

Dossier du TSF N° 10028/1998

Décision n° I0028-1998-1

TRIBUNAL DES SERVICES FINANCIERS

CONCERNANT la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, chap. I.8, («la loi»), telle que modifiée par la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, chap. 28;

ET CONCERNANT l'interdiction imposée par la directrice générale et surintendante, Services financiers, le 18 septembre 1998, à la Compagnie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada conformément au paragraphe 110 (7) de la loi;

ET CONCERNANT l'appel interjeté aux termes de l'article 17 de la loi.

ENTRE :

COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE TRANSAMERICA DU CANADA

Appelant

- et -

SURINTENDANTE DES SERVICES FINANCIERS

Intimée

DEVANT : Eileen E. Gillese, présidente

Joseph Martin, membre
C.S. (Kit) Moore,
membre

ONT COMPARU :

Pour l'appelant :
M^e Paul J. Bates
M^e Darren J.
Noseworthy

Pour l'intimée :
M^e John T. Petrosoniak

Date de l'audience : 9 décembre 1998

North York (Ontario)

Date de la décision : 28 janvier 1999

North York (Ontario)

MOTIFS DE LA DÉCISION

Nature de l'appel

La Compagnie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada («Transamerica») interjette appel d'une interdiction datée du 18 septembre 1998 («l'interdiction») que la surintendante des services financiers («la surintendante») a imposée pour empêcher Transamerica d'émettre un contrat à prestations variables appelé «BPI Legacy Funds™ Annuity Contract» (contrat de rentes du Fonds Héritage BPI) («le contrat»). Le contrat comprend une option qui permet à l'assuré de négocier avec un distributeur les frais d'acquisition à l'adhésion jusqu'à concurrence d'un maximum établi par Transamerica.

Conformément au paragraphe 110 (7) de la loi, la surintendante a imposé l'interdiction parce que le contrat permettrait aux assurés de négocier des commissions. Il serait alors possible que des particuliers appartenant à la même catégorie et ayant la même espérance de vie payent des primes différentes pour le même montant d'assurance ou achètent différents montants d'assurance pour la même prime. La surintendante a jugé que cela représenterait une «discrimination injuste entre des particuliers de la même catégorie et ayant la même espérance de vie, en ce qui concerne soit le montant, soit le paiement, [...] de primes», et déterminé que le contrat tombe sous le coup de l'alinéa 438 b), qui définit les «actes ou pratiques malhonnêtes ou mensongers», et de l'article 439, qui les interdit.

Transamerica demande au Tribunal des services financiers («le Tribunal») d'accueillir l'appel et d'annuler l'interdiction imposée par la surintendante avec dépens.

Le contrat

Un contrat à prestations variables désigne une entente écrite qui régit la participation d'un assuré à un fonds. Les sommes que contient le fonds peuvent être affectées à l'achat d'unités hypothétiques dans un ou plusieurs fonds distincts. Chaque fonds investit la totalité de son actif net dans un fonds commun de placement conventionnel, géré en l'espèce par la société BPI Capital Management. Les actifs des fonds appartiennent à Transamerica et sont distincts de ses autres actifs. Au moment pertinent, il y avait 11 de ces fonds.

Aux termes du contrat, l'assuré peut faire des dép_t_s selon l'une des deux options suivantes : (i) frais d'acquisition différés ou (ii) frais d'acquisition à l'adhésion. Si l'assuré choisit les frais d'acquisition différés, le montant complet de son dép_t est affecté au contrat, et Transamerica verse une commission de 5 % au distributeur. En vertu de cette option, l'assuré doit conserver son investissement dans le contrat pendant au moins 6 ans, faute de quoi il devra payer des droits de rachat au taux stipulé dans le contrat.

Si l'assuré choisit les frais d'acquisition à l'adhésion, les frais qu'il a négociés sont déduits du montant remis pour dép_t et versés au distributeur par Transamerica au nom de l'assuré. Cette option permet à l'assuré de négocier les frais d'acquisition et de transférer son investissement en tout temps sans devoir payer de droits de rachat. Transamerica a établi le maximum des frais d'acquisition à l'adhésion pour différents placements gradués.

Transamerica soutient que l'élément négociable de l'option de frais d'acquisition à l'adhésion donne de la souplesse aux assurés et que le plafond fixé pour ces frais représente une protection suffisante. Transamerica prévoit que les assurés qui déposent des sommes importantes négocieront une réduction des frais d'acquisition à l'adhésion par rapport à ceux qui déposent de petits montants. Elle prévoit également que le choix d'un assuré concernant le montant des frais d'acquisition à l'adhésion à payer reposera sur des facteurs personnels, par exemple, le fait que le contrat ait été ou non enregistré dans le cadre d'un RER, le niveau de liquidités nécessaires pour interrompre et transférer les dép_t_s, et sur les préférences de l'assuré. Le montant des frais d'acquisition à l'adhésion que payent les assurés ne serait pas toujours fonction du montant de leur dép_t initial.

Transamerica soutient également qu'il est nécessaire d'offrir l'option des frais d'acquisition à l'adhésion pour faciliter la distribution du contrat et le faire connaître auprès des consommateurs, car ce contrat serait distribué notamment par des agents titulaires de permis en vertu des lois sur l'assurance et des lois sur les valeurs mobilières. C'est donc dire que les clients éventuels pourraient acheter des contrats à prestations variables ou des fonds communs de placement auprès du même distributeur. L'harmonisation des structures de frais d'acquisition à l'adhésion avec les produits concurrents de fonds communs de placement devrait permettre aux consommateurs de comparer plus facilement les deux produits.

Décision de la surintendante

En décembre 1997, Transamerica a déposé le dossier de renseignements relatif au contrat à la Commission des assurances de l'Ontario ainsi qu'aux organismes de réglementation des assurances en Colombie-Britannique, en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard, à Terre-Neuve, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest. Conformément à

l'article 3.8 des *Lignes directrices de l'ACCAP applicables aux contrats individuels à capital variable afférents aux fonds distincts* adoptées par règlement dans chaque province *Règl. de l'Ont. 132/97*, les organismes de réglementation des assurances devaient vérifier la conformité des documents aux lois provinciales sur les assurances et fournir un récépissé dans les 30 jours. Le contrat de Transamerica a été approuvé sans restriction par les organismes de réglementation des assurances en Colombie-Britannique, en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard, à Terre-Neuve, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest.

Le surintendant intérimaire de l'Ontario («le surintendant intérimaire») a remis un récépissé conditionnel à Transamerica relativement au contrat, comprenant la limite suivante :

[traduction]

Le présent récépissé est délivré à la condition qu'aucun contrat assorti d'une option de frais d'acquisition à l'adhésion ne soit vendu en Ontario sans l'autorisation de la Commission des assurances de l'Ontario.

Le surintendant intérimaire a remis à Transamerica un récépissé mis à jour assorti des trois conditions suivantes :

- (i) Transamerica traitera les frais d'acquisition à l'adhésion comme non négociables entre le proposant ou le titulaire du contrat et un distributeur en attendant qu'un tribunal ou un organisme de réglementation compétent en Ontario juge que l'article 439 de la loi n'interdit pas la perception de frais sur les premiers versements négociables en vertu de contrats individuels à prestations variables;
- (ii) Les frais d'acquisition maximums de tous les fonds (sauf le fonds distinct Bons du Trésor de BPI) est de 5 % du montant total reçu (ou 5,26 % du montant net reçu). Pour le fonds distinct Bons du Trésor de BPI, les frais d'acquisition maximums sont de 2 % du montant total reçu (ou 2,04 % du montant net reçu);
- (iii) Transamerica peut, de temps à autre, imposer des frais d'acquisition selon une fourchette, pourvu que ces frais soient uniformes partout en Ontario.

Transamerica a interjeté appel de la décision du surintendant intérimaire à la Commission des assurances, demandant que ces conditions soient supprimées. L'appel avait pour but de demander que la commissaire des assurances délivre un récépissé inconditionnel, soit à titre de surintendante des services financiers, fonction exercée à compter du 1^{er} juillet

1998, soit à titre de commissaire des assurances ayant juridiction d'appel.

La surintendante a exercé le pouvoir que lui confère l'article 110 de la loi en sa qualité de surintendante des services financiers afin de fournir un récépissé inconditionnel à Transamerica relativement au contrat tout en imposant l'interdiction suivante relative à ce contrat :

Ce qui nous préoccupe en l'espèce c'est qu'un assureur qui offre des commissions négociables se livrera à une discrimination injuste entre des particuliers de la même catégorie et ayant la même espérance de vie en imposant des primes différentes à des personnes d'une même catégorie. Ces personnes ont le droit de s'attendre à ce que les autres personnes de cette catégorie payent les mêmes commissions. Leur capacité de négocier ou leur connaissance du fait qu'il est possible de négocier ne contribue en rien à la compétitivité sur le marché et ne vient pas améliorer la confiance des consommateurs dans l'industrie de l'assurance-vie.

Conformément au paragraphe 110 (7) de la loi, **j'ordonne que Transamerica n'émette pas les contrats à prestations variables BPI Legacy Funds Annuity Contracts (contrats de rentes Fonds Héritage BPI) assortis d'une commission négociable offerte aux titulaires éventuels.**

La correspondance échangée entre les avocats de Transamerica et ceux de la surintendante démontre clairement que la surintendante a fondé sa décision d'imposer l'interdiction sur l'alinéa 438 b) de la loi et les documents que Transamerica a déposés aux fins de l'appel.

L'appel

La présente affaire étant la première cause dont est saisi le Tribunal, il faut régler certaines questions de procédure. Il serait peut-être utile que le Tribunal donne son avis sur ces questions. Lors de la conférence préparatoire à l'audience, l'avocat de la surintendante a pressé la présidente de traiter cet appel comme une affaire de première instance. Il voulait appeler des témoins et présenter des preuves que la surintendante n'avait pas entendues et auxquelles, évidemment, Transamerica n'avait pas eu l'occasion de répondre. La présidente a décidé que cette cause serait traitée comme un appel.

D'entrée de jeu, le Tribunal a remarqué qu'en l'espèce, la surintendante avait rendu une décision, qui fait d'ailleurs l'objet du présent appel. La procédure à suivre dans une audience en appel est en général très différente de celle d'une audience de première instance. La présente affaire procède de l'article 17 qui l'identifie expressément comme un appel :

art. 17 (1) Si un appel est prévu, les personnes touchées par une décision du surintendant peuvent interjeter appel de cette décision devant le Tribunal.

[...]

(3) Le Tribunal tient une audience d'appel.

[...]

(5) Le Tribunal qui entend l'appel peut, par ordonnance, confirmer, modifier ou infirmer la décision qui fait l'objet de l'appel ou substituer sa décision à celle du surintendant.

Les dispositions de l'article 17 contredisent directement d'autres dispositions de la loi qui ont trait au rôle du Tribunal lorsque la surintendante décide de délivrer un avis d'intention. En d'autres termes, la loi prévoit deux processus décisionnels différents. Dans un cas, la surintendante ne prend pas réellement de décision mais avise plutôt une partie qu'elle a l'intention de prendre une décision par l'entremise d'un avis d'intention. Si la partie concernée souhaite contester l'affaire, le Tribunal doit tenir une audience. Il est fort probable que dans de tels cas, le Tribunal tiendra effectivement une audience et traitera l'affaire comme une cause de première instance. La surintendante n'ayant pris aucune décision dans de tels cas, le Tribunal devient alors l'organe décisionnel de première instance et doit adopter les procédures qui s'imposent.

Dans d'autres situations, comme la présente affaire, la loi demande à la surintendante de prendre une décision, après quoi la loi accorde à la partie concernée le droit d'interjeter appel. Le Tribunal est alors appelé à agir comme organisme d'appel, non comme organe décisionnel de première instance. Par conséquent, la procédure à adopter sera celle qui convient à un appel.

Il serait insensé que le Tribunal fasse fi du pouvoir décisionnel de la surintendante et entende l'audience à partir de zéro. Aux termes de l'article 17, le Tribunal doit examiner la décision qu'a prise la surintendante et les documents sur lesquels elle s'est appuyée, afin de déterminer s'il faut confirmer, modifier ou infirmer la décision. Pour déterminer la procédure qui s'impose, nous avons fait fond sur le sens fondamental du mot «appel» et sur le fait que la loi prévoit un processus différent lorsque la surintendante délivre un avis d'intention. En outre, si le Tribunal devait prendre une décision à partir de zéro, il pourrait

miner le fonctionnement de la Commission. Les parties jugeraient superflu le pouvoir décisionnel de la surintendante et, partant, consacraient peu de temps à présenter leur cause devant la surintendante ou, au contraire, elles se prépareraient avec diligence en vue d'une audience de première instance devant la surintendante et de nouveau pour une audience de première instance devant le Tribunal, ce qui entraînerait inévitablement des coûts supplémentaires et des retards, ainsi que des doubles emplois inutiles puisqu'une audience complète aurait lieu aux deux paliers.

Selon le libellé de la loi, et compte tenu du fait qu'il a été décidé de traiter la présente affaire comme un appel, nous croyons que la procédure que nous avons choisie est appropriée, équitable et efficace, et qu'elle tient compte comme il se doit du rôle et du pouvoir décisionnel de la surintendante.

Dispositions pertinentes de la loi

art. 110 (1) Définition -- La définition qui suit s'applique au présent article.

«contrat à prestations variables» S'entend du contrat de rentes ou d'assurance-vie pour lequel le montant de la totalité ou d'une partie des réserves varie selon la valeur marchande d'un groupe précis d'éléments d'actif détenus dans une caisse séparée et distincte. L'expression s'entend en outre de la clause d'un contrat d'assurance-vie permettant la retenue, à des fins de placement dans une telle caisse, de la participation aux bénéfices de la police ou des sommes dues en vertu de la police.

(2) **Interdiction** -- L'assureur ne doit pas émettre de contrats à prestations variables ni offrir de conclure des contrats à prestations variables qui, en vertu de la présente loi, seraient réputés conclus en Ontario, avant qu'il n'ait été déposé auprès du surintendant un exemplaire de la formule utilisée pour ces contrats, un dossier de renseignements s'y rapportant et les autres documents que peuvent prescrire les règlements, ni avant d'avoir reçu, à cet égard, un récépissé du surintendant.

(3) **Forme des contrats** -- La forme des contrats à prestations variables et des dossiers de renseignements s'y rapportant doivent être conformes aux exigences de la partie V de la présente loi et des règlements.

(4) **Contenu des dossiers de renseignements** -- Le dossier de renseignements comporte la divulgation franche et concise de tous les faits substantiels concernant le contrat à prestations variables, et comprend un certificat attestant ces faits et portant la signature du directeur général et celle du directeur des finances de l'assureur, ou des personnes que précisent les règlements.

(5) **Remise d'un exemplaire du dossier de renseignements** -- L'assureur ne peut accepter de proposition relative à un contrat à prestations variables avant d'avoir remis au proposant un exemplaire du plus récent dossier de renseignements pertinent déposé

auprès du surintendant.

(6) Nouveaux dossiers de renseignements -- Tant que l'assureur continue d'émettre des contrats à prestations variables pour lesquels il a déposé un dossier d'information, il est tenu d'en déposer un nouveau auprès du surintendant :

- a) sans délai, après la survenance d'un changement important du contrat ou d'autres faits précisés au dernier dossier de renseignements;
- b) dans les treize mois qui suivent la date de dépôt du dernier dossier de renseignements ou dans le délai que fixent les règlements.

(7) Interdiction -- Lorsqu'il semble au surintendant :

- a) soit que le dossier de renseignements ou un autre document que l'assureur a déposé auprès du surintendant relativement à un contrat à prestations variables :
 - (i) ou bien n'est pas conforme, de façon importante, aux exigences de la présente loi ou des règlements,
 - (ii) ou bien contient une promesse, une estimation, une illustration ou des prévisions qui sont trompeuses, fausses ou mensongères,
 - (iii) ou bien dissimule ou omet d'énoncer un fait substantiel nécessaire pour enlever tout caractère trompeur à une déclaration qu'il renferme, à la lumière des circonstances qui prévalaient au moment de la faire;
- b) soit que la situation financière de l'assureur ou ses méthodes de fonctionnement relatives à l'émission de ses contrats à prestations variables n'assureront pas une protection adéquate aux souscripteurs éventuels de ces contrats en Ontario,
le surintendant peut interdire à l'assureur de continuer à émettre de tels contrats en Ontario.

438. Définitions -- Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«actes ou pratiques malhonnêtes ou mensongers» S'entend notamment :
[...]

- b) de toute discrimination injuste entre des particuliers de la même catégorie et ayant la même espérance de vie, en ce qui concerne soit le montant, soit le paiement, soit le remboursement de primes ou les cotisations perçues par l'assureur en vertu de contrats d'assurance-vie

ou de rentes, soit la participation aux bénéfices ou à d'autres prestations servis en vertu de ces contrats, soit les conditions de ces contrats,

[...]

439. Interdiction -- Nul ne doit se livrer à des actes ou à des pratiques malhonnêtes ou mensongers.

Questions soulevées par les parties

Les parties ont soulevé un certain nombre de questions, dont deux, selon le Tribunal, sont primordiales pour la présente affaire, à savoir :

Les frais négociables d'acquisition à l'adhésion prévus dans le contrat constituent-ils au sens de l'alinéa 438 b) de la loi une «discrimination» contre des «particuliers de la même catégorie et ayant la même espérance de vie»?

Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle «malhonnête» au sens de l'alinéa 438 b) de la loi et constitue-t-elle de ce fait un acte ou une pratique malhonnête ou mensonger au sens de l'article 439?

Ces deux questions sont tellement tributaires l'une de l'autre que nous les analysons ensemble.

La loi ne définit pas «discrimination». Cependant, nous considérons généralement la discrimination comme un acte que poserait un assureur de manière à traiter différemment les particuliers d'une même catégorie et ayant une même espérance de vie. En l'espèce, Transamerica ne traite pas les particuliers différemment, en ce que les frais d'acquisition à l'adhésion doivent être négociés par l'assuré avec le distributeur selon une limite maximum établie par Transamerica. C'est donc dire que ce n'est pas l'acte que pose Transamerica qui est discriminatoire. À la rigueur, la discrimination, telle qu'elle est définie supra, à savoir, traiter différemment des particuliers d'une même catégorie et ayant une même espérance de vie, est fonction du choix de l'assuré.

La possibilité de traitement inégal, bien qu'elle procède du choix de l'assuré, signifie-t-elle que le contrat est discriminatoire? D'une part, la souplesse et le choix qu'offre l'option de frais d'acquisition à l'adhésion sont à l'opposé de la discrimination. Cette opinion repose sur la notion selon laquelle il y a discrimination lorsque des torts ou un fardeau sont imposés par une partie à des particuliers de la même catégorie et ayant la même espérance de vie. D'autre part, il y a discrimination lorsque des particuliers de la même catégorie et ayant la même espérance de vie sont traités différemment, même si ces particuliers sont parties prenantes au processus qui a mené à la différence de traitement et qu'ils aient fait des choix concernant ce processus.

Les assurés qui choisissent les frais d'acquisition à l'adhésion sont différents et présentent rarement des caractéristiques communes au regard de la catégorie et de l'espérance de vie. On ne peut pas dire que les assurés appartiennent à la même catégorie quand les services qu'ils reçoivent sont différents ou que la valeur de l'assurance qu'ils achètent est différente. Les différences dans les frais négociés d'acquisition à l'adhésion procèdent généralement d'un choix personnel, qui peut être influencé par la valeur des services fournis par les distributeurs ainsi que par d'autres circonstances particulières ayant trait au portefeuille de placement de chaque assuré. Les assurés n'accordent pas nécessairement la même valeur aux services de leur distributeur, même s'ils déposent la même contrepartie totale en vertu de leur contrat. Un assuré peut compléter un fonds existant tandis que pour un autre, il peut s'agir d'un dép_t initial. Il ne peut y avoir de discrimination dans ces circonstances.

Aucune preuve n'a été présentée à la surintendante pour laisser entendre que beaucoup d'assurés, le cas échéant, auraient présenté les mêmes caractéristiques personnelles et les mêmes besoins en services, auraient investi les mêmes montants totaux, etc. À moins que tous ces facteurs ne soient identiques, ces particuliers n'appartiennent pas à la même catégorie et n'ont pas la même espérance de vie, si bien qu'il n'y a pas de discrimination. Même s'ils appartiennent à la même catégorie et ont la même espérance de vie, rien ne laisse croire qu'ils seront incapables de négocier les mêmes frais d'acquisition à l'adhésion. L'interdiction comporte une prime fixe payable par des assurés dont les différences surpassent les caractéristiques communes. Une telle ordonnance semble aller trop loin.

De même, nous constatons que l'option de frais d'acquisition à l'adhésion ne constitue pas une discrimination parce que le montant que l'assuré devra payer dépend de ses choix concernant la valeur qu'il accorde aux services du distributeur. Le montant négocié ne constitue pas un élément imposé du contrat mais procède d'un choix exercé dans un marché où les consommateurs peuvent profiter de la concurrence entre différents contrats à prestations variables et fonds communs de placement.

Le paragraphe 110 (7) de la loi dispose que la surintendante *peut* imposer une interdiction lorsque le contrat ou le dossier de renseignements «n'est pas conforme, *de façon importante*, aux exigences de la [...] loi». De toute évidence, la surintendante n'était pas obligée d'imposer l'interdiction, mais avait le choix de le faire. Or, nous ne sommes pas convaincus que ce choix était tout à fait judicieux en ce que le contrat, s'il n'est pas conforme, ne l'est pas «de façon importante». Quoiqu'il en soit, nous jugeons l'imposition d'une interdiction disproportionnée en ce qu'elle inflige à Transamerica des conséquences majeures, qui sont elles-mêmes disproportionnées par rapport aux avantages que le public pourrait en retirer. La surintendante a imposé l'interdiction en se fondant sur des préoccupations concernant les torts hypothétiques qu'auraient pu subir un petit nombre d'utilisateurs non identifiés. Dans de telles circonstances, les avantages que le public pourrait tirer du contrat l'emportent sur les torts hypothétiques qui pourraient découler de

frais négociables d'acquisition à l'adhésion compris dans un contrat à prestations variables.

Notre décision ne laisse pas le public sans protection puisque la surintendante a le pouvoir de rendre une ordonnance de cesser et s'abstenir conformément à l'article 441 de la loi. Si l'on constate que les torts possibles sont généralisés, une ordonnance d'interdiction pourrait être plus efficace. Compte tenu du nombre très réduit de situations où des torts pourraient être causés, l'approche prévue à l'article 441 semble offrir toute la protection voulue.

Cependant, il est crucial que Transamerica précise clairement que les frais d'acquisition à l'adhésion sont négociables. À l'heure actuelle, cette caractéristique est mentionnée en petits caractères, dans un contrat détaillé. Les consommateurs doivent être informés que les frais d'acquisition à l'adhésion sont négociables et ce fait doit être communiqué clairement et en caractères gras à la première page du contrat et de toute autre documentation. En outre, il serait judicieux qu'un avis à cet effet soit affiché dans le bureau des agents qui offrent ce produit. La surintendante devrait prendre les mesures qu'elle juge nécessaires pour s'assurer que tous les renseignements pertinents sont divulgués.

CONCLUSION

Pour ces raisons, l'appel est accueilli et l'interdiction imposée par la surintendante est annulée. Aucune ordonnance n'est prise quant aux coûts.

Fait le 28 janvier 1999 à North York (Ontario).

"Eileen E. Gillese"

Eileen E. Gillese
Présidente

"Joseph Martin"

Joseph Martin
Membre

"C.S. (Kit) Moore"

C.S. (Kit) Moore
Membre

