclut toute personne qui [TRADUCTION] « sollicite, obtient ou reçoit des demandes d'assurance ». Selon la Cour d'appel, cette définition très englobante est compatible

avec le régime général de la FIA, qui a une très large portée et régleme toutes les activités de sollicitation, pour ensuite accorder une exemption à certaines catégories de personnes. La seule fin des textes préparés avec soin utilisés par les représentants en télémarketing d'Optima, textes qui étaient révisés et approuvés par la Banque, était d'inviter et d'encourager les clients de la Banque à souscrire à l'assurance solde de carte de crédit. Il s'agissait donc de sollicitation d'assurance.

#### *La Banque est exemptée parce que ses activités étaient accessoires aux activités courantes des banques*

La Banque a toutefois convaincu la Cour d'appel en ce qui a trait à son deuxième argument d'interprétation. La FIA exempte les banques, leurs dirigeants et leurs employés de l'exigence d'obtenir un permis [TRADUCTION] « lorsqu'ils agissent comme agents dans le cadre d'une assurance crédit accessoire aux activités courantes de la [...] banque » (alinéa 171(3)(i) de la FIA). Il n'était pas contesté que le produit était une assurance crédit. La Banque avait perdu sur ce point devant le tribunal de première instance parce que l'assurance était sollicitée *après* la délivrance de la carte de crédit. Puisqu'il n'y avait pas de lien temporel entre la sollicitation et les opérations bancaires, la sollicitation n'était pas « accessoire ». La Cour d'appel a étudié le sens donné dans la jurisprudence au mot « accessoire » et a conclu qu'il signifiait [TRADUCTION] « relié d'une façon significative » et que cette définition incluait une activité subordonnée à une activité principale. Ce sens n'exigeait pas qu'il y ait un lien temporel. L'assurance solde de carte de crédit facilitait les opérations de crédit de la banque et du client d'une façon significative et était donc accessoire aux activités de la Banque. La Banque pouvait donc invoquer cette exemption.

#### *Optima n'a pas commis d'infraction parce que ses représentants en télémarketing étaient aussi des employés de la Banque*

L'exemption dont bénéficie la Banque peut-elle aussi être accordée à Optima? La Cour d'appel a statué que le mot « banque » dans l'alinéa 171(3)(i) de la FIA ne pouvait comprendre une entité agissant au nom de la Banque. Optima était donc assujettie à la FIA. Toutefois, même si Optima ne pouvait bénéficier directement d'une exemption, elle pouvait profiter de l'exemption de la Banque en faisant valoir avec succès qu'elle ne contrevenait pas à la FIA. Optima a insisté en appel sur le fait que les représentants en télémarketing qu'elle avait engagés devaient être traités comme des employés de la Banque à cause de l'autorité que la Banque exerçait sur eux. Optima a soutenu que, pour cette raison, ses employés

pouvaient profiter de l'exemption de la Banque. Optima ne contrevenait donc pas à la FIA puisque cette entreprise n'employait pas des personnes qui vendaient de l'assurance sans détenir le permis requis.

La Cour d'appel a accepté cet argument. En examinant l'état de service des agents de télémarketing, le juge en chef Finch a établi certains principes très intéressants pour les entreprises d'impartition. Premièrement, il a déclaré qu'une personne peut être l'employé d'une ou de plusieurs entreprises en ce qui a trait à la même activité. Il a aussi affirmé que le sens du mot « employé » est intimement lié au contexte; l'objectif de la loi permet de déterminer si une relation particulière cadre avec la définition de ce terme. Selon la Cour d'appel, l'intention de la FIA était d'accorder une exemption non seulement à la banque, mais aussi aux personnes qui aident la banque à solliciter des demandes d'assurance, sur qui la banque exerce un contrôle et qui pourraient autrement être visées par la définition d'« agent d'assurance ». Pour avoir droit à cette exemption, une personne doit agir pour le compte d'une banque et sous son autorité dans tous les aspects du programme de télémarketing.

Dans cette affaire, il y avait suffisamment d'éléments de contrôle pour satisfaire à ce critère. Optima engage des personnes spécialement pour la Banque et selon un profil d'emploi approuvé par la Banque. La Banque a le droit d'approuver l'embauche des nouveaux employés et peut demander que certaines personnes soient retirées du programme. La Banque a l'autorité sur la formation des agents de télémarketing. Elle contrôle et surveille aussi le processus d'appels téléphoniques. La Banque a conçu le texte (avec l'aide d'Optima et d'un consultant) et révisé et approuvé toute modification à ce texte. La Banque prépare les relevés informatiques afin de surveiller quels titulaires de carte sont appelés. On peut donc conclure que les employés d'Optima étaient aussi des employés de la Banque et qu'ils pouvaient aussi profiter de l'exemption.

***Autant la Banque qu'Optima ont droit à une exemption parce que l'assurance crédit est vendue accessoirement à l'octroi du crédit***

Le *Insurance Licensing Exemption Regulations* (alinéa 2(c) de la FIA) prévoit que l'exigence d'obtention de permis ne s'applique pas à une personne dont la seule activité en tant qu'agent d'assurance est [TRADUCTION] « reliée à une assurance crédit vendue accessoirement à l'octroi du crédit par cette personne ou par l'employeur de cette personne ». Pour des raisons similaires à celles qui s'appliquent dans le cas de l'alinéa 171(3)(c) de la

FIA, la Banque pouvait se servir de cette exemption, et Optima pouvait faire valoir que l'autorité de la Banque sur le processus accordait une exemption aux représentants en télémarketing en tant qu'employés de la Banque. Il était donc impossible qu'Optima enfreigne la Loi.

## **Exclusivité des compétences**

Puisqu'elles ont été plaidées, la Cour d'appel a aussi examiné les questions constitutionnelles : l'immunité inter-juridictionnelle (ci-après) et la prépondérance du fédéral (dernière rubrique).

### ***Position de la Banque***

Une institution de compétence fédérale, comme une banque, est assujettie aux lois provinciales d'application générale, en autant que l'application de ces lois n'empiète pas sur une partie essentielle d'un domaine de compétence fédérale. On appelle cette règle le ***principe de l'immunité inter-juridictionnelle***. Il faut donc se demander si l'activité d'assurance crédit se situe au cœur de la compétence fédérale sur les banques. En d'autres mots, il faut se demander s'il s'agit d'une activité fondamentale des banques. Après avoir examiné la jurisprudence sur la portée de la compétence fédérale sur les banques, la Cour d'appel a conclu que les principes suivants supportaient la conclusion selon laquelle l'exclusivité des compétences s'appliquait aux activités d'assurance de la Banque :

1. La compétence fédérale sur les banques a une portée très vaste;
2. La nature de cette compétence n'est pas figée et doit refléter les conditions changeantes; et
3. La prise d'une sûreté relève de cette compétence.

La Cour a conclu que l'assurance solde de carte de crédit, qui désigne la Banque comme bénéficiaire, fournit une garantie à la Banque pour un crédit procuré au client. Un régime d'octroi de permis, qui permet à la province de décider qui obtient le permis et sous quelles conditions et qui pourrait empêcher une banque d'obtenir une garantie d'une certaine façon, pourrait affecter une partie vitale des affaires des banques. Donc, le régime de permis de la FIA ne s'applique pas à la Banque et le surintendant des institutions financières de la Colombie-Britannique n'a pas le pouvoir d'exiger que la Banque possède un tel permis. Des considérations de principe favorisaient aussi cette approche puisque le fait d'assujettir les banques à la réglementation des différentes provinces mènerait à de l'incertitude et à des litiges interminables. Ces questions se règlent plus facilement par un contrôle uniforme.

En soi, la décision de la Cour d'appel sur ce point n'est pas particulièrement radicale. Personne ne doute que l'octroi de prêts et la prise de sûretés pour garantir ces prêts font partie des activités principales d'une banque. Le fait d'accorder l'immunité aux activités de prêts n'a rien d'extraordinaire. Par contre, on pourrait prétendre qu'en rattachant le principe d'immunité à la portée de la compétence sur les banques (qui est très vaste) et à son évolution, la Cour d'appel ouvre la porte à l'application du principe d'immunité à d'autres catégories de services financiers fournis par les banques, allant du courtage hypothécaire aux opérations sur titres.

### ***Position d'Optima***

Chose plus surprenante, la Cour d'appel a conclu qu'Optima pouvait aussi profiter de l'immunité inter-juridictionnelle. Lorsqu'une activité est exclusivement de compétence fédérale, il importe peu que l'entité fédérale mène cette activité par l'entremise de ses propres employés ou d'autres représentants. (Il faut toutefois noter que, contrairement aux arguments basés sur l'interprétation de la FIA, cet argument ne reposait pas sur la question de savoir si les employés d'Optima étaient des employés de la Banque.)

### **Les pouvoirs en matière d'assurance conférés par la *Loi sur les banques* et l'argument de la prépondérance**

La règle de la prépondérance ne s'appliquait pas à la présente situation puisque la Cour d'appel a conclu que la province n'avait pas la compétence nécessaire pour réglementer cette activité. La Cour a quand même commenté cette règle.

La règle de la prépondérance s'applique lorsqu'il y a un chevauchement entre la réglementation provinciale et fédérale. Les lois peuvent coexister sauf si elles entrent en conflit. S'il y a un conflit, la loi fédérale rend la loi provinciale inopérante dans la mesure de ce conflit.

Le régime de la *Loi sur les banques* prévoit que les banques ne peuvent entreprendre des activités d'assurance, sauf celles permises par la loi ou par ses règlements (paragraphe 416(1)). Il y a aussi une interdiction absolue d'agir comme « agent » dans la souscription d'assurance (paragraphe 416(2)). La Cour a conclu que cela s'appliquait à une relation d'agence formelle, ce qui signifie qu'une banque ne peut lier une partie à un contrat d'assurance.

Le *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques)* (fédéral) permet à une banque d'administrer certains types d'assurance, d'en faire la promotion à ses clients et de leur donner des

conseils. L'assurance solde de carte de crédit est un des types d'assurance autorisés puisqu'il s'agit d'une combinaison de l'assurance invalidité du créancier, de l'assurance-vie du créancier et de l'assurance crédit en cas de perte d'emploi. Le juge du tribunal de première instance avait conclu que les activités de télémarketing dépassaient les activités de « promotion » permises de ce type d'assurance. Encore une fois, la Cour d'appel n'était pas d'accord. La Cour d'appel a conclu que le sens ordinaire de « promouvoir » englobait les activités visant la vente d'un produit ou d'un service. Compte tenu de l'interdiction d'agir en tant qu'agent, on sous-entendait toute activité visant la vente mais qui ne liait pas une partie à la police. Puisque la compagnie d'assurance a le pouvoir d'approuver la demande et qu'elle délivre le certificat d'assurance, la Cour d'appel a conclu que la Banque et Optima ne liaient pas l'assureur. La Banque et Optima exerçaient des activités expressément autorisées par la *Loi sur les banques*. La règle de la prépondérance empêchait donc l'application du régime d'octroi des permis de la FIA à la Banque.

Concernant cet argument, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si Optima pouvait tout de même être assujettie à la FIA. Compte tenu de la conclusion sur l'argument de l'exclusivité des compétences, la Cour a peut-être estimé qu'il était inutile de traiter de cette question probablement plus difficile à trancher. Il faut se garder de conclure que les mandataires des banques sont soustraits à la réglementation provinciale simplement parce que la *Loi sur les banques* couvre les champs d'activité des banques. En fait, le raisonnement de la Cour sur l'interprétation de la FIA, dont il est question précédemment, indique le contraire puisque Optima ne pouvait être considérée comme « la banque » au sens de l'alinéa 171(3)(i) de la FIA.

---

*Si vous désirez obtenir de l'information additionnelle concernant ce bulletin, n'hésitez pas à communiquer avec l'une des personnes suivantes:*

#### **MONTRÉAL**

**Marc Barbeau**  
mbarbeau@stikeman.com

**(514) 397-3212**

#### **TORONTO**

**Margaret Grottenhaler**  
mgrottenhaler@stikeman.com

**(416) 869-5686**

**Peter Hamilton**  
phamilton@stikeman.com

**(416) 869-5564**