

IN THE MATTER OF the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, as amended;

and

IN THE MATTER OF the complaint made by Mr. Michael G. Bates, of Islington, Ontario, alleging discrimination in the right to contract and services, goods and facilities by the Zurich Insurance Company, 188 University Avenue, Toronto, Ontario

Ontario Human Rights Commission Appellant

v.

Zurich Insurance Company Respondent

and

Michael G. Bates Complainant

and

Commission des droits de la personne du Québec and Alberta Human Rights Commission Intervenors

INDEXED AS: ZURICH INSURANCE CO. v. ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

File No.: 21737.

1991: November 5; 1992: June 25.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Human rights — Discrimination on basis of sex, age and marital status — Insurance — Young unmarried male drivers charged higher car insurance premiums

DANS L'AFFAIRE DU *Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53, et modifications;

^a et

DANS L'AFFAIRE DE la plainte déposée par M. Michael G. Bates, de la ville

^b d'Islington (Ontario), alléguant la discrimination relativement à son droit à un traitement égal en matière de contrats et de services, de biens ou d'installations par

^c Zurich Insurance Company, 188, avenue University, Toronto (Ontario)

Commission ontarienne des droits de la personne Appelante

^d c.

Zurich Insurance Company Intimée

^e et

Michael G. Bates Plaignant

^f et

Commission des droits de la personne du Québec et Alberta Human Rights

^g **Commission Intervenantes**

RÉPERTORIÉ: ZURICH INSURANCE CO. c. ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)

^h **Nº du greffe: 21737.**

1991: 5 novembre; 1992: 25 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droits de la personne — Discrimination fondée sur le sexe, l'âge et l'état matrimonial — Assurance — Jeunes conducteurs célibataires tenus de payer des primes

than similarly situated females or married males — Insurance industry exempted from Act if grounds reasonable and bona fide — Whether or not reasonable and bona fide grounds — Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 3, 8, 21, 24(1)(b), 46(3).

A Board of Inquiry, appointed pursuant to the Ontario *Human Rights Code, 1981*, upheld a complaint made in May, 1983, that the respondent insurer engaged in prohibited discriminatory practices in that young, single, male drivers were charged higher car insurance rates than young, single, female drivers or, young, married, male drivers or any drivers 25 years of age or over. The complainant alleged denial of the right to contract on equal terms without discrimination and of the right to equal treatment in services.

Respondent conceded that the classification system upon which its premiums were based constituted a *prima facie* infringement of the Code but argued that the distinction between classes of drivers was based on reasonable and *bona fide* grounds and therefore fell within the exception provided by s. 21 of the Code.

The Board of Inquiry found that the Code had been contravened but the Divisional Court and the Court of Appeal held otherwise. At issue here was whether differentiation in automobile insurance rates based upon age, sex and marital status was reasonable and *bona fide* within the meaning of s. 21 of the *Human Rights Code, 1981*.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: The determination of insurance rates and benefits does not fit easily within traditional human rights concepts. The underlying philosophy of human rights legislation is that an individual has a right to be dealt with on his or her own merits and not on the basis of group characteristics. Exceptions to this legislation should be narrowly construed. Insurance rates, however, are based on statistics relating to the degree of risk associated with a class or group of persons. Although not all persons in the class share the same risk characteristics, it is wholly impractical that each insured be assessed individually. Sometimes the class or group classification chosen will coincide with a prohibited ground of dis-

d'assurance-automobile plus élevées que les hommes mariés ou les femmes dans une situation analogue — Industrie de l'assurance exemptée de l'application de la Loi pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi — Les motifs sont-ils justifiés de façon raisonnable et de bonne foi? — Code des droits de la personne (1981), L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 3, 8, 21, 24(1)b), 46(3).

Une commission d'enquête, constituée conformément au *Code des droits de la personne (1981)*, a accueilli une plainte, déposée en mai 1983, alléguant que l'assureur intimé se livrait à des pratiques discriminatoires interdites en fixant des taux d'assurance-automobile plus élevées pour les jeunes conducteurs célibataires que pour les jeunes conductrices célibataires, les jeunes conducteurs mariés de sexe masculin et les conducteurs de plus de 25 ans. Le plaignant alléguait aussi la violation de son droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination et de son droit à un traitement égal en matière de services.

L'intimé reconnaît que le système de classification à partir duquel elle calcule ses primes est une violation *prima facie* du Code, mais prétend que son système établit des distinctions entre des catégories de conducteurs pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, et relève donc de l'exception prévue à l'art. 21 du Code.

La commission d'enquête a conclu qu'il y avait eu contravention au Code, mais la Cour divisionnaire et la Cour d'appel n'étaient pas de cet avis. Le présent pourvoi vise à déterminer si les différences de taux d'assurance-automobile fondés sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, sont justifiées de façon raisonnable et de bonne foi au sens de l'art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)*.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci: La détermination des taux et des prestations d'assurance ne se rattache pas facilement aux concepts traditionnels des droits de la personne. La philosophie sous-jacente des lois sur les droits de la personne est qu'une personne a le droit d'être traitée selon ses propres mérites et non en fonction des caractéristiques d'un groupe. Les exceptions à ces lois doivent s'interpréter restrictivement. Toutefois, les taux d'assurance sont calculés à partir de statistiques ayant trait au degré de risque présenté par une catégorie ou un groupe de personnes. Bien que toutes les personnes d'une même catégorie ne possèdent pas les mêmes caractéristiques du point de vue du risque, il

crimination, bringing the rating scheme into conflict with human rights legislation. The Code, however, exempts an insurer from liability for discrimination if based on reasonable and *bona fide* grounds.

An important principle of insurance practice is that premiums charged to individual policy holders vary as much as possible in accordance with the degree of risk posed by the policy holder. The degree of risk is necessarily determined on the basis of groups sharing characteristics material to the risk. Inevitably, some will be placed in a group who do not share the average characteristics of that group with the result that the rate discriminates against them. The basic human rights principles must take into account these differences when applied in the context of insurance.

Section 21 provides a defence to a *prima facie* discriminatory practice if reasonable and *bona fide* grounds for that practice exist. A discriminatory practice is "reasonable" within the meaning of s. 21 of the Code (a) if it is based on a sound and accepted insurance practice, and (b) if there is no practical alternative. A practice is sound if it is desirable to adopt it for the purpose of achieving the legitimate business objective of charging premiums that are commensurate with risk. The availability of a practical alternative is a question of fact to be determined having regard to all of the facts of the case. The practice, to meet the test of "*bona fides*", must be adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code.

Human rights values cannot be over-ridden by business expediency alone. To allow "statistically supportable" discrimination would undermine the intent of human rights legislation which attempts to protect individuals from collective fault. It would also perpetuate traditional stereotypes with all of their invidious prejudices. Whether there was an alternative, which in all the circumstances was practicable, must be considered.

serait tout à fait irréaliste de procéder à l'évaluation individuelle de tous les assurés. Parfois, la classification en catégories ou en groupes coïncidera avec un motif interdit de discrimination, et entraînera un conflit entre le régime d'établissement des primes et la législation des droits de la personne. Le Code ne tient pas un assureur responsable de discrimination si elle est fondée sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi.

En matière d'assurance, il existe un principe important qui veut que les primes imposées aux titulaires de police concordent le mieux possible avec le risque que présente le titulaire de la police. Il est nécessaire de classer les degrés de risques en fonction de groupes de personnes qui possèdent des caractéristiques similaires déterminantes à ce point de vue. Il est inévitable que certaines personnes seront classées dans un groupe avec lequel elles ne partagent pas les caractéristiques moyennes et les taux ainsi établis seront donc discriminatoires envers ces personnes. Les principes fondamentaux en matière de droits de la personne doivent tenir compte de ces différences lorsqu'ils sont appliqués dans le contexte des assurances.

L'article 21 offre un moyen de défense relativement à une pratique *prima facie* discriminatoire si cette pratique existe pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi. Une pratique discriminatoire est «raisonnable» au sens de l'art. 21 du Code, a) si elle se fonde sur une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances; et b) s'il n'existe pas d'autre solution pratique. Une pratique est solidement fondée si l'on estime souhaitable de l'adopter pour atteindre l'objectif commercial légitime d'imposer des primes proportionnelles au risque. L'existence d'une autre solution pratique est une question de fait qu'il faut trancher en tenant compte de tous les faits de l'affaire. Afin de satisfaire au critère de la «bonne foi», la pratique doit avoir été adoptée honnêtement, d'une façon conforme à des pratiques commerciales solidement fondées et reconnues, et non dans le but de porter atteinte aux droits garantis par le Code.

Les droits de la personne ne peuvent être écartés pour des raisons uniquement commerciales. Autoriser une pratique discriminatoire «statistiquement défendable» aurait pour effet de porter atteinte au but des lois sur les droits de la personne, qui tentent de protéger les personnes contre la faute collective. Une telle pratique ne ferait que perpétuer les stéréotypes traditionnels avec tous leurs préjugés insidieux. Il faut déterminer s'il existe une autre solution pratique applicable dans toutes les circonstances.

Setting premiums on a basis that did not rely on the classifications then in use was not a practical alternative for the industry. It would have been even more impractical for the respondent unilaterally to adopt its own classifications based on non-discriminatory criteria because actuarially reliable figures, based on only its own data, were impractical or impossible to obtain. The fact that it was theoretically possible to collect data based on other criteria does not establish that reasonable alternatives to the current system exist. In the absence of alternative criteria to set premiums, it was unreasonable to expect Zurich to simply guess at an equitable distribution of premiums among the consumers it insured.

To require an insurer to establish that the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics for its rate classification system is too high a standard and is not required by s. 21. This standard ascribes too narrow a meaning to what constitutes a practical alternative. An alternative may be impractical even though its adoption would not undermine the very essence of a business. Furthermore, this standard tended to minimize the importance of the statutory framework within which the industry and the respondent were required to operate.

The insurance industry must be allowed time to determine whether it can restructure its classification system in a manner that will eliminate discrimination based on enumerated group characteristics and still reflect the disparate risks of different classes of drivers. While the situation as it existed in 1983 did not provide a reasonable alternative to setting premiums based on age, sex and marital status, the situation today and in the future may be quite different. The insurance industry must strive to avoid setting premiums based on enumerated grounds.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Legislation prohibiting discrimination must be broadly construed using a purposive approach and defences to discrimination must be narrowly construed. Section 21, which allows discrimination if "reasonable and *bona fide*" grounds exist, must therefore be narrowly construed. The party seeking to justify discrimination against an individual must show that there is no reasonable or prac-

L'établissement des primes en fonction de critères non fondés sur les classifications alors en usage ne constituait pas une solution de rechange pratique pour l'industrie. Il aurait été encore moins pratique pour l'intimée d'adopter unilatéralement ses propres classifications fondées sur des critères non discriminatoires parce qu'elle n'aurait pu obtenir des chiffres fiables du point de vue actuariel à partir de ses propres données seulement. Le fait qu'il était possible en théorie de recueillir des données fondées sur d'autres critères n'établit pas l'existence de solutions raisonnables autres que l'utilisation du système actuel. En l'absence d'autres critères pour la fixation des primes, il est déraisonnable de s'attendre que Zurich fasse une simple estimation d'une distribution équitable des primes entre les consommateurs qu'elle assure.

Exiger d'un assureur qu'il établisse que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées s'il ne pouvait plus utiliser de caractéristiques discriminatoires pour son système de classification des primes est une norme trop exigeante qui n'est pas requise par l'art. 21. Cette norme donne une interprétation trop étroite de ce qui constitue une solution de rechange pratique. Une solution pourrait ne pas être pratique même si son adoption ne risque pas d'ébranler les fondations mêmes d'une entreprise. Cette norme a tendance à minimiser l'importance du cadre législatif à l'intérieur duquel l'industrie et l'intimée devaient fonctionner.

Il faut accorder à l'industrie des assurances suffisamment de temps pour déterminer si elle peut restructurer son système de classification d'une façon qui éliminera la discrimination fondée sur des caractéristiques particulières d'un groupe, tout en tenant compte des différents risques que présentent les différentes catégories de conducteurs. Bien que la situation qui existait en 1983 n'ait pas conduit à l'adoption d'une solution autre que l'établissement des primes fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, la situation pourrait bien être différente aujourd'hui et dans l'avenir. L'industrie des assurances doit chercher à éviter de fixer des primes fondées sur des motifs interdits.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les lois anti-discriminatoires doivent recevoir une interprétation large dans le cadre d'une analyse en fonction de leur objectif et il faut interpréter restrictivement les justifications invoquées à l'égard d'une mesure discriminatoire. L'article 21, qui autorise la discrimination pour des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi», doit en conséquence s'interpréter restrictivement. La partie qui cherche à justifier une mesure discriminatoire contre une personne doit établir qu'il n'existe pas

tical alternative. The rule will not be *bona fide* if one exists.

The test for "reasonable and *bona fide* grounds" should be based on the test established for employment situations. The terms "reasonable and *bona fide*" are stronger than the single term "*bona fide*". The protection of individual rights is equally important in employment and insurance contexts.

A two-pronged test with subjective and objective components should be adopted. The subjective component requires that a distinction in an insurance contract based on age, sex, marital status, family status or handicap be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such distinction accurately reflects the cost of the risk insured, rather than for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. The objective component requires that the distinction be reasonably necessary to assure the proper allocation of risk among insured groups. Any rational connection must causally link distinction and the insured risk and must be more than a statistical correlation or a simple reliance on traditional or accepted insurance practices which may be nonetheless needlessly discriminatory. The distinction must also be a reasonable means of identifying and classifying similar risks.

Respondent, given a *prima facie* case of discrimination, must demonstrate the "reasonable and *bona fide* grounds" underlying the discriminatory classification system. The first, subjective component of the applicable test was met as the respondent used its discriminatory classification system in good faith. The objective component, however, was not met. The respondent's conclusion that a rational connection existed since the evidence demonstrated a statistical correlation between young, single males and high risk is dangerously and fundamentally flawed. The mere statistical correlation between a group and higher risk cannot suffice to justify discrimination on prohibited grounds. Such correlation accepts the very stereotyping that is deemed unacceptable by human rights legislation: prohibited grounds of discrimination are used to ascribe the characteristics of the group to all individuals in the class. Discrimination based on statistical correlation is simply discrimination in a more invidious form. Strong statistical proof is required to demonstrate a rational connection between the discriminatory classification and high risk. This

d'autre solution raisonnable ou pratique. Cette mesure ne sera pas considérée comme justifiée s'il en existe une.

a Le critère des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» devrait être fondé sur celui établi en matière d'emploi. Les termes «de façon raisonnable et de bonne foi (*bona fide*)» sont plus forts que le seul terme «normal» (*bona fide*). La protection des droits de la personne est tout aussi importante dans le contexte de l'emploi que dans celui de l'assurance.

b Il faudrait adopter un test à deux volets, comportant un élément subjectif et un élément objectif. L'élément subjectif exige qu'une distinction fondée, dans un contrat d'assurance, sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap soit imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette distinction est imposée pour traduire exactement le coût du risque assuré, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. L'élément objectif exige que la distinction soit raisonnablement nécessaire pour assurer une répartition appropriée des risques entre les groupes d'assurés. Tout lien rationnel doit établir un lien de causalité entre la distinction et le risque assuré; ce lien doit être davantage qu'une corrélation statistique ou qu'une simple application de pratiques traditionnelles ou généralement admises dans le domaine des assurances, qui peuvent bien être inutilement discriminatoires. La distinction doit également constituer un moyen raisonnable d'identifier et de classifier des risques similaires.

c f g h i j L'intimée, en présence d'une preuve *prima facie* de discrimination, doit apporter la preuve «des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» sur lesquels son système discriminatoire de classification se fonde. L'élément subjectif a été satisfait, car l'intimée utilise son système de classification discriminatoire de bonne foi. On n'a pas satisfait au deuxième élément, l'élément objectif. Il est dangereusement et fondamentalement erroné de conclure, comme l'a fait l'intimée, à l'existence de ce lien rationnel parce que la preuve établissait l'existence d'une corrélation statistique entre les jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin et le risque élevé. L'existence d'une simple corrélation statistique entre un groupe donné et un risque élevé ne peut suffire à justifier des mesures discriminatoires fondées sur des motifs interdits. Une telle corrélation accepte le genre même de stéréotype que la législation des droits de la personne considère inacceptable: les motifs interdits de discrimination servent à attribuer les caractéristiques du groupe à toutes les personnes de la catégorie. La discrimination fondée sur une corrélation statistique est sim-

proof, however, must not simply be one of correlation, but one of causal connection. Respondent has not established this.

plement une discrimination sous une forme plus insidieuse. Il faut une preuve statistique solide pour établir l'existence d'un lien rationnel entre la classification discriminatoire et le risque élevé. Toutefois, il n'est pas suffisant de prouver l'existence d'une corrélation statistique, encore faut-il établir un lien de causalité. L'intimée n'a pas réussi à établir ce lien.

a The availability of alternative means of classifying individuals into groups can be considered under the objective branch of the test. The complaint of discrimination is not answered by the fact that the collection of statistics, which would have provided the basis for an alternative classification system, was not required by the Superintendent of Insurance. It was not up to the Superintendent to decide whether or not there was an infringement of the Code.

b On peut examiner, dans le cadre de l'élément objectif, l'existence d'autres façons de classer les conducteurs en groupes. Le fait que le surintendant des assurances n'exigeait pas la collecte de statistiques qui auraient constitué le fondement d'un système différent de classification n'est pas une réponse appropriée à la plainte de discrimination. Il n'appartient pas au surintendant de décider s'il y a ou non violation du Code.

c The availability of alternative means of classifying individuals into groups can be considered under the objective branch of the test. The complaint of discrimination is not answered by the fact that the collection of statistics, which would have provided the basis for an alternative classification system, was not required by the Superintendent of Insurance. It was not up to the Superintendent to decide whether or not there was an infringement of the Code.

d Conformément au principe de retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait des tribunaux spécialisés, il n'appartient pas à notre Cour de réexaminer les faits mentionnés par la commission, en l'absence d'erreur manifeste de la commission, qui a eu le privilège de voir et d'entendre les témoins.

e To simply assert that a system has been in place for 50 years is an inadequate response to the argument that there are alternatives to the system. The insurance industry cannot rely on its inaction and its self-serving claim that the practice "has always been done this way" to defend its discriminatory practices on grounds of a lack of statistical data. If it could, complacency and a history of discrimination would be rewarded at the cost of progress and the recognition of higher societal norms of behaviour.

f Affirmer simplement qu'un système est en place depuis 50 ans n'est pas une réponse appropriée à l'argument qu'il existe d'autres systèmes de classification. L'industrie des assurances ne peut invoquer son inaction et son affirmation intéressée qu'une pratique donnée «existe depuis toujours» pour justifier ses pratiques discriminatoires par l'inexistence de données statistiques. Si tel était le cas, ce serait récompenser l'inaction et la discrimination traditionnelle au détriment du progrès et de la reconnaissance de normes sociales de comportement plus exigeantes.

g An alternative to the discriminatory classification system existed at the time of the complaint. The premiums of drivers over the age of 25 were set according to completely non-discriminatory classifications. Respondent, given this alternative and the absence of evidence that it could not be adopted for unmarried male drivers under age 25, did not establish that the discriminatory system was reasonable.

h Il existait, au moment de la plainte, une solution autre que l'application du système discriminatoire de classification. Les primes des conducteurs de plus de 25 ans sont fixées en fonction de critères non discriminatoires. L'intimée, compte tenu de cette autre solution et de l'absence de preuve démontrant l'inapplicabilité du système de classification des conducteurs de plus de 25 ans à la catégorie des conducteurs de moins de 25 ans, n'a pas réussi à établir que le système discriminatoire était raisonnable.

i Per McLachlin J. (dissenting): The law clearly forbids discrimination on the grounds of age, sex and marital status, unless the offender can establish that its intentions were *bona fide* and that, on an objective test, there was no practical or reasonable alternative to discriminating on those grounds. The insurer, however, did not demonstrate that there was no practical alternative in

j Le juge McLachlin (dissidente): Le droit interdit clairement toute discrimination fondée sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, à moins que le contrevenant puisse démontrer que ses intentions étaient de bonne foi et que, d'après un critère objectif, il n'y avait aucune autre solution pratique ou raisonnable que d'établir une distinction fondée sur ces motifs. Toutefois, l'assureur n'a pas

1983 to basing its premiums for young men on age, sex and marital status.

An absence of statistics based on grounds other than age, sex and marital status does not establish that there are no risk factors other than age, sex and marital status which would achieve the objective of charging premiums that are commensurate with risk. An absence of statistics does not establish that there is no other alternative. It only establishes that it is not known whether or not other viable alternative bases of risk evaluation exist and that the insurer does not have the means to establish them. As a matter of logic, the absence of alternative statistics is equally consistent with the inference that alternatives exist as with the inference that alternatives do not exist. The insurer must bear the burden of showing no reasonable alternative exists, and, through its own failure to collect the required data, has failed to meet this burden.

The effect of confusing absence of a reasonable alternative with absence of proof of a reasonable alternative is to remove the burden of proof from the shoulders of the person who *prima facie* violates the Code and to place it on the shoulders of the person who complains of discrimination. This is contrary to human rights tradition and contrary to the rule of evidence that the burden of proof should lie on the person most likely to be in possession of the relevant facts. And on the plane of policy, such an approach would encourage *prima facie* offenders to continue in their traditional discriminatory ways rather than reforming their practices in accordance with the object of the Code.

The law should not allow difficulties of proving the non-existence of reasonable alternatives to stand as a defence to a charge under the Code. To the extent that it may take time for industry to convert from ingrained discriminatory practices to non-discriminatory alternatives (or alternatively to show that none is possible), those difficulties are better dealt with under the rubric of remedies than by saying there is no violation of the Code.

The insurer cannot be excused for its failure to demonstrate reasonable alternatives. First, there is no precedent in human rights cases for excusing a person who is guilty of *prima facie* discrimination on any ground absent reasonable alternatives. Second, its excuses adduced here were not sufficient. An insurer doing business in a province must comply with all the

démontré qu'en 1983, il n'y avait pas de solution pratique autre que l'utilisation de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial comme fondement pour ses primes.

a L'absence de statistiques fondées sur des motifs autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial ne signifie pas qu'il n'existe pas d'autres facteurs de risque que ces derniers qui permettraient de fixer des primes qui correspondent au risque. L'absence de statistiques n'établit pas qu'il n'y a pas d'autre solution. Tout ce qu'elle établit, c'est qu'on ne sait pas s'il existe d'autres fondements viables pour évaluer le risque et que l'assureur ne dispose pas des moyens pour établir qu'il n'existe aucune autre solution. Logiquement, l'absence d'autres données statistiques permet tout autant de conclure qu'il existe d'autres solutions que de conclure qu'il n'en existe pas d'autres. L'assureur a le fardeau de démontrer qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et, comme il n'a pas recueilli les données nécessaires, il ne s'est pas déchargé de ce fardeau.

b Confondre l'absence d'une autre solution raisonnable avec l'absence de preuve d'une autre solution raisonnable a pour effet d'enlever le fardeau de la preuve des épaules de l'auteur de la violation *prima facie* du Code et de le placer sur les épaules de la personne qui invoque la discrimination. Cette situation est contraire à la tradition en matière de droits de la personne et contraire à la règle de preuve selon laquelle la charge de la preuve incombe à la personne la plus susceptible d'être en possession des faits pertinents. Sur le plan des principes, une telle position encouragerait les contrevenants à continuer d'appliquer leurs méthodes discriminatoires traditionnelles plutôt que de modifier leurs pratiques conformément à l'objet du Code.

c Le droit ne devrait pas permettre que la difficulté de prouver l'absence d'autres solutions raisonnables soit invoquée comme moyen de défense contre une accusation aux termes du Code. Dans la mesure où il peut falloir du temps pour que l'industrie passe de pratiques discriminatoires enracinées à d'autres solutions non discriminatoires (ou subsidiairement pour démontrer qu'aucune n'est possible), il est préférable de régler ces difficultés dans le cadre de la réparation que par l'affirmation qu'il n'y a pas de violation du Code.

i L'assureur ne peut être excusé de son incapacité à démontrer d'autres solutions. Premièrement, il n'existe pas de jurisprudence sur les droits de la personne qui excuse l'auteur d'une discrimination *prima facie* fondée sur quelque motif que ce soit, s'il n'existe pas d'autres solutions. Deuxièmement, les excuses présentées en l'espèce ne sont pas suffisantes. Un assureur est obligé,

laws of that province, and failure of the Superintendent of Insurance to require the collection of statistics on bases other than prohibited grounds of discrimination does not amount to satisfying the Code. The size of the firm and its capacity to fix rates unilaterally on non-discriminatory statistics cannot be accepted as a defence as it would create differing standards for large and small firms. To accept less than requiring the *prima facie* offender to provide actual justification for what may in the past have been assumed to be justified would constitute an 'about-face' in human rights law which could seriously undermine the effectiveness of human rights codes. Third, the insurer cannot discharge that burden merely by showing that it is difficult to ascertain whether there are reasonable alternatives and if so, what they are. Difficulty alone has never been accepted as an excuse for discriminatory conduct contrary to human rights legislation.

The Code requires the classifications on which premiums are set to be rationally defensible. If they are not, they must be found to violate, even if other classes are negatively affected. Any adverse effect on drivers in other categories arises from the insurer's failure to shoulder the burden which the law imposes of conforming to the Code or demonstrating the absence of reasonable alternatives.

Cases Cited

By Sopinka

Considered: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; **distinguished:** *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; **referred to:** *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-*

comme condition pour exploiter une entreprise dans une province, de se conformer à toutes les lois de cette province, et le fait que le surintendant des assurances n'obligeait pas les compagnies d'assurances à recueillir des données statistiques sur des fondements autres que les motifs de distinction illicites ne permet pas de satisfaire aux exigences du Code. Les arguments fondés sur la taille d'une entreprise et sa capacité de fixer ses taux sur des statistiques non discriminatoires ne devraient pas être acceptés en défense, car on créerait des normes différentes pour les petites et pour les grandes entreprises. Accepter moins que d'exiger que l'auteur d'une violation *prima facie* justifie réellement ce qui, par le passé, a été présumé justifié constituerait une «volte-face» en matière de droits de la personne, qui est susceptible de miner gravement l'efficacité des codes des droits de la personne. Troisièmement, l'assureur ne peut s'acquitter de ce fardeau en démontrant simplement qu'il est difficile de vérifier l'existence d'autres solutions raisonnables et, le cas échéant, en quoi elles consistent. La difficulté prise de façon isolée n'a jamais été acceptée comme une excuse pour une conduite discriminatoire contraire à la législation des droits de la personne.

Le Code exige que les classifications en vertu desquelles les primes sont établies soient justifiables d'un point de vue rationnel. Si ce n'est pas le cas, il faut conclure à la violation, même si cela a un effet négatif sur d'autres catégories. Tout effet défavorable à l'égard de conducteurs d'autres catégories découle du défaut de l'assureur de s'acquitter de son obligation juridique de se conformer au Code ou de démontrer l'absence d'autres solutions raisonnables.

Jurisprudence

g Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; **distinction d'avec les arrêts:** *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; **arrêts mentionnés:** *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des*

Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984); *Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (1988).

télécommunications canadiennes), [1989] 1 R.C.S. 1722; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984); *Pennsylvania National Organization for Women c. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (1988).

c

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1 324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984); *Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (1988).

d Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984); *Pennsylvania National Organization for Women c. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (1988).

j

c

Citée par le juge L'Heureux-Dubé J. (dissidente)

Statutes and Regulations Cited

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(a), (g).
- Compulsory Automobile Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 83, s. 10.
- Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137, s. 34(2).
- Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 3, 8, 21, 24(1)(b), (2), 41(1), (3), 46(3).
- Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 80(1), (2), 393(b)(iii), 396.
- Insurance Statute Law Amendment Act*, 1990, S.O. 1990, c. 2, ss. 3(1), 74.
- Ontario Automobile Insurance Board Act*, 1988, S.O. 1988, c. 18, s. 33(1).
- Regulation 282 under the *Employment Standards Act*, R.R.O. 1980.

Lois et règlements cités

- Code des droits de la personne* (1981), L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 3, 8, 21, 24(1)b), (2), 41(1), (3), 46(3).
- Insurance Statute Law Amendment Act*, 1990, L.O. 1990, ch. 2, art. 3(1), 74.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15a), g).
- Loi sur l'assurance-automobile obligatoire*, L.R.O. 1980, ch. 83, art. 10.
- Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 80(1), (2), 393b)(iii), 396.
- Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 34(2).
- Ontario Automobile Insurance Board Act*, 1988, L.O. 1988, ch. 18, art. 33(1).
- Règlement 282 de la *Loi sur les normes d'emploi*, R.R.O. 1980.

Authors Cited

Ontario. Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*. (The "Osborne Report".) Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1988.

National Association of Insurance Commissioners. *Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee* (November, 1978).

Ryan, Stephen R. "The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?" (1986), 61 *Notre Dame L. Rev.* 748.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 639, 49 O.A.C. 361, 45 C.C.L.I. 303, dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1987), 58 O.R. (2d) 325, [1987] I.L.R. ¶ 1-2148, 23 C.C.L.I. 130, allowing an appeal from a judgment of board of inquiry of the Ontario Human Rights Commission (1985), 6 C.H.R.R. D/2948. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

J. E. Minor, T. H. Wickett and Tanya Lee, for the appellant.

J. F. Howard, Q.C., Neil Finkelstein and Jeff Galway, for the respondent.

Doctrine citée

Ontario. Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*. (The "Osborne Report".) Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1988.

National Association of Insurance Commissioners. *Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee* (November, 1978).

Ryan, Stephen R. «The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?» (1986), 61 *Notre Dame L. Rev.* 748.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 639, 49 O.A.C. 361, 45 C.C.L.I. 303, qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour divisionnaire (1987), 58 O.R. (2d) 325, [1987] I.L.R. ¶ 1-2148, 23 C.C.L.I. 130, qui avait accueilli un appel contre une décision d'une commission d'enquête de la Commission ontarienne des droits de la personne (1985), 6 C.H.R.R. D/2948. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

J. E. Minor, T. H. Wickett et Tanya Lee, pour l'appelante.

J. F. Howard, c.r., Neil Finkelstein et Jeff Galway, pour l'intimée.

Beatrice Vizkelety and Madeleine Caron, for the intervener Commission des droits de la personne du Québec.

J. Leslie Wallace and S. E. Fitzgerald, for the intervener Alberta Human Rights Commission.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J.—The issue raised in this appeal is whether differentiation in automobile insurance rates based upon age, sex and marital status is reasonable and *bona fide* within the meaning of s. 21 of the Ontario *Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53 (now R.S.O. 1990, c. H.19, s. 22). The respondent, Zurich Insurance Company (“Zurich”), in setting its rates in 1983, discriminated against single, male drivers under the age of 25 but it claims exemption from liability by virtue of s. 21 of the Code.

Beatrice Vizkelety et Madeleine Caron, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Québec.

J. Leslie Wallace et S. E. Fitzgerald, pour l'intervenante l'Alberta Human Rights Commission.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi vise à déterminer si les différences de taux d'assurance-automobile fondés sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, sont justifiées de façon raisonnable et de bonne foi au sens de l'art. 21 du *Code des droits de la personne* (1981), L.O. 1981, ch. 53 (maintenant L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 22). Dans la fixation de ses taux en 1983, l'intimée, Zurich Insurance Company («Zurich»), a établi une distinction à l'égard de conducteurs célibataires, de sexe masculin, de moins de 25 ans, mais demande à être exonérée de toute responsabilité en vertu de l'art. 21 du Code.

The Facts

On April 30, 1984, a Board of Inquiry was appointed pursuant to the Ontario *Human Rights Code*, 1981 (the “Code”) to hear and decide a complaint made in May of 1983 by Mr. Michael G. Bates against the respondent insurance company. This complaint alleged that young, single, male drivers must pay automobile insurance rates which exceed the rates paid by young, single, female drivers, the rates paid by young, married, male drivers and the rates paid by any drivers 25 years of age or over. Mr. Bates alleged that this discrepancy contravened provisions in the Code. The complainant alleged that he had been denied the right to contract on equal terms without discrimination contrary to ss. 3 and 8 of the Code. The complainant also alleged that his right to equal treatment in services, goods and facilities had been infringed contrary to ss. 1 and 8 of the Code.

Zurich concedes that the classification system upon which its premiums were based constitutes a

Les faits

Le 30 avril 1984, une commission d'enquête a été constituée conformément au *Code des droits de la personne* (1981) (le «Code») pour entendre d'une plainte déposée en mai 1983 par M. Michael G. Bates contre la compagnie d'assurance intimée. Dans sa plainte, M. Bates prétend que les jeunes conducteurs célibataires doivent payer des primes d'assurance-automobile supérieures à celles que paient les jeunes conductrices célibataires, les jeunes conducteurs mariés de sexe masculin et les conducteurs de plus de 25 ans. Monsieur Bates soutient que cet écart contrevient aux dispositions du Code. Il prétend aussi qu'on le prive de son droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination, contrairement aux art. 3 et 8 du Code. Le plaignant soutient également que l'on porte atteinte à son droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, en contravention des art. 1 et 8 du Code.

Zurich reconnaît que le système de classification à partir duquel elle calcule ses primes est une vio-

prima facie infringement of the Code but it argues that this infringement is a "distinction, exclusion or preference on reasonable and *bona fide* grounds" and thus falls within the exception provided by s. 21 of the Code.

The Board of Inquiry concluded that the automobile driver classification for unmarried male drivers under 25 years of age contravened the Code. Zurich appealed this decision and the Divisional Court allowed the appeal. The appellant appealed to the Court of Appeal for Ontario which dismissed the appeal. This appeal comes before the Court with leave.

Judgments

A. *Board of Inquiry* (1985), 6 C.H.R.R. D/2948

The Board of Inquiry based its decision on an extension of the reasoning used by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202. While indicating that no perfect analogy existed for the application of the *Etobicoke* decision to the insurance context, the Board concluded, at p. D/2962, that it was reasonable to utilize the basic principles of the *Etobicoke* case:

Just as employers are required to demonstrate that a discriminatory limitation is reasonably necessary to assure the safe, efficient and economic performance of the job in order to establish a "*bona fide* occupational qualification", so too insurers should be required by section 21 of the *Code* to demonstrate that a rate classification system, which discriminates on the basis of prohibited group characteristics, is reasonably necessary to ensure the efficient operation of the insurance system.

The Board held that ease of determining rates was not sufficient to satisfy the *bona fide* requirements of s. 21. It concluded, at p. D/2964, that to be reasonably necessary it was up to Zurich to demonstrate "that it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with

lation *prima facie* du Code, mais prétend que son système établit des «distinctions entre des personnes, les exclut ou leur accorde la préférence pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» et relève donc de l'exception prévue à l'art. 21 du Code.

La commission d'enquête a conclu que l'établissement de la catégorie des conducteurs d'automobile célibataires de sexe masculin de moins de 25 ans contrevainait au Code. Zurich a interjeté appel de cette décision et la Cour divisionnaire a accueilli l'appel. L'appelant a ensuite interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel. Le présent pourvoi a été autorisé par notre Cour.

Les tribunaux d'instance inférieure

A. *La commission d'enquête* (1985), 6 C.H.R.R. D/2948

La commission d'enquête a fondé sa décision sur une application élargie du raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. Indiquant qu'il n'existe pas d'analogie parfaite aux fins de l'application de l'arrêt *Etobicoke* dans le contexte des assurances, la commission conclut, à la p. D/2962, qu'il est raisonnable d'utiliser les principes de base énoncés dans cet arrêt:

[TRADUCTION] L'employeur est tenu de prouver qu'une restriction discriminatoire est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution sûre, efficace et économique du travail lorsqu'il veut établir une «exigence professionnelle réelle»; de même, en vertu de l'art. 21 du *Code*, l'assureur devrait être tenu de prouver qu'un système de classification des taux, qui établit une distinction fondée sur des caractéristiques de groupe interdites, est raisonnablement nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace du système d'assurance.

La commission indique que la simplification du calcul des taux n'est pas suffisante pour satisfaire aux exigences de justification prévues à l'art. 21. Pour établir que la restriction est raisonnablement nécessaire, Zurich doit démontrer, à la p. D./2964, [TRADUCTION] «qu'il ne serait ni pratique ni possi-

the use of non-discriminatory criteria for rate classification".

The Board of Inquiry then examined whether the method of setting premiums used by Zurich was reasonably necessary. The Board noted that there had been no evidence offered to support the assertion that it has been scientifically proved that there is a direct, causal relationship between the discriminatory group factors used and high risk. It concluded that these factors were mere proxies for other factors. The Board also suggested that there were non-discriminatory alternatives which were possible and desirable in determining the premiums of insured drivers. One alternative mentioned by the Board was to incorporate the non-discriminatory criteria used for setting rates for those 25 years of age or over and apply them to the under 25 category. The Board of Inquiry concluded that Zurich had failed to establish that the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics for its rate classification system and thus the method of setting rates was not reasonably necessary.

B. Divisional Court (1987), 58 O.R. (2d) 325

The Divisional Court concluded, at pp. 329-30, that the Board of Inquiry had fallen into error in interpreting s. 21 of the Code:

Thus, in the course of its judgment the board progressed from the statutory requirement that the insurer show that it proceeded on "*reasonable and bona fide grounds*" to a requirement that the insurer establish that its grounds were "*reasonably necessary*". After a consideration of American cases, it made a further leap to a requirement that the insurer establish "that the very existence of the business would be undermined if the discriminatory requirements could not be relied upon".

In our view, neither of these leaps can be justified. Something may be reasonable without being necessary. Something may be reasonable without being so essential that the existence of an industry will be undermined if it cannot be relied upon. [Emphasis in original.]

ble de faire fonctionner le système d'assurance-automobile au moyen de critères non discriminatoires de classification des taux».

a La commission d'enquête examine ensuite si la méthode d'établissement des primes utilisée par Zurich est raisonnablement nécessaire. À son avis, aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de la prétention qu'il y a une preuve scientifique de l'existence d'un lien direct de causalité entre les facteurs de discrimination utilisés et le risque élevé. La commission conclut que ces facteurs en représentent d'autres. La commission affirme aussi b qu'il existe d'autres moyens non discriminatoires, possibles et souhaitables, de calculer les primes des conducteurs assurés. Elle mentionne, par exemple, la possibilité d'utiliser les critères non discriminatoires employés pour le calcul des primes des conducteurs de plus de 25 ans et de les appliquer à la catégorie des conducteurs de moins de 25 ans. Elle conclut que Zurich n'a pas réussi à établir que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées si elle ne pouvait plus s'appuyer sur des caractéristiques discriminatoires dans son système de classification des taux; en conséquence, la méthode de fixation des taux n'est pas raisonnablement nécessaire.

f B. La Cour divisionnaire (1987), 58 O.R. (2d) 325

La Cour divisionnaire conclut, aux pp. 329 et 330, que la commission d'enquête a commis une erreur dans l'interprétation de l'art. 21 du Code:

h [TRADUCTION] En conséquence, dans sa décision, la commission va de l'examen de l'exigence de la loi que l'assureur établisse qu'il a agi «pour des motifs justifiés de façon *raisonnable* et de *bonne foi*» à celui de l'exigence que l'assureur établisse que ces motifs étaient «*raisonnablement nécessaires*». Après une analyse de la jurisprudence américaine, la commission est allée jusqu'à l'exigence que l'assureur établisse «que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées s'il ne pouvait plus appliquer les mesures discriminatoires».

j À notre avis, cette progression n'est pas justifiée. Une chose peut être raisonnable sans être nécessaire. Une chose peut être raisonnable sans être essentielle au point de mettre en péril l'existence d'une industrie si elle n'est plus utilisée. [En italique dans l'original.]

The court held that there was no reason to substitute the plain words of "reasonable and *bona fide grounds*" for the concept of undermining the existence of a business. It was also unnecessary that the words "reasonably necessary" be imported into s. 21 as a result of the *Etobicoke* decision. *Etobicoke* was distinguishable as it was an employment case and the words being construed were "*bona fide* occupational classification and requirement", the words of which import occupational qualifications. The wording of s. 21 is different and there was no justification in substituting for the words used in s. 21, "reasonable and *bona fide grounds*", the words "reasonably necessary grounds". In the occupational context, individual assessment is vital; in the insurance context it is impossible. Section 21 recognizes that "the many who are skilled, experienced, careful and lucky will subsidize those who are not" (at p. 330).

The court held that the words "reasonable and *bona fide grounds*", as used in s. 21, should be construed according to their plain meaning. The court then turned to a consideration of whether the grounds used to set the premiums were reasonable. It concluded, at p. 331, that the distinctions created by the classification system were reasonable distinctions based on age, sex and marital status:

The available statistical information demonstrates clearly that the single male driver under 25 years of age is the highest risk classification. Average costs resulting from claims within that classification are triple those of the average class. The statistics show that premium income from this class is not sufficient to satisfy the loss costs of the class. The premium charged to the single male driver under 25 years of age is, accordingly, subsidized by other classifications. It appears reasonable that the group causing the highest loss costs should pay the highest premium. In short, the current classification system, although subject to future revision and current doubts, does embody distinctions supported by reasonable, actuarially verified statistics.

La cour conclut qu'il n'y a aucune raison de remplacer l'expression claire «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» par le concept de la mise en péril d'une entreprise. Il n'est pas nécessaire non plus d'incorporer dans l'art. 21 l'expression «raisonnablement nécessaire» à cause de l'arrêt *Etobicoke*. De l'avis de la cour, la situation dans *Etobicoke* se distingue de celle de la présente affaire en ce qu'il s'agissait d'une affaire d'emploi et que notre Cour devait interpréter l'expression «exigence professionnelle réelle», qui vise des qualités professionnelles. Le libellé de l'art. 21 est différent et il n'est pas justifié de remplacer l'expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» par l'expression «raisonnablement nécessaire». Dans le contexte professionnel, l'évaluation individuelle est essentielle; dans le contexte des assurances, elle est impossible. L'article 21 reconnaît que [TRADUCTION] «le grand nombre de personnes compétentes, expérimentées, prudentes et chanceuses subventionneront celles qui ne le sont pas» (à la p. 330).

La cour conclut que l'expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi», utilisée dans l'art. 21, devrait être interprétée dans son sens ordinaire. Elle se demande ensuite si les critères de fixation des primes sont raisonnables. À son avis, à la p. 331, les distinctions créées par le système de classification constituent des distinctions raisonnables fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial:

[TRADUCTION] Les données statistiques existantes révèlent clairement que les conducteurs célibataires de sexe masculin de moins de 25 ans forment la catégorie du risque le plus élevé. Les coûts moyens des réclamations dans cette catégorie sont trois fois plus élevés que ceux de la catégorie moyenne. D'après les statistiques, les primes versées par les conducteurs célibataires de moins de 25 ans ne suffisent pas pour combler les pertes subies dans cette catégorie. La prime exigée d'un conducteur célibataire de moins de 25 ans se trouve donc subventionnée par les conducteurs des autres catégories. Il paraît raisonnable d'exiger la prime la plus élevée du groupe qui donnera lieu aux pertes les plus élevées. Bref, le système actuel de classification, actuellement contesté, mais révisable dans l'avenir, comporte des distinctions que viennent appuyer des statistiques raisonnables vérifiées du point de vue actuariel.

With respect to the complainant's argument that he may be a much better risk than the other members of his group, the court noted that it was inevitable that in every class there would be drivers who represent worse or better risks than average. Nonetheless, premiums must be based on averages.

The court added that there were, at the relevant time, no statistics available to classify drivers on any other basis. While the Superintendent of Insurance (now the Commissioner) had the power to require statistics to be compiled on another basis, this power had not been utilized. Absent such data, the existing verified statistics provided a suitable framework for reasonable and *bona fide* distinctions to be drawn through insurance classifications. The absence of any other statistics also supported the "common perception, shared by the industry and its regulators, of the reasonableness of the classifications" (at p. 332). In the alternative, the court was of the view that Zurich had met the test of "reasonable necessity" as it had relied upon the only statistics available to it. These statistics showed that the class into which Mr. Bates fell was the class generating the highest loss cost. The court was of the view that to ignore those statistics would have been irresponsible.

C. *Court of Appeal* (1989), 70 O.R. (2d) 639

The Court of Appeal agreed with the decision and reasons of the Divisional Court and dismissed the appeal.

The Issue

The issue to be determined in this appeal is whether the method by which Zurich set its automobile insurance premiums, which admittedly discriminates on the basis of age, sex and marital status, nonetheless satisfies the "reasonable and *bona fide* grounds" exemption provided by s. 21 of the Code.

En ce qui concerne l'argument du plaignant selon lequel il peut représenter un risque moins grand que les autres membres de sa catégorie, la cour dit qu'il y est inévitable que, dans chaque catégorie, certains conducteurs représentent des risques moins grands ou plus élevés que la moyenne. Néanmoins, les primes doivent être fondées sur des moyennes.

La cour ajoute qu'à l'époque en cause, il n'existe pas de statistiques permettant de classifier autrement les conducteurs. Le surintendant des assurances (maintenant le commissaire) avait le pouvoir d'exiger que des statistiques soient établies en fonction d'autres critères, mais il ne l'a jamais utilisé. En l'absence de telles données, les statistiques actuelles vérifiées forment un cadre acceptable pour établir des distinctions raisonnables et justifiables avec des classifications d'assurance. L'absence d'autres statistiques appuie également [TRADUCTION] «la perception commune, partagée par l'industrie et les autorités réglementaires, du caractère raisonnable des classifications» (à la p. 332). Subsidiairement, la cour est d'avis que Zurich a satisfait au critère de la «nécessité raisonnable» en ce qu'elle a utilisé les seules statistiques existantes, ces statistiques indiquant que la catégorie à laquelle appartient M. Bates est celle qui donne lieu aux pertes les plus élevées. De l'avis de la cour, il serait irresponsable de ne pas tenir compte de ces statistiques.

C. *La Cour d'appel* (1989), 70 O.R. (2d) 639

La Cour d'appel s'est dit d'accord avec les motifs de la Cour divisionnaire et a rejeté l'appel.

La question en litige

Le présent pourvoi vise à déterminer si la méthode de calcul des primes d'assurance-automobile utilisée par Zurich, qui a reconnu établir des distinctions fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, satisfait néanmoins à l'exemption pour «des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» prévue à l'art. 21 du Code.

For the purposes of convenience I reproduce the relevant portions of the Code below:

1. Every person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities, without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

3. Every person having legal capacity has a right to contract on equal terms without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

8. No person shall infringe or do, directly or indirectly, anything that infringes a right under this Part.

21. The right under sections 1 and 3 to equal treatment with respect to services and to contract on equal terms, without discrimination because of age, sex, marital status, family status or handicap, is not infringed where a contract of automobile, life, accident or sickness or disability insurance or a contract of group insurance between an insurer and an association or person other than an employer, or a life annuity, differentiates or makes a distinction, exclusion or preference on reasonable and bona fide grounds because of age, sex, marital status, family status or handicap.

41.—(1) Any party to a proceeding before a board of inquiry may appeal from a decision or order of the board to the Divisional Court in accordance with the rules of court.

(3) An appeal under this section may be made on questions of law or fact or both and the court may affirm or reverse the decision or order of the board of inquiry or direct the board to make any decision or order that the board is authorized to make under this Act and the court may substitute its opinion for that of the board. [Emphasis added.]

Standard of Review

In considering the manner in which the lower courts have dealt with this proceeding, it is impor-

Par souci de commodité, je reproduis les articles pertinents du Code:

a **1.** Toute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial, ou un handicap.

b **3.** Toute personne jouissant de la capacité juridique a le droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

c **8.** Nul ne doit porter atteinte à un droit reconnu par la présente partie ni faire, directement ou indirectement, quoi que ce soit qui porte atteinte à un tel droit.

d **21.** Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu aux articles 1 et 3, à un traitement égal en matière de services et de contrats à conditions égales sans discrimination fondée sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap le fait qu'un contrat d'assurance-automobile, d'assurance-vie, d'assurance-accident, d'assurance-maladie ou d'assurance-invalidité, qu'un contrat d'assurance-groupe entre un assureur et une association ou une personne autre qu'un employeur, ou qu'une rente viagère, établisse des distinctions entre des personnes, les exclut ou leur accorde la préférence pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi et fondés sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

e **41.—(1)** Une partie à une instance devant une commission d'enquête peut interjeter appel d'une décision ou d'une ordonnance de la commission devant la Cour divisionnaire, conformément aux règles de pratique.

h **i** **(3)** L'appel interjeté aux termes du présent article peut porter sur des questions de droit ou de fait ou les deux. La Cour peut confirmer ou infirmer la décision ou l'ordonnance de la commission d'enquête ou lui ordonner de rendre une décision ou une ordonnance autorisée par la présente loi. La Cour peut substituer son opinion à celle de la commission d'enquête. [Je souligne.]

La norme de contrôle

j Pour examiner la façon dont les tribunaux d'instance inférieure ont traité la présente espèce, il faut

tant to keep in mind that the standard of review by the courts in matters of this type is different from normal appellate review. This Court will normally overturn findings of fact only when there has been a palpable and overriding error made by the trier of fact (*Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191, at pp. 202-6). The Code, however, states in s. 41(3) (now s. 42(3)) that an appeal lies to a court on any question of law or fact and that the court may substitute its opinion for that of the Board of Inquiry (see also *Etobicoke, supra*, at p. 211). Evidently, the legislature was not of the opinion that the conclusions of the Board of Inquiry should be given great deference as a result of accumulated expertise or specialized understanding.

Unlike the situation present in many of the cases considered by this Court in regard to curial deference of administrative action (including the cases of *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, and *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, discussed in the reasons of L'Heureux-Dubé J. at pp. 360-65), there is no privative clause, or any other clause signifying an attempt to protect the decision of the Board of Inquiry from attack in the courts, involved in this appeal. In fact, as I have noted above, there is an appeal clause which confers powers on a reviewing court that are considerably wider than the normal powers of an appellate court. This was acknowledged in the *Etobicoke* decision where McIntyre J. stated, at p. 211, that “[t]he appellate court is specifically empowered to review the evidence and substitute its own findings for those of the board of inquiry. . . .” As a result of this clear statutory and jurisprudential authority, I am unable to agree with my colleague L'Heureux-Dubé J., at p. 377, that “[i]t is not open to the Court to conduct its own re-examination of

se rappeler que la norme de contrôle dans les affaires de cette nature diffère du contrôle habituel en appel. Normalement, notre Cour n'infirmera des conclusions de fait que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante (*Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, aux pp. 202 à 206). Toutefois, le par. 41(3) (maintenant le par. 42(3)) du Code précise qu'un appel peut porter sur des questions de droit ou de fait et que la Cour peut substituer son opinion à celle de la commission d'enquête (voir aussi l'arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 211). De toute évidence, le législateur n'était pas d'avis qu'il fallait faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de la commission d'enquête en raison de l'expertise accumulée par elle ou de ses connaissances spécialisées.

d

Contrairement à la situation dans de nombreuses affaires examinées par notre Cour du point de vue de la retenue judiciaire à l'égard des tribunaux administratif (y compris les arrêts *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, et *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, analysés dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé aux pp. 360 à 365), il n'y a aucune clause privative ni aucune autre disposition visant à protéger la décision de la commission d'enquête contre une contestation judiciaire. En fait, comme je l'ai mentionné, il existe une disposition en matière d'appel, qui confère en appel à une cour des pouvoirs qui sont beaucoup plus étendus que les pouvoirs habituels d'un tribunal d'appel. Ce fait a été reconnu dans l'arrêt *Etobicoke* par le juge McIntyre, à la p. 211: «Le tribunal d'appel est expressément habilité à examiner la preuve et à substituer ses propres conclusions à celles de la commission d'enquête. . .» Compte tenu du libellé clair de la disposition législative et de la jurisprudence, je ne peux souscrire à l'opinion de ma col-

e

f

g

h

i

j

the evidence, and then to substitute its opinion for that of the tribunal".

In spite of the ability to overturn decisions of the Board on findings of fact, this Court has indicated that some curial deference will apply even to cases without privative clauses to reflect the principle of the specialization of duties (see *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, *Etobicoke*, *supra*, at p. 211). While curial deference will apply to findings of fact, which the Board of Inquiry may have been in a better position to determine, such deference will not apply to findings of law in which the Board has no particular expertise. The record provided to the Court and the judgments below are not, in my view, in conflict on issues of fact but merely in interpreting the legal implications flowing from those facts. Moreover, it is common ground between my colleague and me that the Board applied the wrong test. Its findings, therefore, cannot be accepted without subjecting the facts to an analysis on the basis of the appropriate test. Accordingly, both my colleague and I have reviewed the evidence unconstrained by curial deference. The fact that my colleague's review of the evidence in light of a different test yields a result that accords with the conclusion reached by the Board does not defer to the Board but, rather, urges that the Board came to the right result for the wrong reasons.

lègue le juge L'Heureux-Dubé, à la p. 377: «Il n'appartient pas à notre Cour de procéder à son propre réexamen des éléments de preuve et de substituer ensuite son opinion à celle du tribunal...»

^a Malgré la possibilité d'infirmer les décisions de la commission relativement aux conclusions de fait, notre Cour a indiqué qu'un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n'existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions (voir les arrêts *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, et *Etobicoke*, précité, à la p. 211). Bien que le principe de la retenue judiciaire s'applique aux conclusions de fait, que la commission pouvait être en meilleure position de trancher, il ne s'applique pas relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas de son champ d'expertise particulier. Les documents présentés à notre Cour et les décisions des tribunaux d'instance inférieure ne sont pas en conflit, à mon avis, sur les questions de fait, mais ^b simplement sur l'interprétation des répercussions juridiques qui en découlent. Par ailleurs, ma collègue et moi sommes tous les deux d'avis que la commission a appliqué le mauvais critère. En conséquence, on ne saurait accepter les conclusions de la commission sans procéder tout d'abord à une analyse des faits en fonction du critère approprié. Ma collègue et moi avons donc procédé à l'analyse des éléments de preuve sans la contrainte de la retenue judiciaire. Le fait que ma collègue, dans son analyse des éléments de preuve en fonction d'un critère différent, arrive à un résultat compatible avec la conclusion de la commission, ne signifie pas qu'elle défère à la décision de la commission, mais bien que la commission est arrivée au bon résultat en se fondant sur des motifs erronés.

Reasonable and *Bona Fide* Grounds

The determination of insurance rates and benefits does not fit easily within traditional human rights concepts. The underlying philosophy of human rights legislation is that an individual has a right to be dealt with on his or her own merits and not on the basis of group characteristics. Con-

Motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi

La détermination des taux et des prestations d'assurance ne se rattache pas facilement aux concepts traditionnels des droits de la personne. La philosophie sous-jacente de la législation des droits de la personne est qu'une personne a le droit d'être traitée selon ses propres mérites et non en fonction

versely, insurance rates are set based on statistics relating to the degree of risk associated with a class or group of persons. Although not all persons in the class share the same risk characteristics, no one would suggest that each insured be assessed individually. That would be wholly impractical. Sometimes the class or group classification chosen will coincide with a prohibited ground of discrimination, bringing the rating scheme into conflict with human rights legislation. The Code, in s. 21 and other sections, has recognized the special problem of insurance. It exempts an insurer from liability for discrimination if based on reasonable and *bona fide* grounds. The Board of Inquiry in this appeal determined that these words had the same meaning as the *bona fide* occupational qualification or requirement provision which applies in employment cases. It is necessary to determine whether the test developed in employment cases can be transplanted to the special field of insurance and, in particular, to the setting of insurance rates.

des caractéristiques d'un groupe. Inversement, les taux d'assurance sont calculés à partir de statistiques ayant trait au degré de risque présenté par une catégorie ou un groupe de personnes. Bien que toutes les personnes d'une même catégorie ne possèdent pas les mêmes caractéristiques du point de vue du risque, personne ne proposerait de procéder à l'évaluation individuelle de tous les assurés. Ce serait tout à fait irréaliste. Parfois, la classification en catégories ou en groupes coïncidera avec un motif interdit de discrimination, et entraînera un conflit entre le régime d'établissement des primes et la législation des droits de la personne. Le Code, à l'art. 21 et dans d'autres dispositions, a reconnu le problème spécial du domaine des assurances. Il ne tient pas un assureur responsable d'une discrimination si celle-ci est fondée sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi. En l'espèce, la commission d'enquête a donné à cette expression le même sens que celui donné en jurisprudence à une exigence professionnelle réelle en matière d'emploi. Il est nécessaire d'établir si le critère élaboré dans les affaires d'emploi peut être transposé au domaine spécial des assurances, plus particulièrement à la fixation des taux d'assurance.

In approaching the interpretation of a human rights statute, certain special principles must be respected. Human rights legislation is amongst the most pre-eminent category of legislation. It has been described as having a "special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary. . ." (*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547). One of the reasons such legislation has been so described is that it is often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised. As the last protection of the most vulnerable members of society, exceptions to such legislation should be narrowly construed (*Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 307; see also *Bhinder v. Cana-*

*Dans l'examen de l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne, il faut respecter certains principes spéciaux. Les lois sur les droits de la personne se classent parmi les lois les plus prééminentes. Notre Cour a affirmé qu'une telle loi est «d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire» (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547). Une des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c'est qu'elles constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s'interpréter restrictivement (*Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 307, voir aussi *Bhinder c. Compagnie des chemins de**

dian National Railway Co., [1985] 2 S.C.R. 561, at pp. 567 and 589).

In a series of human rights cases, these principles have been applied to determine the meaning of a *bona fide* occupational qualification or requirement with respect to discrimination in employment. This Court developed a two-pronged test encompassing both a subjective and an objective element. To satisfy the subjective element, a qualification or requirement having a discriminatory effect must have been imposed honestly, in good faith and in the sincerely held belief that such a limitation "is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved . . . and not for ulterior or extraneous reasons . . ." (*Etobicoke, supra*, at p. 208). To satisfy the objective component of the test, it was necessary to show that the qualification or requirement was "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job. . ." (at p. 208; see also *Brossard, supra*, at pp. 311-12). The language of the Ontario statute which gave birth to this dual test clearly indicated that the qualification or requirement must be "job related" but gave no guidance as to the standard against which that relationship was to be judged. The section of the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, in question in *Etobicoke* did not use the word "reasonable". The Court adopted the "reasonable necessity" test which was in current use in the United States. See *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). The current wording of the employment exemption in the Code is "reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment" (see s. 24(1)(b)).

At bottom, this type of exemption seeks to achieve a balance between the right of the individual to be dealt with on his or her own merits and the needs of the employer to operate his or her business safely, efficiently and economically. The object of the legislation is to eliminate discrimination entirely. To do so, however, would require that each employee be considered on an individual basis. The legislature has recognized that this is not always possible consistent with the reasonable

fer nationaux du Canada, [1985] 2 R.C.S. 561, aux pp. 567 et 589).

Dans une série de décisions en matière de droits de la personne, on a appliqué ces principes afin de définir l'exigence professionnelle justifiée, dans le cas de discrimination en matière d'emploi. Notre Cour a élaboré un critère à deux volets comprenant un élément subjectif et un élément objectif. Afin de satisfaire à l'élément subjectif, l'exigence entraînant un effet discriminatoire doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction «est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question [...] et non pour des motifs inavoués ou étrangers...» (arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 208). Pour satisfaire à l'élément objectif du critère, il faut établir que l'exigence est «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail. . .» (à la p. 208, voir aussi l'arrêt *Brossard*, précité, aux pp. 311 et 312). Le libellé de l'article de la loi ontarienne qui a donné naissance à ce critère à deux volets indiquait clairement que l'exigence devait se rapporter à l'emploi, mais il ne précisait pas le critère à utiliser à cette fin. Le terme «raisonnable» n'était pas utilisé dans l'article de l'*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, examiné dans l'arrêt *Etobicoke*. Dans cet arrêt, notre Cour avait adopté le critère de la «nécessité raisonnable» qui était alors utilisé aux États-Unis. Voir l'arrêt *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Dans son libellé actuel, l'exemption en matière d'emploi prévoit qu'une mesure dite discriminatoire doit constituer «une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi» (voir l'al. 24(1)(b)).

Au fond, ce type d'exemption vise à établir un équilibre entre le droit d'une personne d'être traitée selon ses propres mérites et la nécessité pour l'employeur d'exploiter son entreprise d'une façon sûre, efficace et économique. L'objet de la loi est d'éliminer toute forme de discrimination. Toutefois, pour y parvenir, il faudrait examiner séparément la situation de chaque employé. Le législateur a reconnu que cela n'est pas toujours possible compte tenu des besoins raisonnables de l'em-

needs of the employer. The exemption therefore permits the employer to apply practices and work rules that may affect some employees in a discriminatory fashion provided they are reasonable. This requirement of reasonableness has two aspects. First, any discriminatory practice or rule must have a substantial connection to the operation of the employer's business and second, it must not discriminate more than is necessary. The second aspect of the requirement is addressed by considering whether there is an alternative to the impugned practice which would be less discriminatory while still achieving the sought after business-related objective. Accordingly, it is insufficient that an employer has adopted a practice or rule that is based on sound business practice and is rationally connected to the efficient operation of the business. Since the least discriminatory method would always be achieved if the employees' rights were considered and respected on an individual basis, the employer who seeks to bring himself or herself within the exemption may fail if he or she does not satisfy a board of inquiry that this would not be practical or feasible. In employment cases, this issue is often cast in terms of the requirement for individual testing.

ployeur. C'est pourquoi l'exemption permet à un employeur d'appliquer des pratiques et des règles de travail, même si elles peuvent être discriminatoires à l'égard de certains employés pourvu qu'elles soient raisonnables. Cette exigence du caractère raisonnable comporte deux aspects: premièrement, toute pratique ou règle discriminatoire doit posséder un lien important avec l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et, deuxièmement, la discrimination en question ne doit pas être davantage que ce qui est nécessaire. Dans le deuxième cas, il faut examiner si l'on pourrait remplacer la pratique attaquée par un moyen moins discriminatoire qui permettrait également d'atteindre l'objectif recherché par l'entreprise. En conséquence, il ne suffit pas qu'un employeur ait adopté une pratique ou une règle fondée sur des pratiques commerciales solidement fondées, ayant un lien rationnel avec l'exploitation efficace de l'entreprise. Puisque la pratique la moins discriminatoire est toujours d'examiner et respecter les droits des employés sur une base individuelle, l'employeur qui cherche à se prévaloir de l'exemption peut échouer s'il ne parvient pas à convaincre une commission d'enquête qu'il ne serait ni pratique ni possible de le faire. En matière d'emploi, la question est souvent posée en termes d'exigence d'évaluations individuelles.

In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, this Court considered a rule in a collective agreement which required firefighters to retire at the age of 60. The requirement for individualized testing was raised as an absolute ingredient in the absence of evidence that it could not be done. We decided that individualized testing was to be treated as a possible alternative to a discriminatory rule. Failure on the part of the employer to show why it was impractical to test employees individually could lead to a determination that the impugned practice was not reasonable. The Court stated, at pp. 1313-14, that "[i]f there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it". See also *Central*

Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, notre Cour a examiné un article d'une convention collective exigeant que les pompiers prennent leur retraite à l'âge de 60 ans. L'exigence d'une évaluation individuelle a été mentionnée comme élément essentiel en l'absence de preuve qu'il était impossible d'y procéder. Nous avons décidé que les tests individuels devaient être considérés comme une solution de rechange possible à l'adoption d'une règle discriminatoire. Si l'employeur ne réussissait pas à établir pourquoi il n'était pas pratique de faire subir des tests individuels aux employés, on pouvait conclure que la pratique attaquée n'était pas raisonnable. Notre Cour a affirmé, aux pp. 1313 et 1314: «S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en

Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 518.

n'adoptant pas cette autre solution.» Voir aussi l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 518.

a

While the words used in s. 21 are similar to those in the employment cases, they are used and applied in a different context. The insurance context is different from the employment context. The legislature has recognized that this is so by adopting special provisions in the Code relating to insurance. There are special exemptions for certain insurance practices. For example, employee group insurance plans are allowed to differentiate on the basis of age and sex, provided that an actuarial basis exists for the differentiation. See s. 24(2) (now s. 25(2)) of the Code, and s. 34(2) of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137 (now R.S.O. 1990, c. E.14, s. 33(2)) and Regulation 282 of the Act. It is an important principle of insurance practice that premiums charged to individual policy holders vary as much as possible in accordance with the degree of risk posed by the policy holder. In view of the fact that individualized assessment cannot be done, it is necessary to classify the degree of risk on the basis of groups who share characteristics which are material to the risk. It is inevitable that some will be placed in a group who do not share the average characteristics of that group. Rates developed on the basis of the average characteristics of this group will thus discriminate against them. The basic human rights principles referred to above, and applied in the employment cases, must take into account these differences when applied in the context of insurance.

Bien que les termes utilisés à l'art. 21 ressemblent aux termes examinés dans les décisions en matière d'emploi, ils sont utilisés et appliqués dans un contexte différent. Le contexte de l'assurance est différent de celui de l'emploi. Le législateur a reconnu ce fait en adoptant des dispositions spéciales dans le Code relativement aux assurances. En effet, il existe des exemptions spéciales pour certains types d'assurance. Par exemple, dans un régime d'assurance-groupe à l'intention des employés, l'assureur peut établir des distinctions fondées sur l'âge et le sexe s'il existe une base actuarielle le justifiant. Voir le par. 24(2) (maintenant le par. 25(2)) du Code, et le par. 34(2) de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137 (maintenant L.R.O. 1990, ch. E.14, par. 33(2)) et le Règlement 282 de la Loi. En matière d'assurance, il existe un principe important qui veut que les primes imposées aux titulaires de police concordent le mieux possible avec le risque que présente le titulaire de la police. Comme on ne peut procéder à des tests individuels, il est nécessaire de classer les degrés de risques en fonction de groupes de personnes qui possèdent des caractéristiques similaires déterminantes à ce point de vue. Il est inévitable que certaines personnes seront classées dans un groupe avec lequel elles ne partagent pas les caractéristiques moyennes. Les taux établis en fonction des caractéristiques moyennes de ce groupe seront donc discriminatoires envers ces personnes. Les principes fondamentaux en matière de droits de la personne mentionnés plus haut et utilisés dans les décisions en matière d'emploi doivent tenir compte de ces différences lorsqu'ils sont appliqués dans le contexte des assurances.

i

À mon avis, une pratique discriminatoire est «raisonnable» au sens de l'art. 21 du Code, a) si elle se fonde sur une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances; et b) s'il n'existe pas d'autre solution pratique. Dans le premier cas, une pratique est solidement fondée si l'on estime souhaitable de l'adopter pour atteindre

In my opinion, a discriminatory practice is "reasonable" within the meaning of s. 21 of the Code if (a) it is based on a sound and accepted insurance practice; and (b) there is no practical alternative. Under (a), a practice is sound if it is one which it is desirable to adopt for the purpose of achieving the legitimate business objective of charging premi-

ums that are commensurate with risk. Under (b), the availability of a practical alternative is a question of fact to be determined having regard to all of the facts of the case.

In order to meet the test of "*bona fides*", the practice must be one that was adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code.

Before seeking to apply these principles to the facts of this case, it is important to fully understand the context in which the insurance industry sets its automobile premiums, the manner in which information regarding risk is compiled and the highly regulated environment in which the industry operates. This requires a detailed examination of the Statistical Plan and the classes of insurance which were developed under the plan.

The Statistical Plan

All automobile insurers in Ontario are required by the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, s. 80(1), (2), (now R.S.O. 1990, c. I.8, s. 101(1), (2)) to compile and report statistics and other insurance data in the form and with the content dictated by the "Statistical Plan" prescribed by the Superintendent of Insurance. It is the Superintendent of Insurance who is ultimately responsible for the supervision of the business of insurance in the Province of Ontario. This information, composed mainly of statistics regarding accident losses, is published by the industry in a document commonly referred to as the "Green Book". The Statistical Plan requires that data be collected in relation to a number of factors including age, sex and marital status. This Statistical Plan was originally developed in the 1920s and early 1930s in order to provide the insurance industry with a sufficient statistical basis to set automobile insurance rates. A similar plan was developed in most Canadian jurisdictions. The entire structure of the automobile rate setting system in Ontario flows from this collective loss experience, compiled within a legislatively determined statistical framework. As well as requiring the collection of certain data, the *Insurance Act*,

^a l'objectif commercial légitime d'imposer des primes proportionnelles au risque. Dans le deuxième cas, l'existence d'une autre solution pratique est une question de fait qu'il faut trancher en tenant compte de tous les faits de l'affaire.

^b Afin de satisfaire au critère de la «bonne foi», la pratique doit avoir été adoptée honnêtement, d'une façon conforme à des pratiques commerciales solidement fondées et reconnues, et non dans le but de porter atteinte aux droits garantis par le Code.

^c Avant d'appliquer ces principes aux faits en l'espèce, il importe de bien comprendre le contexte dans lequel l'industrie des assurances fixe ses primes d'assurance-automobile, la façon dont sont recueillis les renseignements sur les risques ainsi que le contexte de forte réglementation dans lequel fonctionne l'industrie. À cette fin, il faut procéder à un examen détaillé du plan statistique et des catégories d'assurance établies en vertu de ce plan.

Le plan statistique

^d Toutes les compagnies d'assurance-automobile de l'Ontario sont tenues par la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, par. 80(1) et (2), (maintenant L.R.O. 1990, ch. I.8, par. 101(1) et (2)), de réunir des statistiques et d'autres données en matière d'assurance, et les présenter dans un rapport dont la forme et le contenu sont prescrits par le «plan statistique» exigé par le surintendant des assurances. C'est le surintendant des assurances qui est responsable en dernier lieu de la supervision du commerce des assurances dans la province de l'Ontario. Les renseignements ainsi compilés, principalement des statistiques sur les pertes en matière d'accidents, sont publiés par l'industrie dans un document communément appelé le «Livre vert». Le plan statistique exige que des données soient rassemblées sur un certain nombre de facteurs, dont l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Le plan statistique a initialement été élaboré dans les années 20 et au début des années 30 afin de fournir à l'industrie des assurances une base statistique suffisante pour fixer les taux d'assurance-automobile. Un plan similaire existe dans la plupart des territoires canadiens. Toute la structure de fixation des taux d'assurance-automobile en

through ss. 393(b)(iii) and 396, gives the Superintendent the power to prevent any insurance practices he or she finds to be unfair or deceptive.

While much has been made, in this appeal, of the wish of the Superintendent to move from the current rating practices, no order has ever been made by the Superintendent in regard to the industry practice of setting automobile insurance premiums based on age, sex and marital status. Mr. Newton, the senior actuary in the Office of the Superintendent of Insurance for Ontario, admitted in evidence given before the Board of Inquiry that if the Office had concluded that there was bad faith relating to the structuring of the Statistical Plan, the Superintendent would have directed that the Plan be amended. Equally, the successor to the Superintendent (the Commissioner of Insurance) (see *Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, S.O. 1990, c. 2, s. 3(1)) has done nothing to prohibit differentiation on the basis of age, sex or marital status despite having wide-ranging powers to do so.

As a result of joint industry and government discussions, the Superintendent of Insurance amended the Statistical Plan described above effective January 1, 1985 to gain information regarding further categories of risk. In spite of these amendments, however, the Plan continued to require data to be collected in relation to loss experience based on age, sex and marital status. In testimony given to the Board of Inquiry, the Superintendent of Insurance indicated that the collection of these additional statistics would allow the industry to investigate the suitability of setting premiums on the basis of criteria other than age, sex and marital status. While interested in setting premiums on the basis of other criteria, the Superintendent indicated that he was satisfied that the changes had gone as far as they could at that time. He indicated ((1985), 6 C.H.R.R. D/2948), at p. D/2961, that he was:

Ontario repose sur ces données collectives sur les pertes assemblées selon des paramètres statistiques fixés par le législateur. Outre la collecte de certaines données, la *Loi sur les assurances*, à l'al. 393b)(iii) et à l'art. 396, accorde au surintendant le pouvoir d'empêcher toute pratique qu'il estime malhonnête ou mensongère dans les opérations d'assurance.

b Dans le présent pourvoi, on a beaucoup insisté sur le désir du surintendant de modifier les pratiques actuelles de calcul des taux mais il n'a jamais donné d'ordre relativement à la pratique de l'industrie d'établir les primes d'assurance-automobile en fonction de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. Lorsqu'il a témoigné devant la commission d'enquête, M. Newton, l'actuaire principal du Bureau du surintendant, a admis que si le surintendant avait conclu à l'existence de mauvaise foi dans l'établissement du plan statistique, il en aurait ordonné la modification. De même, le remplaçant du surintendant (le commissaire des assurances) (voir *l'Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, L.O. 1990, ch. 2, par. 3(1)) n'a rien fait pour interdire les distinctions fondées sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial, malgré les vastes pouvoirs qui lui permettent de le faire.

f

g Par suite de discussions entre l'industrie et le gouvernement, le surintendant des assurances a modifié le plan statistique que je viens de décrire afin d'obtenir, à partir du 1^{er} janvier 1985, des renseignements sur d'autres catégories de risques. Toutefois, malgré ces modifications, le plan continue d'exiger la collecte de données sur les pertes subies, en fonction de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. Dans son témoignage devant la commission d'enquête, le surintendant des assurances a indiqué que la collecte de statistiques supplémentaires permettrait à l'industrie d'examiner la possibilité d'établir des primes en fonction d'autres critères que l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Bien que le surintendant s'intéresse à l'établissement de primes calculées en fonction d'autres critères, il a indiqué ((1985), 6 C.H.R.R. D/2948) qu'il était convaincu que rien de plus ne pouvait être fait pour l'instant et a dit ceci, à la p. D/2961:

... still concerned about the fact that a decent period of time is necessary for the development of credible statistics to show that the alternate factors that are selected will, in fact, stand up and will, in fact, produce the type of statistical base that the industry requires to change its system.

In fact, the industry and the Superintendent of Insurance have been trying, since at least 1977, to develop acceptable alternatives to the criteria of age, sex and marital status. In this regard, the Office of the Superintendent embarked on a search for effective alternative criteria. In parallel, the industry also undertook an exploration for alternatives. While he sought changes to the manner in which premiums were set, the Superintendent stressed that "a change in the statistical base should be allowed a sufficient length of time to gain credible experience from an actuarial standpoint".

It should be noted that changes in a system as complex as insurance cannot be made instantaneously. Once a change has been made to the Statistical Plan, it takes three years to see the results of that change. It takes this long to publish the Plan changes, implement the changes in company data processing systems and compile and publish a full year of statistical experience. The criteria of age, sex and marital status were retained in the Statistical Plan as, in the absence of a proven alternative statistical base, the effect of dropping those criteria could well have seriously disrupted the automobile insurance marketplace. As stated by the Superintendent,

We should not take steps ... that would produce a chaotic condition in the marketplace, where, particularly the present under-25 drivers, there is no real basis for judging or calculating what their rates are.

And the effect of not having an alternate system that was developed could well have produced a chaotic effect in the marketplace that may have affected all premium-paying members of the public who buy that insurance.

[TRADUCTION] Je suis toujours préoccupé par le fait qu'il faut une période suffisamment longue pour obtenir des statistiques valables qui permettront de montrer que les autres facteurs choisis seront en fait défendables et permettront d'établir le type de base statistique dont l'industrie a besoin pour modifier son système.

En fait, l'industrie et le surintendant des assurances tentent depuis au moins 1977 d'élaborer des solutions autres que l'utilisation des critères de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. À cet égard, le Bureau du surintendant est à la recherche d'autres critères efficaces. Parallèlement, l'industrie a également entrepris une étude de solutions de rechange. Bien qu'il ait cherché à modifier la méthode d'établissement des primes, le surintendant a fait ressortir que: [TRADUCTION] «à la suite d'une modification de la base statistique, il faut une période suffisamment longue pour obtenir des données valables du point de vue actuariel».

Il faut également noter que l'on ne peut modifier instantanément un système aussi complexe que celui des assurances. Après une modification du plan statistique, il faut trois ans pour en voir les résultats. En fait, il faut trois ans pour publier les modifications apportées au plan, les mettre en œuvre dans les systèmes de traitement de données des sociétés et enfin, pour compiler et publier les statistiques de toute une année. Les critères de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial ont été maintenus dans le plan statistique car, en l'absence d'une autre base statistique éprouvée, l'abandon de ces critères aurait pu sérieusement perturber le marché de l'assurance-automobile, comme l'a mentionné le surintendant:

[TRADUCTION] Nous ne devrions pas prendre de mesures [...] susceptibles de créer des conditions chaotiques au sein du marché où, particulièrement dans le cas des conducteurs de moins de 25 ans, il n'existe pas de véritable moyen de déterminer ou de calculer les primes qu'ils doivent payer.

L'absence d'un système de rechange aurait bien pu créer des conditions chaotiques sur le marché et de ce fait, toucher tous les assurés qui achètent ce type d'assurance.

Even the Superintendent himself utilized the basic structure of the Statistical Plan to "set" rates of insurance. This was done in relation to the Facility Association. The Facility Association is a mechanism, set up under the provisions of the *Compulsory Automobile Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 83 (now R.S.O. 1990, c. C.25), which pools insurance risks so that high risk drivers can obtain motor vehicle insurance in circumstances where insurance might not otherwise be available. Under s. 10 of that Act, the Superintendent has the power to approve or disallow the rates prepared by the Facility Association. In November of 1982, the Superintendent approved Facility Association automobile insurance rates which included differentiation on the basis of age, sex and marital status. These criteria were approved by the Superintendent because there were no other criteria by which rates could be set, outside of a subjective guess which the Superintendent concluded would have been wholly inadequate. The Superintendent of Insurance was of the view that there was simply insufficient data to set premiums in a manner that did not include differentiation on the basis of age, sex and marital status despite his desire to do so.

A legislative initiative attempted to remove the classification system contained in the current Statistical Plan through s. 33 of the *Ontario Automobile Insurance Board Act, 1988*, S.O. 1988, c. 18. Section 33(1) stated:

33.—(1) No insurer shall differentiate or make a distinction, exclusion or preference in a contract of automobile insurance on the basis of age, sex, marital status, family status or handicap.

The implementation of this provision was first delayed and then the entire Act was repealed without s. 33(1) ever having come into force. Currently, insurers must apply to the Commissioner of Insurance (the successor to the Superintendent of Insurance) for approval of the classes of risk exposure they intend to use in setting rates for automobile insurance. The Commissioner must refuse to approve any class of risk exposure that is not just or reasonable or does not reasonably predict risk or distinguish fairly between classes of risk exposure

Le surintendant lui-même a utilisé la structure de base du plan statistique pour «fixer» les taux d'assurance. Cet exercice est effectué avec l'Association des assureurs. Cette association constitue un mécanisme, établi en vertu de la *Loi sur l'assurance-automobile obligatoire*, L.R.O. 1980, ch. 83 (maintenant L.R.O. 1990, ch. C.25), qui regroupe les risques en matière d'assurance pour que les conducteurs à risques élevés puissent faire assurer un véhicule à moteur dans des circonstances où ils ne le pourraient pas autrement. En vertu de l'art. 10 de cette loi, le surintendant peut approuver ou rejeter les taux établis par l'Association des assureurs. En novembre 1982, le surintendant a approuvé les taux d'assurance-automobile établis par l'Association des assureurs, lesquels comportaient des distinctions fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Ces critères ont été approuvés par le surintendant parce qu'il n'existe pas d'autres critères de fixation des taux, si ce n'est une hypothèse subjective qui, de l'avis du surintendant, aurait été tout à fait inadéquate. Selon le surintendant des assurances, il n'existe tout simplement pas suffisamment de données pour fixer les primes d'une façon qui ne comporte pas de distinction fondée sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial.

On a tenté d'éliminer le système de classification contenu dans le plan statistique actuel par l'art. 33 de l'*Ontario Automobile Insurance Board Act, 1988*, L.O. 1988, ch. 18. Le paragraphe 33(1) se lisait ainsi:

g [TRADUCTION] **33.—(1)** Il est interdit à tout assureur d'établir des distinctions entre des personnes, de les exclure ou de leur accorder la préférence pour des motifs fondés sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

La mise en œuvre de cette disposition a tout d'abord été retardée, mais toute la loi a ensuite été abrogée, le par. 33(1) n'étant jamais entré en vigueur. À l'heure actuelle, les assureurs doivent demander au commissaire des assurances (le successeur du surintendant des assurances) d'approuver les catégories de risques qu'ils ont l'intention d'utiliser dans la fixation des taux d'assurance-automobile. Le commissaire doit refuser d'approuver toute catégorie de risques qui n'est pas juste ou raisonnable ou ne permet pas de prévoir d'une

(*Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, s. 74). Despite such wide-ranging powers, the Commissioner has not prohibited auto insurance rates based on age, sex or marital status. There are also other mechanisms in the amended *Insurance Act* to combat inappropriate insurance criteria and yet there are no prohibitions in either the *Insurance Act* or in its regulations, nor have any policy statements been issued by the Ministry of Financial Institutions which prohibit age, sex or marital status as rating criteria.

façon raisonnable les risques ou encore qui n'établit pas de distinctions justes entre les catégories d'exposition aux risques (*Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, art. 74). Malgré ces vastes pouvoirs, le commissaire n'a pas interdit la fixation des taux d'assurance-automobile, fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial. Il existe également d'autres mécanismes dans la version modifiée de la *Loi sur les assurances* destinés à empêcher l'application de critères impropre, mais ni la *Loi sur les assurances*, ni son règlement d'application, ni les déclarations de principe du ministère des Institutions financières n'interdisent les distinctions fondées sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial parmi les critères de fixation des taux.

The Insurance Classes

For the time period covered by the application of Mr. Bates for insurance, the insurance classes comprising single males under the age of 25 had the highest claim frequency, the highest loss per car insured and the highest average claim cost of any of the categories for which statistics were kept. Internal statistics kept by Zurich confirmed this profile. In fact, for the relevant time period, the premiums charged by Zurich to drivers in Mr. Bates' class (single males aged 19 or 20) were appreciably less than the losses generated by that class. In the 1981 policy year, Zurich paid 26 percent more in claims to this class than it collected from this class. In the 1982 policy year the class had a deficit of approximately 19 percent. These company shortfalls do not even take into consideration the overhead and other losses suffered by Zurich in insuring these drivers. In fact, the break even point for Zurich is reached when claims total only 75 percent of premiums. The loss cost per car of this class was three times as high as that of the average vehicle. In comparison, during the 1982 policy year, the class composed of married males under 20 paid premiums almost three times the amount of the losses suffered by this class. Other classes showed similar, if not so dramatic, profiles. A review of the material submitted on this appeal confirms that the class in which Mr. Bates was placed had a far worse risk profile than any other comparable class of driver. While this class also

Les catégories d'assurance

Pendant la période visée par la demande d'assurance de M. Bates, c'est dans la catégorie d'assurance des hommes de moins de 25 ans qu'il y a eu le plus grand nombre de réclamations, que les pertes ont été les plus élevées par voiture assurée et que le coût moyen par réclamation a été le plus élevé de toutes les catégories visées par les statistiques. Les statistiques internes de Zurich confirment ce profil. En fait, à l'époque en question, les primes imposées par Zurich aux conducteurs de la catégorie de M. Bates (hommes célibataires âgés de 19 ou 20 ans) étaient de beaucoup inférieures aux pertes engendrées par les conducteurs de cette catégorie. Au cours de l'exercice 1981, Zurich a versé 26 pour cent de plus au titre des réclamations par les assurés de cette catégorie que le montant des primes perçues de ces conducteurs. Au cours de l'exercice 1982, il y avait un déficit d'approximativement 19 pour cent pour cette catégorie. Ces déficits de la société ne tiennent même pas compte des frais généraux et des autres pertes subies par Zurich lorsqu'elle assure ces conducteurs. En fait, Zurich atteint le seuil de rentabilité lorsque les réclamations s'élèvent à seulement 75 pour cent des primes. La perte par voiture, dans cette catégorie, était trois fois plus élevée que pour le véhicule moyen. Par comparaison, au cours de l'exercice 1982, la catégorie composée d'hommes mariés de moins de 20 ans payait des primes presque trois fois plus élevées que le montant des

paid the highest premiums, these premiums were still insufficient to cover the losses generated. It is therefore not possible to argue that there is no statistical basis for the premium allocation to this class of driver. It is the method by which these premiums were set, however, and not the amount of the premiums that is truly at issue in this appeal.

pertes subies dans cette catégorie. L'examen d'autres catégories de conducteurs révèle des profils similaires, quoique moins contrastants. L'examen de documents présentés au cours du présent pourvoi confirme que la catégorie dans laquelle M. Bates était placé possédait un profil de risques beaucoup plus élevé que toute autre catégorie comparable de conducteurs. Bien que les conducteurs de cette catégorie paient les primes les plus élevées, celles-ci ne suffisent pas à couvrir les pertes auxquelles ils donnent lieu. En conséquence, il est impossible de soutenir qu'il n'existe pas de fondement statistique applicable à la fixation des primes des conducteurs de cette catégorie. Cependant c'est la méthode de calcul des primes, et non leur montant, qui est principalement contestée dans le présent pourvoi.

Application of Principles to the Facts

It is conceded in this appeal that the manner in which the insurance industry as a whole and Zurich in particular set their automobile insurance premiums in 1983 was discriminatory. It is also conceded that this discrimination was on the basis of grounds prohibited by the Code. What remains to be determined is whether such discrimination fits within the exception provided by s. 21 of the Code.

Moreover, there does not appear to be any dispute that Zurich acted *bona fide* in setting its insurance premiums. The Board of Inquiry specifically held at p. D/2966 that Zurich acted in good faith and that the classification system was developed for legitimate economic and business reasons. This finding is fully supported by the evidence and I agree with it. The issue then becomes whether the setting of premiums on the basis of age, sex and marital status was reasonable in the circumstances.

Not only did the respondent honestly believe that in setting the premium for Mr. Bates it was acting in the best interests of its insurance business, its decision was also based on credible actuarial evidence. This was undoubtedly sound and accepted business practice and satisfies the first

d Application des principes aux faits

Il est admis dans le présent pourvoi que le mode de fixation des primes d'assurance-automobile en 1983 par l'ensemble de l'industrie de l'assurance, et plus particulièrement par Zurich était discriminatoire. On a aussi reconnu que cette discrimination se fonde sur des motifs interdits par le Code. Il faut maintenant déterminer si cette discrimination est autorisée par l'exception prévue par l'art. 21 du Code.

Par ailleurs, on ne paraît pas contester que Zurich a agi de bonne foi dans la fixation de ses primes d'assurance. La commission d'enquête a expressément indiqué, à la p. D/2966, que Zurich avait agi de bonne foi et que le système de classification avait été élaboré pour des motifs économiques et commerciaux légitimes. Les éléments de preuve viennent appuyer cette conclusion et j'y souscris. Il faut alors déterminer si la fixation des primes en fonction de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial était raisonnable dans les circonstances.

Dans l'établissement de la prime de M. Bates, l'intimée croyait honnêtement qu'elle agissait dans l'intérêt de son entreprise d'assurance et, par ailleurs, sa décision était fondée sur des données actuarielles valables. Il s'agissait certainement d'une pratique commerciale solidement fondée et

requirement of the reasonableness test to which I have referred. The relationship between risk and the age and sex of drivers was discussed in the *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, 1988, Chapter 6 (the "Osborne Report"). This inquiry investigated, *inter alia*, the correlation between insurance costs and criteria such as age, sex and marital status. The report, at p. 202, indicates that "[y]oung drivers are involved in proportionately more accidents, and more severe accidents than other drivers. The data are overwhelming on this issue". The report goes on to conclude that being male or female, or young or old does not cause accidents but a statistical correlation exists between these criteria and insurance losses.

This statistical analysis does not, however, fully satisfy the reasonableness test required by s. 21. Human rights values cannot be over-ridden by business expediency alone. To allow "statistically supportable" discrimination would undermine the intent of human rights legislation which attempts to protect individuals from collective fault. To allow discrimination simply on the basis of statistical averages would only serve to perpetuate traditional stereotypes with all of their invidious prejudices. Society has decided not to hold the individual responsible for the sins of his or her "group" and the courts must seek to further rather than restrict this decision. It is therefore necessary to consider whether there was an alternative which in all the circumstances was practicable. Did the industry as a whole have a reasonable alternative which would have avoided discrimination and, more specifically, did the respondent have such an alternative?

The appellant submits that there was an alternative: the industry and the respondent could have used neutral factors such as driving record, experience and vehicle use, all of which are currently employed in relation to policy-holders over 25 years of age. The Board accepted this submission.

reconnue qui satisfait à la première exigence du critère du caractère raisonnable que j'ai mentionnée. Le rapport entre le risque et l'âge et le sexe des conducteurs a été examiné dans le *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*, 1988, ch. 6 (le «Rapport Osborne»). Cette étude portait notamment sur le rapport entre les coûts d'assurance et des critères comme l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Le rapport précise, à la p. 202, que [TRADUCTION] «[l]es jeunes conducteurs subissent proportionnellement plus d'accidents et des accidents plus graves que les autres conducteurs. Les chiffres sont accablants sur ce point». Le rapport conclut que ce n'est pas le fait d'être un homme ou une femme ou un conducteur jeune ou vieux qui cause les accidents mais qu'il existe une corrélation statistique entre ces critères et les pertes en matière d'assurance.

d

Toutefois, cette analyse statistique ne satisfait pas pleinement au critère du caractère raisonnable exigé par l'art. 21. Les droits de la personne ne peuvent être écartés pour des raisons uniquement commerciales. Autoriser une pratique discriminatoire «statistiquement défendable» aurait pour effet de porter atteinte au but des lois sur les droits de la personne, qui tentent de protéger les personnes contre la faute collective. Autoriser une pratique discriminatoire simplement sur la foi de moyennes statistiques ne ferait que perpétuer les stéréotypes traditionnels avec tous leurs préjugés insidieux. La société a décidé de ne pas tenir une personne responsable des fautes de son «groupe» et les tribunaux doivent chercher à appliquer cette décision plutôt qu'à en limiter la portée. En conséquence, il faut déterminer s'il existait une autre solution pratique applicable dans toutes les circonstances. L'ensemble de l'industrie, et plus particulièrement l'intimée, possédait-elle une solution de rechange raisonnable qui aurait permis d'éviter la discrimination?

i

L'appelant prétend qu'il existait une autre solution: l'industrie et l'intimée auraient pu utiliser des facteurs neutres (profil d'accidents, expérience des conducteurs et utilisation du véhicule) qui servent actuellement à la fixation des primes des assurés de plus de 25 ans. La commission a accepté cette

j

It dealt with this issue, at p. D/2965, by asking itself the following question:

In narrower terms, has Zurich established that the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics for its rate classification system?

In my view, this set too high a standard and not one that s. 21 requires. It is a higher standard than the employment cases in Canada have demanded and appears to have been adopted from employment cases in the United States which are based on different legislation, utilizing different wording, employed in a different setting. This standard ascribes too narrow a meaning to what constitutes a practical alternative. An alternative may be impractical even though its adoption would not undermine the very essence of a business. By applying this standard, the Board gave insufficient weight to the difficulties inherent in attempting to adopt new criteria in the absence of an adequate statistical base. Furthermore, this standard tended to minimize the importance of the statutory framework within which the industry and the respondent were required to operate. In February of 1983, when this complaint arose, statistics were compiled as required by law on the basis of criteria that employed the impugned characteristics. No action was taken by the Superintendent to require collection of statistics on a different basis until the amended Statistical Plan was put in place in January of 1985. When the Board decided this case in August of 1985, the plan had only been in effect some seven months, well short of the three years which, on the evidence, are required to obtain meaningful statistics. In these circumstances, I am satisfied that setting premiums on a basis that did not rely on the classifications then in use was not a practical alternative for the industry.

It would have been even more impractical for the respondent to adopt unilaterally its own classifications based on non-discriminatory criteria. It was submitted by the appellant that Zurich could have collected additional statistics and based its

prétention et a formulé ainsi son opinion, à la p. D/2965:

[TRADUCTION] En termes plus stricts, Zurich a-t-elle établi que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées si elle ne pouvait plus appliquer de mesures discriminatoires dans le cadre de son système de classification des taux?

À mon avis, la norme est trop exigeante et n'est pas requise par l'art. 21. C'est une norme plus exigeante que celle requise dans les décisions en matière d'emploi au Canada; elle paraît tirée de décisions américaines en matière d'emploi, lesquelles sont fondées sur des lois différentes, formulées différemment, dans un contexte différent. Cette norme donne une interprétation trop étroite de ce qui constitue une solution de rechange pratique. En effet, une solution pourrait ne pas être pratique même si son adoption ne risque pas d'ébranler les fondations mêmes d'une entreprise. En appliquant cette norme, la commission n'a pas accordé suffisamment d'importance aux difficultés que présente la tentative d'adopter de nouveaux critères en l'absence de base statistique appropriée. Par ailleurs, cette norme a tendance à minimiser l'importance du cadre législatif à l'intérieur duquel l'industrie et l'intimée devaient fonctionner. En février 1983, au moment de la présente plainte, les statistiques étaient établies conformément aux exigences de la loi en fonction de critères fondés sur les caractéristiques attaquées. Le surintendant n'a pris aucune mesure pour exiger la collecte de statistiques fondées sur une base différente jusqu'à l'entrée en vigueur du plan statistique modifié en janvier 1985. Lorsque la commission a rendu sa décision dans la présente affaire en août 1985, le plan n'existe que depuis sept mois, ce qui est très loin des trois ans nécessaires à l'obtention, selon la preuve, de statistiques significatives. Dans ces circonstances, je suis convaincu que l'établissement des primes en fonction de critères non fondés sur les classifications alors en usage ne constituait pas une solution de rechange pratique pour l'industrie.

En outre, il aurait été encore moins pratique pour l'intimée d'adopter unilatéralement ses propres classifications fondées sur des critères non discriminatoires. L'appelant prétend que Zurich aurait pu recueillir des statistiques additionnelles et

premiums on them. This argument ignores the fact that Zurich is a single company in a highly competitive and complex industry. In Ontario alone there are over 180 insurers licensed to sell automobile insurance, with about 50 companies being major players. The evidence indicates that Zurich insures only 116,000 cars in a jurisdiction where over 3.5 million cars are insured in total. This represents only 3.6 percent of the market. The Statistical Plan not only combines the data of all insurers but the Plan also represents the cumulative loss experience of over 50 years of insurance. It would have been impractical, if not impossible, for Zurich to generate actuarially reliable figures on only its own data. Zurich required a wider pool of information in order to set its premiums in any meaningful way. The fact that it was theoretically possible to collect data based on other criteria does not establish that reasonable alternatives to the current system exist. Neither does the presence of data from U.S. jurisdictions which may or may not reflect the risks in Ontario. In any event, I am unwilling to accept the possibility of an alternative based on U.S. data that was not before the Board and is not before this Court.

calculator ses primes à partir de celles-ci. Cet argument ne tient pas compte du fait que Zurich constitue une seule société d'une industrie fort compétitive et complexe. Il existe en Ontario plus de 180 assureurs agréés pour la vente de l'assurance-automobile, dont environ 50 jouent un rôle important. D'après la preuve, Zurich assure seulement 116 000 voitures dans une province où plus de 3,5 millions de voitures sont assurées. Zurich n'occupe que 3,6 pour cent du marché. Le plan statistique regroupe non seulement les données de tous les assureurs, mais aussi les pertes cumulatives sur une période de plus de 50 ans dans l'industrie de l'assurance. En pratique, Zurich n'aurait pu obtenir des chiffres fiables du point de vue actuariel à partir de ses propres données seulement. Zurich avait besoin d'un bassin de données plus large pour fixer ses primes d'une façon significative. Le fait qu'il était possible en théorie de recueillir des données fondées sur d'autres critères n'établit pas l'existence de solutions raisonnables autres que l'utilisation du système actuel. Ni d'ailleurs l'existence de données de ressorts américains, dont on ne sait pas si elles reflètent les risques qui existent en Ontario. Quoi qu'il en soit, je ne puis accepter la possibilité d'une solution autre fondée sur des données américaines qui n'ont été présentées ni à la commission ni à notre Cour.

My colleague discusses the Pennsylvania case of *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (Pa. 1984), and concludes at p. 379 that "American data demonstrate that distance is a more accurate predictor of accident rates than gender". I simply wish to point out that that same jurisdiction, in the case of *Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (Pa. 1988), at p. 1167, upheld the conclusion that "there is no direct correlation between mileage and insurance costs". The complaint in that case was that flat rates for both men and women discriminated against women because the premiums did "not respond to the dis-

Ma collègue examine l'arrêt de la Pennsylvanie *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (Pa. 1984), et conclut, à la p. 379, que «d'autres données américaines indiquent que le kilométrage constitue un indicateur plus précis des taux d'accidents que le sexe». Je tiens tout simplement à signaler que, dans l'arrêt *Pennsylvania National Organization for Women c. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (Pa. 1988), la même cour a confirmé, à la p. 1167, la conclusion qu'[TRADUCTION] «il n'existe pas de corrélation directe entre la distance parcourue et les coûts d'assurance». Dans cette affaire-là, on s'était plaint que l'établissement de taux uniformes pour les hommes et les femmes constituait une mesure discriminatoire à l'endroit des femmes parce que les primes ne [TRADUCTION] «tenaient pas compte des

parity in mileage between men and women" (at pp. 1166-67).

The auto insurance industry is a highly competitive industry and to expect a single company to strike out on its own and take such a risk on behalf of itself and its clients is unreasonable. Not only would Zurich have lacked the volume of statistics to analyze but it would have taken a long period of time to determine a suitable alternative rating scheme, if in fact one exists. In the absence of alternative criteria to set premiums, it is unreasonable to expect Zurich to simply guess at an equitable distribution of premiums among the consumers it insures.

As previously noted, statistics are now being collected on a wide range of possible risk factors. This process was initiated in 1985 and would only have generated meaningful statistics in 1988. It may well be that there now exists a statistical basis for determining insurance premiums in a non-discriminatory manner. However, this appeal is limited to the situation as it existed in 1983 and not as it existed in 1988 or as it currently exists today. There is no guarantee, in fact, that this additional data will provide the industry with a mechanism in which to set premiums on non-discriminatory criteria. Mr. Newton, the senior actuary in the Office of the Superintendent indicated in his evidence to the Board of Inquiry that there were still doubts as to whether the 1985 changes would lead to effective non-discriminatory rating criteria.

One should also not lose sight of the effect of simply submerging high risk drivers into pools of lower risk drivers. If the premiums of Mr. Bates' class are arbitrarily spread out amongst other classes, the net effect of this change is that drivers in other classes will be forced to subsidize further a group of drivers who already fail to pay premiums sufficient to cover their insurance losses. It is not reasonable simply to submerge the risks associated with this group into other classes with no statistics

différences de distance parcourue par les hommes et les femmes» (aux pp. 1166 et 1167).

L'industrie de l'assurance-automobile est très concurrentielle; il n'est pas raisonnable de s'attendre qu'une société s'aventure seule dans une nouvelle voie et prenne des risques à ce chapitre tant pour elle-même qu'au nom de ses clients. Non seulement Zurich n'aurait pas eu suffisamment de statistiques à analyser, mais il lui aurait fallu longtemps pour trouver un autre système approprié de fixation des primes, à supposer qu'il en existe un. En l'absence d'autres critères pour la fixation des primes, il est déraisonnable de s'attendre que Zurich fasse une simple estimation d'une distribution équitable des primes entre les consommateurs qu'elle assure.

Comme je l'ai fait remarquer précédemment, on recueille maintenant des statistiques sur un vaste éventail de facteurs de risque. Cet exercice a commencé en 1985 et aurait produit des statistiques significatives en 1988 seulement. Il pourrait bien exister maintenant un fondement statistique qui permet de fixer d'une façon non discriminatoire les primes d'assurance. Toutefois, le présent pourvoi vise la situation qui existait en 1983 et non celle qui existait en 1988 ou qui existe aujourd'hui. Rien ne garantit que les données additionnelles obtenues fourniront à l'industrie un mécanisme de fixation des primes fondé sur des critères non discriminatoires. Monsieur Newton, l'actuaire principal du Bureau du surintendant, a indiqué dans son témoignage devant la commission d'enquête qu'on se demande encore si les modifications apportées en 1985 permettront de formuler des critères non discriminatoires efficaces de fixation des primes.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier l'effet que peut avoir la simple absorption de conducteurs à risques élevés par des catégories de conducteurs à faibles risques. Si le montant des primes que doivent payer les conducteurs de la catégorie de M. Bates est arbitrairement réparti sur d'autres catégories de conducteurs, la véritable incidence de ce changement est que les conducteurs des autres catégories seront forcés de subventionner davantage un groupe de conducteurs dont les

to support the classes into which these high-risk drivers are placed.

The insurance industry must be allowed time to determine whether it can restructure its classification system in a manner that will eliminate discrimination based on enumerated group characteristics and still reflect the disparate risks of different classes of drivers. It would therefore be inappropriate for this Court to find a particular practice to be unreasonable when no reasonable alternative exists. While the situation as it existed in 1983 did not provide a reasonable alternative to setting premiums based on age, sex and marital status, the situation today and in the future may be quite different. The insurance industry must strive to avoid setting premiums based on enumerated grounds.

Disposition

Zurich set its premiums on the basis of the only statistics available to the insurance industry at the time in question. These statistics supported the imposition of higher premiums on certain classes of drivers whose cumulative accident history suggested an increased insurance cost. Faced with an absence of any other criteria in which to set insurance rates, I am satisfied that Zurich set its rates on reasonable and *bona fide* grounds as those terms are used in s. 21 of the Code. Zurich was, in short, forced to use the industry wide statistics contained in the Superintendent's Statistical Plan to set its premiums. While it is not enough that insurance premiums be set in good faith and be supported by credible actuarial evidence, I find that Zurich has acted within the limits of s. 21 of the Ontario *Human Rights Code, 1981* in all the circumstances of this case. In view of this conclusion, it will not be necessary to consider the effect of s. 46(3) of

primes ne suffisent déjà pas à combler les pertes d'assurance. Il n'est tout simplement pas raisonnable de faire absorber les risques que représentent les conducteurs de ce groupe par d'autres catégories s'il n'existe pas de statistiques concernant ces autres catégories.

Il faut accorder à l'industrie des assurances suffisamment de temps pour déterminer si elle peut restructurer son système de classification d'une façon qui éliminera la discrimination fondée sur des caractéristiques particulières d'un groupe, tout en tenant compte des différents risques que présentent les différentes catégories de conducteurs. Il ne serait donc pas approprié pour notre Cour de conclure qu'une pratique donnée est déraisonnable lorsqu'il n'existe pas de solution de rechange raisonnable. Bien que la situation qui existait en 1983 n'ait pas conduit à l'adoption d'une solution autre que l'établissement des primes fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, la situation pourrait bien être différente aujourd'hui et dans l'avenir. L'industrie des assurances doit chercher à éviter de fixer des primes fondées sur des motifs interdits.

Dispositif

Zurich a fixé ses primes à partir des seules statistiques dont disposait l'industrie des assurances à l'époque en question. Ces statistiques soutenaient l'imposition de primes supérieures à certaines catégories de conducteurs quand les données cumulatives sur le nombre d'accidents indiquaient un accroissement des coûts d'assurance. En l'absence d'autres critères de calcul des taux d'assurance, je suis convaincu que Zurich s'est fondée sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, pour employer les termes de l'art. 21 du Code. Bref, Zurich était obligée d'utiliser les statistiques de l'ensemble de l'industrie contenues dans le plan statistique du surintendant. Certes, il n'est pas suffisant que les primes d'assurance soient établies de bonne foi et étayées de preuve actuarielles crédibles, mais j'estime que Zurich a respecté les limites de l'art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario dans toutes les circonstances de l'espèce. Vu cette conclusion, je n'ai pas à examiner l'incidence du par. 46(3) du Code. Je

the Code. I would therefore dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This case concerns the interpretation of s. 21 of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 (the “Code”) (now R.S.O. 1990, c. H.19, s. 22), which permits insurers to make distinctions in insurance policies on reasonable and bona fide grounds on account of age, sex, marital status, family status or handicap.

I have read my colleague Justice Sopinka's reasons, and I agree with his comprehensive examination of both the history of the classification system in Ontario and the background of the complaint in this case. While I also agree with his view that there exists a distinction between discrimination in employment and in insurance contracts, and with his analysis of the insurance context, I respectfully disagree with his interpretation of s. 21 of the Code, and with his treatment of the findings of fact by the Board of Inquiry.

I shall briefly allude to the facts before analyzing the decisions rendered below in light of my own view of the importance of the findings of the Board of Inquiry ((1985), 6 C.H.R.R. D/2948).

On April 30, 1984, a Board of Inquiry was appointed pursuant to the Code to hear and decide a complaint made by Michael G. Bates against the respondent insurance company. The complainant alleged that young, single male drivers must pay automobile insurance rates which exceed those of young, single female drivers and young, married male drivers, as well as rates set for all drivers over the age of 25, and that this discrepancy contravenes the provisions of the Code. Specifically, he submitted that he had been denied the right to contract on equal terms without discrimination and the right to equal treatment in services, goods and facilities, contrary to ss. 1, 3 and 8 of the Code, as

suis d'avis de rejeter le présent pourvoi, avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Le présent pourvoi porte sur l'interprétation de l'art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53 (le «Code») (maintenant L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 22), qui permet aux assureurs d'établir des distinctions dans les polices d'assurance pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, fondés sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka et je suis d'accord avec l'examen exhaustif qu'il présente de l'historique du système de classification en Ontario et des faits ayant donné naissance à la plainte qui nous intéresse. Bien que je sois d'accord avec lui qu'il faille faire une distinction entre la discrimination dans les contrats de travail et la discrimination dans les contrats d'assurance et que je souscrive à son analyse du contexte des assurances, avec égards, je ne partage pas son interprétation de l'art. 21 du Code ni celle qu'il donne aux conclusions de fait de la commission d'enquête.

Je ferai une brève allusion aux faits avant de procéder à l'analyse des décisions des instances inférieures vu l'importance que j'attache aux conclusions de la commission d'enquête ((1985), 6 C.H.R.R. D/2948).

Le 30 avril 1984, une commission d'enquête a été constituée conformément au Code pour connaître d'une plainte déposée par M. Michael G. Bates contre la compagnie d'assurances intimée. Dans sa plainte, M. Bates prétend que les jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin doivent payer des primes d'assurance-automobile supérieures à celles que paient les jeunes conductrices célibataires, les jeunes conducteurs mariés de sexe masculin et tous les conducteurs de plus de 25 ans. Monsieur Bates soutient que cette distinction contravient aux dispositions du Code. Plus particulièrement, il prétend qu'on le prive de son droit de contracter à conditions égales, sans discrimination,

my colleague Sopinka J. points out. The respondent has throughout these proceedings conceded that the classification system upon which the premiums were based constitutes a *prima facie* infringement of the Code, but contends that this infringement falls within the exception set out in s. 21 of the Code.

et de son droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, en contravention des art. 1, 3 et 8 du Code, comme l'indique mon collègue le juge Sopinka. L'intimée a reconnu tout au long des procédures que le système de classification à partir duquel elle calcule ses primes constitue une violation *prima facie* du Code, mais prétend que cette violation tombe dans l'exception prévue à l'art. 21 du Code.

b

Judgments

The Board of Inquiry relied on the line of cases from this Court interpreting the “*bona fide* occupational qualification” exception, and concluded that the distinctions in the classification scheme would be based on reasonable and *bona fide* grounds only if they were “reasonably necessary”. As formulated by the Board, at p. D/2964, the test under s. 21 of the Code emphasized the need for insurers to show the absence of practical alternatives to discriminatory practices, all the while recognizing the impossibility of individual testing for establishing insurance rates:

While, as stated above, it is unreasonable to expect automobile insurance companies to do individual testing, they should be scrutinized in terms of reasonable alternatives which may indicate whether the present scheme of rate classification is “reasonably necessary”. Without requiring that insurance companies assess individual characteristics for everyone, it is reasonable to inquire if it is possible or practical to deal with applicants for insurance under-25 in the context of a classification system that relies on characteristics other than age, sex or marital status. In other words, are there any characteristics which can be used which are non-discriminatory in the sense that they are not prohibited by sections 1 and 3 of the *Code*? We can ask whether Zurich has demonstrated that it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with the use of non-discriminatory criteria for rate classification.
[Emphasis added.]

The Board decided that the evidence proffered by the respondent did not satisfy that burden. Sev-

Les jugements

La commission d'enquête s'est fondée sur les arrêts de notre Cour qui interprètent l'exception de l'«exigence professionnelle justifiée» et elle a conclu que les distinctions établies par le système de classification seraient fondées sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi seulement si elles étaient «raisonnablement nécessaires». De l'avis de la commission, l'art. 21 du Code exige que les assureurs établissent qu'il n'existe pas de solution pratique autre que l'utilisation de mesures discriminatoires, mais reconnaît l'impossibilité de procéder à des tests individuels aux fins de la fixation des taux d'assurance (à la p. D/2964):

[TRADUCTION] Bien qu'il ne soit pas raisonnable, comme nous l'avons mentionné, de s'attendre que les compagnies d'assurance-automobile procèdent à des tests individuels, on devrait examiner s'il existe des solutions raisonnables autres qui permettraient de déterminer si le système actuel de classification des taux est «raisonnablement nécessaire». Sans exiger que les compagnies d'assurances évaluent les caractéristiques individuelles de chacun, il est raisonnable de se demander s'il est possible ou pratique d'utiliser à l'égard de l'auteur d'une demande d'assurance, qui serait âgé de moins de 25 ans, un système de classification fondé sur des caractéristiques autres que l'âge, le sexe ou l'état matrimonial. En d'autres termes, existe-t-il des caractéristiques non discriminatoires qui peuvent être utilisées, en ce sens qu'elles ne seraient pas interdites par les art. 1 et 3 du *Code*. Nous pouvons nous demander si Zurich a établi qu'il ne serait ni pratique ni possible de faire fonctionner le régime d'assurance-automobile au moyen de critères non discriminatoires de classification des taux. [Je souligne.]

La commission conclut que l'intimée n'a pas réussi à s'acquitter de ce fardeau de preuve. Cette

eral findings of fact were crucial to this decision. First, the Board said at p. D/2965:

There has simply been no evidence, in my opinion, offered to support the assertion that it has been scientifically proven that there is a direct, causal relationship between the discriminatory group factors used—age, sex and marital status and high risk. [Emphasis added.]

In fact, the Board noted that the evidence demonstrated that age, sex and marital status were likely only proxy factors, and had never been controlled or isolated in the statistics to determine whether a causal connection exists.

Second, the Board determined that there was no statistical basis for choosing the age of 25 as the dividing line, nor did other elements of the system, including the surcharge for convictions, multi-vehicle discounts and driver-training discounts, rest on any statistical basis. In the face of these anomalies, the Board concluded at p. D/2965 that:

... the automobile premium rate-structure in Ontario is as much if not more based upon economic and business decisions than upon the Statistical Plan.

Finally, the Board held that the respondent had clearly not proven that there were no other group factors which are non-discriminatory. The Superintendent of Insurance had been urging change for years, demonstrating that, in his view, feasible and desirable alternatives existed. The Board emphatically rejected the respondent's contention that the system was reasonable because it had been the only system in place for 50 years. "The insurance industry cannot", the Board held, "rely on its inaction and tradition to support a discriminatory rate classification system". Most importantly, the Board held at p. D/2966 that the evidence demonstrated that an alternative to the discriminatory rate

décision se fonde sur plusieurs conclusions de fait cruciales. Premièrement, la commission affirme, à la p. D/2965:

[TRADUCTION] À mon avis, aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de la prétention qu'il y a une preuve scientifique de l'existence d'un lien direct de causalité entre les facteurs de discrimination utilisés—l'âge, le sexe et l'état matrimonial—and le risque élevé. [Je souligne.]

En fait, la commission souligne que, selon la preuve, l'âge, le sexe et l'état matrimonial constituent vraisemblablement des facteurs qui en représentaient d'autres, que l'on n'avait jamais examinés séparément dans les statistiques pour déterminer l'existence d'un lien de causalité.

Deuxièmement, la commission conclut que le choix de l'âge de 25 ans comme ligne de démarcation n'est pas statistiquement fondé, non plus d'ailleurs que d'autres éléments du régime, savoir la surcharge en cas de déclaration de culpabilité, les réductions pour assurance de plusieurs véhicules et pour les cours de conduite automobile. Face à ces anomalies, la commission conclut, à la p. D/2965, que:

[TRADUCTION] ... la structure de fixation des taux d'assurance-automobile en Ontario repose autant, sinon plus, sur des décisions économiques et commerciales que sur le plan statistique.

Enfin, la commission indique que l'intimée n'a manifestement pas établi l'inexistence d'autres facteurs non discriminatoires dans la classification des groupes. Le surintendant des assurances demande depuis des années la modification du système, ce qui indique qu'il existe à son avis d'autres solutions envisageables et souhaitables. La commission rejette avec force la prétention de l'intimée que le système est raisonnable puisqu'il a été le seul système en vigueur depuis 50 ans. *[TRADUCTION]* «L'industrie de l'assurance ne peut pas se fonder sur son inaction et la tradition pour appuyer un système discriminatoire de classification des taux». Plus particulièrement, selon la commission, les éléments de preuve démontrent l'existence d'une solution autre que l'application d'un système discriminatoire de classification des taux, solution

classification system existed and was being used at the time of the hearing before the Board:

For those insured persons who are 25 or older, the industry relies solely on non-discriminatory, causally connected factors such as driving record, driving experience and vehicle use to establish rate differentials. The evidence indicates that this system has worked well. There has been no evidence offered to suggest that these factors cannot be used for insured persons who are under-25.

The Divisional Court of Ontario allowed the appeal from the decision of the Board of Inquiry ((1987), 58 O.R. (2d) 325). It rejected the Board's interpretation of s. 21 and held that the words "reasonable and *bona fide* grounds" should be construed according to their plain meaning. The Court concluded that the distinctions created by the classification system were reasonable distinctions since they were supported by reasonable, actuarially verified statistics, showing a higher rate of risk for single male drivers under the age of 25. In the alternative, the Divisional Court held that Zurich had met the test of reasonable necessity because it relied upon the only statistics available to it. The Court of Appeal affirmed the decision of the Divisional Court in a brief endorsement ((1989), 70 O.R. (2d) 639).

qui était utilisée au moment de l'audience devant la commission (à la p. D/2966):

[TRADUCTION] Pour les assurés de plus de 25 ans, l'industrie utilise seulement des facteurs non discriminatoires ayant un lien de causalité, comme le profil d'accidents, l'expérience du conducteur et l'utilisation du véhicule, pour justifier les différences entre les taux. D'après la preuve, ce système fonctionne bien. On n'a présenté aucun élément de preuve visant à établir que ces facteurs ne peuvent être utilisés à l'égard des assurés de moins de 25 ans.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté contre la décision de la commission d'enquête ((1987), 58 O.R. (2d) 325). Dans sa décision, elle rejette l'interprétation donnée à l'art. 21 par la commission et conclut que l'expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» devrait être interprétée dans son sens ordinaire. La cour affirme que les distinctions créées par le système de classification sont des distinctions raisonnables puisqu'elles sont fondées sur des statistiques raisonnables vérifiées du point de vue actuel, établissant un risque plus élevé pour les conducteurs célibataires de sexe masculin de moins de 25 ans. Subsiliairement, la Cour divisionnaire conclut que Zurich a satisfait au critère de la nécessité raisonnable parce qu'elle s'est fondée sur les seules statistiques dont elle dispose. La Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour divisionnaire dans des motifs succincts ((1989), 70 O.R. (2d) 639).

Relevant Statutory Provisions

At the time of the complaint, the relevant provisions of the *Human Rights Code, 1981* read as follows:

1. Every person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities, without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

3. Every person having legal capacity has a right to contract on equal terms without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin,

Les dispositions législatives pertinentes

Le libellé des dispositions pertinentes du *Code des droits de la personne (1981)* à l'époque de la plainte était le suivant:

1. Toute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

3. Toute personne jouissant de la capacité juridique a le droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le

citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

8. No person shall infringe or do, directly or indirectly, anything that infringes a right under this Part.

21. The right under sections 1 and 3 to equal treatment with respect to services and to contract on equal terms, without discrimination because of age, sex, marital status, family status or handicap, is not infringed where a contract of automobile, life, accident or sickness or disability insurance or a contract of group insurance between an insurer and an association or person other than an employer, or a life annuity, differentiates or makes a distinction, exclusion or preference on reasonable and bona fide grounds because of age, sex, marital status, family status or handicap. [Emphasis added.]

Sections 1 and 3 have subsequently been amended to add sexual orientation as a prohibited ground of discrimination (*Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1986*, S.O. 1986, c. 64, s. 18).

Analysis

This Court is required to interpret, for the first time, the term "reasonable and *bona fide grounds*" in s. 21 of the Ontario *Human Rights Code, 1981* as it applies to the facts of this case.

General Principles

The starting point for any analysis of human rights legislation is the recognition that the purpose of such legislation is the protection of fundamental individual rights. These rights are violated if stereotypical group characteristics are ascribed to individuals. Since the protection of human rights is vitally important in our society, legislation prohibiting discrimination must be construed broadly using a purposive approach. The approach of this Court to the interpretation of human rights legislation is typified by the statement of McIntyre J. in

lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

a **8.** Nul ne doit porter atteinte à un droit reconnu par la présente partie ni faire, directement ou indirectement, quoi que ce soit qui porte atteinte à un tel droit.

b **21.** Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu aux articles 1 et 3, à un traitement égal en matière de services et de contrats à conditions égales sans discrimination fondée sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap le fait qu'un contrat d'assurance-automobile, d'assurance-vie, d'assurance-accident, d'assurance-maladie ou d'assurance-invalidité, qu'un contrat d'assurance-groupe entre un assureur et une association ou une personne autre qu'un employeur, ou qu'une rente viagère, établisse des distinctions entre des personnes, les exclut ou leur accorde la préférence pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi et fondés sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap. [Je souligne.]

Les articles 1 et 3 ont par la suite été modifiés pour ajouter l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite (*Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1986*, L.O. 1986, ch. 64, art. 18).

Analyse

Notre Cour doit interpréter pour la première fois l'expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» contenue à l'art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)*, de l'Ontario, telle qu'elle s'applique aux faits du présent pourvoi.

Les principes généraux

i Le point de départ de toute analyse des lois en matière de droits de la personne est la reconnaissance que l'objet de ces lois est la protection des droits fondamentaux de la personne. Il y a violation de ces droits si les stéréotypes d'un groupe sont attribués à une personne. Puisque la protection des droits de la personne revêt une importance vitale dans notre société, les lois antidiscriminatoires doivent recevoir une interprétation large dans le cadre d'une analyse en fonction de leur objectif. L'énoncé du juge McIntyre dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la

Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547:

Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.

A logical corollary to this purposive approach is the narrow interpretation of exceptions within human rights legislation. Defences to discrimination under the Code must be narrowly construed so that the larger objects of the Code are not frustrated. In this regard, the comments of Justice Lamer, now Chief Justice, in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58, are apposite:

When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the "human rights" of the people living in that jurisdiction, then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others. Therefore, short of that legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language in the Code or in some other enactment, it is intended that the Code supersede all other laws when conflict arises. [Emphasis added.]

Similarly, Beetz J. wrote in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 307:

It has been decided by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, and reaffirmed in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, that *bona fide* occupational qualification exceptions in human rights legislation should, in principle, be interpreted restrictively since they take away rights which otherwise benefit from a liberal interpretation.

See also *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, at pp. 567-69 and 589.

p. 547, est caractéristique de la façon dont notre Cour a interprété les lois en matière de droits de la personne:

^a Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application.

^b Un corollaire logique de cette analyse en fonction de l'objet est qu'il faut interpréter restrictive-
^c ment les exceptions contenues dans la législation des droits de la personne. Il faut interpréter restrictive-
ment les justifications invoquées à l'égard d'une mesure discriminatoire pour faire obstacle aux objets généraux du Code. Les commentaires du juge Lamer, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158, sont pertinents:

Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit. [Je souligne.]

^g Le juge Beetz a tenu des propos similaires dans *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 307:

Cette Cour a décidé dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, et confirmé dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, que les exceptions relatives aux exigences professionnelles réelles, que l'on trouve dans les lois en matière de droits de la personne, doivent, en principe, s'interpréter restrictivement puisqu'elles suppriment des droits qui autrement recevraient une interprétation libérale.

^j Voir aussi l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, aux pp. 567 à 569 et à la p. 589.

It is noteworthy that the exception in s. 21 of the Code is unlike the “exceptions” at issue in *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603, and the second branch of s. 20 in *Brossard*. In those cases, the provisions in question limited rights and also conferred rights. As stated by McIntyre J. in *Caldwell*, at p. 626:

... the courts should not in construing s. 22 consider it merely as a limiting section deserving of a narrow construction. This section, while indeed imposing a limitation on rights in cases where it applies, also confers and protects rights.

Section 21, in contrast, confers no rights. It simply provides a defence to what would otherwise be discrimination contrary to the Code, and must therefore be narrowly construed.

Before turning to the interpretation of s. 21, it is also important to emphasize the general principle of deference to administrative tribunals. Curial deference to the findings of the Board of Inquiry is appropriate both because of their expertise in matters of human rights and because the board was in the best position to assess the evidence before it.

These principles have been well established by this Court. Most recently, this Court considered the principle of curial deference in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324. In a concurring opinion, Wilson J. at p. 1336 reviewed the evolution of this principle in Canadian law and the growing reluctance of courts to interfere with decisions made by administrative tribunals within their areas of expertise:

Part of this process has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who

Il importe de signaler que l’exception contenue dans l’art. 21 du Code est différente des «exceptions» en cause dans l’arrêt *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, et de l’exception énoncée au deuxième volet de l’art. 20, examinée dans l’arrêt *Brossard*. Dans ces arrêts, les dispositions visées imposaient des limites à des droits et conféraient également des droits. Comme le souligne le juge McIntyre dans l’arrêt *Caldwell*, à la p. 626:

... les tribunaux ne doivent pas considérer l’art. 22 simplement comme une disposition limitative qui doit être interprétée restrictivement. Tout en imposant des limites à des droits dans les cas où il s’applique, cet article confère et protège également des droits.

Par contre, l’art. 21 ne confère pas de droits. Il offre simplement un moyen de défense relativement à une mesure qui autrement serait discriminatoire en vertu du Code; il doit en conséquence s’interpréter restrictivement.

Avant d’interpréter l’art. 21, il importe également de faire ressortir le principe général de retenue à l’égard des décisions des tribunaux administratifs. La retenue judiciaire s’impose relativement aux conclusions de la commission d’enquête puisqu’elle est spécialisée dans les questions de droits de la personne et qu’elle se trouvait en l’espèce la mieux placée pour évaluer les éléments de preuve qui lui étaient présentés.

Ces principes ont été bien établis par notre Cour. Récemment, notre Cour a examiné le principe de la retenue judiciaire dans *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324. Dans une opinion concordante, le juge Wilson a examiné, à la p. 1336, l’évolution de ce principe en droit canadien ainsi que l’hésitation grandissante des cours de justice à modifier les décisions prises par les tribunaux administratifs dans leur sphère de compétence:

i C'est là un processus qui s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisi de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés

have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise.

financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller.

a Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work. [Emphasis added.]

b Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme. [Je souligne.]

c Similarly, in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, Justice McLachlin for the majority held at p. 669:

d De la même façon, dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, affirme à la p. 669:

Courts should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals, such as the Labour Board in this case. This deference extends both to the determination of the facts and the interpretation of the law.

e Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés comme la Commission en l'espèce. Cette retenue s'étend à la fois à la constatation des faits et à l'interprétation de la loi.

Wilson J. agreed with this principle, although she dissented on its application to the facts of the case at p. 650:

f Le juge Wilson était d'accord avec ce principe, mais dissidente quant à son application aux faits du pourvoi (à la p. 650):

The principle of curial deference to decisions of administrative tribunals is grounded not only on sound judicial policy but also on good common sense. It is quite unrealistic in this age of increasingly complex and highly specialized regulatory regimes to expect the courts to have the requisite knowledge and skill to adjudicate properly on some of those regimes.

g *h* La notion de retenue à l'égard des décisions de tribunaux administratifs repose non seulement sur de solides principes judiciaires, mais aussi sur le gros bon sens. Il est tout à fait irréaliste à cette époque, caractérisée par des régimes de réglementation de plus en plus complexes et hautement spécialisés, de s'attendre à ce que les cours de justice possèdent les connaissances et le savoir-faire nécessaires pour rendre des décisions valables concernant certains de ces régimes.

i My colleague Gonthier J. made the appropriate distinctions in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1745-46:

Mon collègue le juge Gonthier a fait les distinctions appropriées dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, aux pp. 1745 et 1746:

It is trite to say that the jurisdiction of a court on appeal is much broader than the jurisdiction of a court on judicial review. In principle, a court is entitled, on appeal, to disagree with the reasoning of the lower tribunal.

j Il va de soi que la compétence d'un tribunal saisi d'un appel est beaucoup plus large que celle d'un tribunal qui exerce un contrôle judiciaire. En principe, le tribunal saisi d'un appel a le droit d'exprimer son désaccord avec le raisonnement du tribunal d'instance inférieure.

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

^b See also *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at pp. 1002 (La Forest J.), 1020 (Wilson J.) and 1033 (L'Heureux-Dubé J.); *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at pp. 1322-26; and *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, at p. 629.

^c Voir aussi *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1002 (le juge La Forest), à la p. 1020 (le juge Wilson) et à la p. 1033 (le juge L'Heureux-Dubé); *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, aux pp. 1322 à 1326; et *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, à la p. 629.

The principle of curial deference is thus applied most stringently in the judicial review of administrative action. The findings of a specialized tribunal can only be overturned by a court if they are patently unreasonable.

Dans le contexte du contrôle judiciaire d'une décision administrative, le principe de la retenue judiciaire est donc appliqué très strictement. Les conclusions d'un tribunal spécialisé ne peuvent être infirmées par une cour de justice que dans le cas où elles sont carrément déraisonnables.

The principle of curial deference is also applicable in cases where appellate courts are expressly given a broader power of review, here the Board of Inquiry under s. 41(3) of the Code. The importance of curial deference to the Board of Inquiry was recognized by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 211. McIntyre J. there noted that because of the broader power of review, it would not always be an error for the appellate court to substitute its findings for those of the board. However, he acknowledged the importance of the principle set out in *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712, at p. 716, where Hughes J. held that:

^f Le principe de la retenue judiciaire s'applique également dans les cas où une cour d'appel jouit expressément d'un vaste pouvoir de contrôle, en l'espèce la commission d'enquête en vertu du par. 41(3) du Code. L'importance de la retenue judiciaire à l'égard de la commission d'enquête a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 211. Dans ce pourvoi, le juge McIntyre indique qu'en raison de son large pouvoir de contrôle, une cour d'appel ne commet pas toujours une erreur si elle substitue ses propres conclusions à celles de la commission d'enquête. Toutefois, il a reconnu l'importance du principe établi dans *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712, à la p. 716, dans lequel le juge Hughes affirme:

... the learned Inquiry Officer's finding that the mandatory retirement provision was a *bona fide* occupa-

^j [TRADUCTION] ... la conclusion du commissaire-enquêteur que la disposition concernant la retraite obligatoire

tional qualification and requirement for Cosgrove's employment was a finding of fact. . . It was he who heard the evidence and under the circumstances was the only authority capable of judging the good faith of the assertions made before him. No appellate Court, in my respectful view, should overlook this signal advantage.

Thus, in my view, particular attention should be paid to the findings of the Board of Inquiry and both a court of appeal and this Court should, absent error, be loathe simply to substitute their own opinions for well-considered views and findings of the Board of Inquiry, even in cases like this one where, as my colleague points out, there is no privative clause and the appeal provision is wider than the normal powers of an appellate court. This, *en passant*, was also the case in *Etobicoke, supra*. I still hold to the opinion expressed in *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, as regards powers of appeal courts in such circumstances.

It is against this background that this case must be examined.

As stated earlier, the respondent has conceded that the classification system upon which its premiums were based constitutes a *prima facie* infringement of the Code. The sole issue, therefore, is whether the discriminatory classification scheme is saved under the exception set out in s. 21.

"Reasonable and bona fide grounds" under s. 21

There has been no judicial interpretation of s. 21 of the Code. Similar exceptions have, however, been considered by this Court. The interpretation of an exception for "bona fide occupational qualification and requirement" was at issue in *Etobicoke*. In that case, McIntyre J. held at p. 208 that:

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is

était une exigence professionnelle justifiée du travail chez Cosgrove constituait une conclusion de fait. [...] C'est lui qui a entendu la preuve et qui, dans les circonstances, était la seule personne en mesure de déterminer la bonne foi des témoignages devant lui. À mon humble avis, une cour d'appel ne devrait pas ignorer cet avantage capital.

En conséquence, il faut accorder une attention toute particulière, à mon avis, aux conclusions de la commission d'enquête; une cour d'appel et notre Cour, sauf erreur, devraient hésiter à substituer simplement leurs propres opinions aux conclusions mûrement réfléchies de la commission d'enquête, même dans des cas comme celui-ci où, comme le souligne mon collègue, il n'y a pas de clause privative et où la disposition relative aux appels est plus large que les pouvoirs normaux d'une cour d'appel. C'était d'ailleurs aussi le cas dans *Etobicoke*, précité. Je maintiens l'opinion exprimée dans *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, au sujet des pouvoirs des cours d'appel dans de telles circonstances.

C'est dans ce contexte que le présent pourvoi doit être examiné.

Comme je l'indique plus haut, l'intimée a reconnu que le système de classification utilisé aux fins du calcul des primes est une violation *prima facie* du Code. En conséquence, la seule question est de savoir si ce système de classification est sauvagardé par l'exception prévue à l'art. 21.

«Motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» selon l'art. 21

Il n'existe aucune jurisprudence sur l'interprétation de l'art. 21 du Code. Toutefois notre Cour a déjà examiné des exceptions similaires. Par exemple, dans l'arrêt *Etobicoke*, nous avons dû interpréter l'expression «exigence professionnelle réelle». Dans cet arrêt, le juge McIntyre affirme à la p. 208:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est impo-

imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public. [Emphasis added.]

In *Brossard*, the legislation provided an exception for "aptitudes or qualifications required in good faith". Beetz J. articulated two criteria for establishing "reasonable necessity", the second branch of the *Etobicoke* test at pp. 311-12:

(1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question. In *Etobicoke*, for example, physical strength evaluated as a function of age was rationally connected to the work of being a fireman.

(2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question. The sixty-year mandatory requirement age in *Etobicoke* was disproportionately stringent, for example, in respect of its objective which was to ensure that all firemen have the necessary physical strength for the job.

Since *Etobicoke* and *Brossard*, the Court has emphasized the requirement, implicit in the second criterion, that the party who seeks to justify discrimination against an individual must show that there is no reasonable or practical alternative. In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, Sopinka J. wrote for the Court at pp. 1313-14:

a
b
c
d
e
f
g
h
i
j

sée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Brossard*, la loi en question comportait une exception fondée «sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi» pour un emploi. Le juge Beetz a énoncé deux critères aux fins de l'examen de la «nécessité raisonnable», le deuxième volet du critère formulé dans *Etobicoke*, aux pp. 311 et 312:

(1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question. Dans l'affaire *Etobicoke*, par exemple, la force physique évaluée selon l'âge avait un lien rationnel avec le travail de pompier.

(2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question. Par exemple, l'âge de la retraite obligatoire à soixante ans dans l'affaire *Etobicoke* était d'une sévérité disproportionnée à son objectif qui était de s'assurer que tous les pompiers possédaient la force physique nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions.

Depuis les arrêts *Etobicoke* et *Brossard*, notre Cour a fait ressortir la nécessité (implicite dans le deuxième critère) pour la partie qui cherche à justifier la discrimination contre une personne d'établir qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable ou pratique. Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, le juge Sopinka affirme, au nom de notre Cour, aux pp. 1313 et 1314:

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it. [Emphasis added.]

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette solution. [Je souligne.]

Or, as Wilson J. said in the recent judgment in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 518:

If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be *bona fide*.

(See also the concurring reasons of Sopinka J. in that case at pp. 526-27.)

While these tests are helpful, they have clearly been developed by this Court in the employment context, as my colleague Sopinka J. rightly points out. Should this test form the basis for interpretation of "reasonable and *bona fide* grounds" in s. 21 of the Code, and if so, should the test be modified? If not, what test should apply?

My colleague Sopinka J. proposes, at p. 342, a modification of the *Brossard* test applicable to the insurance context so that, under s. 21, a discriminatory practice would be reasonable if the insurer could show that it was based on a "sound and accepted insurance practice" and there is no practical alternative. He defines, at pp. 342-43, a practice as sound if it is "desirable to adopt for the purpose of achieving the legitimate business objective of charging premiums that are commensurate with risk". As well, the insurer must prove *bona fides* by showing that the practice was adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code. My own view is

Ou encore comme l'affirme le juge Wilson dans l'arrêt récent *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 518:

S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée.

(Voir aussi les motifs concordants du juge Sopinka aux pp. 526 et 527.)

Bien que ces critères soient utiles, ils ont clairement été élaborés par notre Cour dans le contexte de l'emploi, comme le fait bien ressortir mon collègue le juge Sopinka. Ces critères devraient-ils constituer le fondement de l'interprétation de l'expression «pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» visée à l'art. 21 du Code? Dans l'affirmative, devraient-ils être modifiés? Sinon, quels critères devrait-on appliquer?

Mon collègue le juge Sopinka propose, à la p. 342, une modification du test énoncé dans l'arrêt *Brossard* dans le contexte des assurances de sorte que, en vertu de l'art. 21, une mesure discriminatoire serait raisonnable si l'assureur pouvait démontrer qu'elle est basée sur «une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances» et qu'il n'existe pas d'autre solution pratique. À son avis, aux pp. 342 et 343, une pratique est solidement fondée «si l'on estime souhaitable de l'adopter pour atteindre l'objectif commercial légitime d'imposer des primes proportionnelles au risque». Par ailleurs, l'assureur doit prouver qu'il a agi de bonne foi en démontrant que la pratique a été adoptée honnêtement, d'une

that the proper test should be less stringent than the one used by the Board of Inquiry, but more stringent than that devised by the Divisional Court and my colleague's proposed test.

façon conforme aux pratiques commerciales que l'on estime solidement fondées et reconnues, et non seulement pour porter atteinte aux droits garantis par le Code. À mon avis, le critère approprié devrait être moins sévère que celui utilisé par la commission d'enquête, mais plus sévère que celui formulé par la Cour divisionnaire et que celui proposé par mon collègue.

The reasons of the Board of Inquiry and of the Divisional Court reflect two radically different approaches to s. 21 of the Code. The Divisional Court rejected the applicability of the "*bona fide* occupational qualification" jurisprudence to the case at bar. In its view, a stringent test was required in the employment context because individual assessment was generally desirable and feasible. Individual assessment is not possible in insurance, and in fact, defeats the purpose of insurance. Therefore, in the view of the Divisional Court, the "*bona fide* occupational qualification" test developed in the employment context was of no assistance in the interpretation of "reasonable and *bona fide* grounds" in the insurance context.

Les motifs de la commission d'enquête et de la Cour divisionnaire reflètent deux approches diamétralement opposées dans l'analyse de l'art. 21 du Code. La Cour divisionnaire estime que la jurisprudence sur la «qualification professionnelle justifiée» n'est pas applicable en l'espèce. À son avis, le contexte de l'emploi nécessite un critère sévère parce qu'il est généralement souhaitable et possible de procéder à des tests individuels. Les tests individuels dans le domaine des assurances ne sont pas possibles et vont, en fait, à l'encontre de l'objet des assurances. En conséquence, selon la Cour divisionnaire, le critère «de l'exigence professionnelle justifiée» élaboré dans le contexte de l'emploi n'est d'aucune utilité pour l'interprétation des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» dans le contexte de l'assurance.

The Board of Inquiry, by contrast, adopted at p. D/2965 the *bona fide* occupational qualification test and then expanded it, based on American authorities, so that the respondent was required to demonstrate that "the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics". It went as far as to hold, at p. D/2964, that the burden for the respondent was to demonstrate that "it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with the use of non-discriminatory criteria for rate classification".

Par contre, la commission d'enquête a adopté, à la p. D/2965, le critère de l'exigence professionnelle justifiée et, après examen de la jurisprudence américaine, l'a élargi de façon à exiger de l'intimée qu'elle établisse que [TRADUCTION] «les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées si elle ne pouvait plus appliquer les mesures discriminatoires». Elle est même allée jusqu'à dire, à la p. D/2964, que l'intimée devait établir [TRADUCTION] «qu'il ne serait ni pratique ni possible de faire fonctionner le système d'assurance-automobile au moyen de critères non discriminatoires de classification des taux».

In my opinion, both the Divisional Court and the Board of Inquiry erred in their formulations of the requisite tests. By relying on stereotype and entrenched practice, the approach of the Divisional Court subverts the very purpose of human rights legislation. The test adopted by the Board of Inquiry, at the other extreme, would make it practically impossible for an insurance company to jus-

À mon avis, la Cour divisionnaire et la commission d'enquête ont toutes deux erré dans leur formulation du test requis. En se fondant sur les stéréotypes et la pratique établie, l'analyse de la Cour divisionnaire modifie en profondeur l'objet même de la législation des droits de la personne. À l'autre extrême, selon le test adopté par la commission d'enquête, il serait pratiquement impossible pour

tify a distinction based on a prohibited ground. This would render s. 21 meaningless and surely could not have been the intention of the Legislature.

In my view, the test for "reasonable and *bona fide* grounds" should be based on that established by this Court for "*bona fide* occupational qualification", "*bona fide* occupational requirement" and "aptitudes and qualifications required in good faith". The terms "reasonable and *bona fide*" are stronger than the single term "*bona fide*"; therefore, there is no basis for concluding, as the Divisional Court did, that the former is a less stringent exception than the latter.

Moreover, the protection of individual rights is equally important in employment and insurance contexts. As the Alberta Human Rights Commission submitted:

The *Code*, on its face prohibits discrimination in public services, contract, and employment with equal vigour. Nothing in the statute or its history, nor that of other Canadian human rights statutes, suggests a diminished standard of interpretation for defence sections outside of the employment area.

Support for the broader applicability of the "*bona fide* occupational qualification" test can also be found in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.), at pp. 408-9. In that case, the court compared the defences in paras. 15(a) and (g) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, and determined that despite the differences in wording, the defences should be given the same interpretation:

Similarly, it might be concluded that the two phrases—"bona fide occupational requirement" (as in paragraph 15(a)) and "bona fide justification" (as in paragraph 15(g)) convey the same meaning, except that the former is applicable to employment situations, whereas the latter is used in other contexts. The choice of these

une compagnie d'assurances de justifier une distinction fondée sur un motif interdit. L'article 21 serait alors dépourvu de toute signification, ce qui est certainement contraire à l'intention du législateur.

À mon avis, le test des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» devrait être fondé sur celui que notre Cour a retenu relativement à «la qualification professionnelle normale», à «l'exigence professionnelle normale» et aux «aptitudes et qualifications exigées de bonne foi (*bona fide*)». Les termes «de façon raisonnable et de bonne foi (*bona fide*)» sont plus forts que le seul terme «normal» (*bona fide*) et en conséquence, la Cour divisionnaire n'était pas justifiée de conclure comme elle l'a fait que la première exception est moins sévère que la deuxième.

Par ailleurs, la protection des droits de la personne est tout aussi importante dans le contexte de l'emploi que dans celui de l'assurance. Comme l'indique la Commission des droits de la personne de l'Alberta:

[TRADUCTION] Le *Code* interdit avec la même vigueur toute forme de discrimination dans la prestation de services au public, dans l'exécution de contrats et en matière d'emploi. La loi, son historique ou les autres lois canadiennes en matière de droits de la personne n'ont pas pour effet d'établir un critère d'interprétation moins exigeant dans le cas des moyens de défense hors du domaine de l'emploi.

L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.), aux pp. 408 et 409, vient aussi appuyer l'applicabilité plus étendue du critère de «l'exigence professionnelle justifiée». Dans cet arrêt, la cour comparait les moyens de défense prévus aux al. 15a) et g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et a conclu que, malgré leur libellé différent, ces moyens de défense devraient recevoir la même interprétation:

De la même manière, on pourrait conclure que les deux expressions—«exigences professionnelles justifiées» (alinéa 15a) et «motif justifiable» (alinéa 15g)—ont la même signification, sauf que la première expression est applicable aux situations d'emploi, alors que la deuxième est utilisée dans d'autres contextes. Le choix

different words used to justify *prima facie* discrimination, therefore, are matters of style rather than of substance.

In my opinion the test set out by Beetz J. in *Brossard, supra*, should form the basis for determining whether the discriminatory classifications in this case are based on "reasonable and *bona fide* grounds". Given, however, the context of the *Brossard* case, some modifications are required in the present context, which the legislature itself recognized. I would therefore adopt the basic framework from *Brossard*, and restate the test to be applied under s. 21 of the Code. Like my colleague Sopinka J., I would adopt a two-pronged test with subjective and objective components.

As to the subjective component of the test, to be based on reasonable and *bona fide* grounds, a distinction, exclusion or preference because of age, sex, marital status, family status or handicap in an insurance contract must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such distinction, exclusion or preference accurately reflects the cost of the risk insured, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code.

The objective component of the test requires that the distinction, exclusion or preference be related in an objective sense to the insured risk, in that it is reasonably necessary to assure the proper allocation of risk among insured groups. Whether the distinction, exclusion or preference is reasonably necessary can be determined by considering the following two guidelines:

(1) Is the distinction, exclusion or preference rationally connected to the insured risk? This rational connection must be something more than a statistical correlation; a causal connection between the distinction and the insured risk must be established. Proof of a rational connec-

de ces différents termes pour justifier une discrimination à première vue ne constitue donc qu'une question de forme plutôt qu'une question de fond.

À mon avis, le test énoncé par le juge Beetz dans l'arrêt *Brossard*, précité, devrait servir à déterminer si les classifications discriminatoires en l'espèce sont fondées sur des «motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi». Toutefois, vu le contexte de l'arrêt *Brossard*, il y a lieu d'apporter certaines modifications à ce test dans le contexte qui nous intéresse, ce que le législateur a lui-même reconnu. En conséquence, je suis d'avis d'adopter le cadre fondamental de l'arrêt *Brossard* et de reformuler le test à appliquer en vertu de l'art. 21 du Code. Comme mon collègue le juge Sopinka, j'adopterais un test à deux volets, comportant un élément subjectif ainsi qu'un élément objectif.

En ce qui concerne l'élément subjectif du test, pour reposer sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, une distinction, une exclusion ou une préférence fondée, dans un contrat d'assurance, sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette distinction, exclusion ou préférence est imposée pour traduire exactement le coût du risque assuré, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code.

L'élément objectif du test exige que la distinction, l'exclusion ou la préférence se rapporte objectivement au risque assuré, en ce qu'il est raisonnablement nécessaire pour assurer une répartition appropriée des risques entre les groupes d'assurés. En respectant les deux lignes directrices suivantes, on pourra déterminer si la distinction, l'exclusion ou la préférence est raisonnablement nécessaire:

(1) La distinction, l'exclusion ou la préférence a-t-elle un lien rationnel avec le risque assuré? Ce lien rationnel doit être davantage qu'une corrélation statistique; un lien de causalité entre la distinction et le risque assuré doit être établi. La preuve de l'existence d'un lien rationnel ne peut

tion must also consist of more than a simple reliance on traditional or accepted insurance practices which may be nonetheless needlessly discriminatory.

(2) Is the distinction, exclusion or preference a reasonable means of identifying and classifying similar risks? Under this section of the test, the availability of alternative means of ascertaining the risk can be measured.

I recognize, as did the Divisional Court, that while individual testing may be both feasible and desirable in the employment context, it is not possible in the insurance context where, as my colleague points out, rates are based on characteristics shared by members of an identifiable group. I agree with Sopinka J. that it is inevitable that some individuals placed in a particular group will not share the average characteristics of that group, will pose less of a risk than the average member and will hence suffer from inclusion in the group. However, in keeping with the spirit of the Court's comments in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, *supra*, and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, the desirability of placing the fewest individuals in this position by identifying groups that are as little over-inclusive as possible is important in applying the test, particularly in the evaluation of available alternatives and the proportionality of the discriminatory classification.

Although the Board applied the "reasonably necessary" component of the test, it may have required too onerous a burden of proof from the respondent in so far as it required Zurich to show that it would be "impractical or impossible" to operate its business with the use of non-discriminatory criteria for rate classification. Accordingly, it is necessary to review the Board's findings of fact, bearing in mind the less stringent test that I have devised, in order to ascertain whether the respondent has met the appropriate burden of proof.

consister uniquement dans la simple application de pratiques traditionnelles ou généralement admises dans le domaine des assurances, qui peuvent bien être inutilement discriminatoires.

(2) La distinction, l'exclusion ou la préférence constitue-t-elle un moyen raisonnable d'identifier et de classifier des risques similaires? Dans ce volet du test, on peut déterminer s'il existe d'autres moyens d'évaluer le risque.

À l'instar de la Cour divisionnaire, je reconnais que bien qu'il soit envisageable et souhaitable de recourir à des tests individuels en matière d'emploi, cela ne l'est pas dans le contexte des assurances où, comme mon collègue le fait ressortir, les taux sont fondés sur des caractéristiques communes à un groupe donné. Je suis d'accord avec le juge Sopinka qu'il est inévitable que certaines personnes classées dans un groupe donné n'auront pas les mêmes caractéristiques que l'assuré moyen de ce groupe, présenteront moins de risques que l'assuré moyen du groupe en question et subiront donc un préjudice si elles se trouvent classées dans le groupe en question. Toutefois, dans l'esprit des commentaires de notre Cour dans les arrêts *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)* et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, précités, il est tout particulièrement souhaitable qu'en application de ce test, le moins possible de personnes soient placés dans cette situation en identifiant des groupes qui soient les moins vastes possible, notamment dans le cadre de l'évaluation d'alternatives et du caractère proportionnel de la classification discriminatoire.

Bien que la commission d'enquête ait appliqué l'élément de «nécessité raisonnable» du test, elle a possiblement imposé à Zurich un fardeau de preuve trop lourd en exigeant la preuve qu'il ne serait ni pratique ni possible d'exploiter son entreprise à partir de critères non discriminatoires de classification des taux. En conséquence, il est nécessaire de revoir les conclusions de fait de la commission, en gardant à l'esprit le test moins sévère que j'ai élaboré, afin de déterminer si l'intimée s'est acquittée du fardeau de preuve qui lui incombaît.

Application

Since the appellant has established a *prima facie* case of discrimination, the burden rests on the respondent to demonstrate the “reasonable and *bona fide* grounds” upon which the discriminatory classification system rests. As McIntyre J. held in *Etobicoke*, at p. 208:

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination. . . he is entitled to relief in the absence of justification by the employer. The only justification which can avail the employer in the case at bar, is the proof, the burden of which lies upon him, that such compulsory retirement is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the employment concerned. The proof, in my view, must be made according to the ordinary civil standard of proof, that is upon a balance of probabilities.

It has been accepted by all the parties that the discriminatory classification scheme used by the respondent was chosen in good faith. There is no question that the first, subjective component of the applicable test has been satisfied.

The central question in this appeal is whether the second, objective component of the test is met. The first branch of the *Brossard* test requires the respondent to demonstrate that there is a rational connection between the discriminatory rate classification system and high risk. The Divisional Court concluded that such a rational connection existed since the evidence demonstrated a statistical correlation between young, single males and high risk. I am of the opinion that this conclusion is dangerously and fundamentally flawed.

The mere statistical correlation between a group and higher risk cannot suffice to justify discrimination on prohibited grounds. Such correlation accepts the very stereotyping that is deemed unacceptable by human rights legislation: prohibited grounds of discrimination are used to ascribe the characteristics of the group to all individuals in the

Application

Puisque l'appelant a établi qu'il est *prima facie* victime de discrimination, il appartient à l'intimée ^a d'apporter la preuve «des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» sur lesquels son système discriminatoire de classification se fonde. Comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, à la p. 208:

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, [...] il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, dont le fardeau lui incombe, que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question. La preuve, à mon avis, doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités.

Toutes les parties ont reconnu que l'intimée avait choisi de bonne foi le système discriminatoire de classification qu'elle utilise. Il n'y a pas de doute que l'on a satisfait au premier élément du test applicable, l'élément subjectif.

La principale question dans le présent pourvoi ^f est de savoir si l'on a satisfait au deuxième élément du test, l'élément objectif. Le premier volet du test de l'arrêt *Brossard* exige que l'intimée établisse un lien rationnel entre le système discriminatoire de classification des taux et le risque élevé. ^g La Cour divisionnaire a conclu à l'existence de ce lien rationnel parce que la preuve établissait l'existence d'une corrélation statistique entre les jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin et le risque élevé. Je suis d'avis que cette conclusion est dangereusement et fondamentalement erronée.

L'existence d'une simple corrélation statistique entre un groupe donné et un risque élevé ne peut suffire à justifier des mesures discriminatoires fondées sur des motifs interdits. Une telle corrélation accepte le genre même de stéréotype que la législation des droits de la personne considère inacceptable: les motifs interdits de discrimination servent à attribuer les caractéristiques du groupe à toutes les personnes de la catégorie. Je souscris aux propos

class. I agree with the intervenor the Alberta Human Rights Commission that:

All generalizations on prohibited grounds are presumptively objectionable, whether they are capable of being reduced to statistics or not. It is the blind application of the stereotype to the individual, not the untruth of the stereotype, that makes such a generalization objectionable.

Discrimination based on statistical correlation is simply discrimination in a more invidious form.

This is not to say that statistics could not be used to justify the discriminatory rate classification system. On the contrary, strong statistical proof is required to demonstrate a rational connection between the discriminatory classification and high risk. This proof, however, must not simply be one of correlation, but one of causal connection. It is this causal connection that the respondent has clearly failed to establish here.

The respondent, which has the burden of proof in this matter, has failed to show that there is any causal link between age, sex or marital status and an insured's likelihood of having a car accident. Indeed, the Board of Inquiry found, at p. D/2965:

There has simply been no evidence, in my opinion, offered to support the assertion that it has been scientifically proven that there is a direct, causal relationship between the discriminatory group factors used—age, sex and marital status and high risk. [Emphasis added.]

Since, as the Board noted, age, sex and marital status had never been controlled or isolated in the statistics to determine whether a causal connection exists, it is not surprising that the respondent has been unable to demonstrate that such a causal connection exists. The insurance industry simply does not know whether age, sex and marital status are causally connected to higher risk and is attempting to bridge this gap in its knowledge by reliance on myth and stereotype. This impressionistic approach does not satisfy the burden of proof and

de l'intervenante la Commission des droits de la personne de l'Alberta:

[TRADUCTION] Toutes les généralisations fondées sur des motifs interdits sont présumément inacceptables, qu'elles puissent être ou non illustrées par des statistiques. C'est l'application sans discernement des stéréotypes à toute personne et non leur fausseté, qui rend cette généralisation inacceptable.

b La discrimination fondée sur une corrélation statistique est simplement une discrimination sous une forme plus insidieuse.

c Cela ne veut pas dire que les statistiques ne pourraient pas être utilisées pour justifier le système discriminatoire de classification des taux. Au contraire, il faut une preuve statistique solide pour établir l'existence d'un lien rationnel entre la classification discriminatoire et le risque élevé. Toutefois, il n'est pas suffisant de prouver l'existence d'une corrélation statistique, encore faut-il établir un lien de causalité. En l'espèce, c'est le lien de causalité que l'intimée n'a manifestement pas réussi à établir.

f L'intimée, à qui incombe la charge de la preuve, n'a pas réussi à établir l'existence d'un lien de causalité entre l'âge, le sexe ou l'état matrimonial de l'assuré et le risque d'un accident de voiture. Comme la commission d'enquête l'affirme (à la p. D/2965):

[TRADUCTION] À mon avis, aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de la prétention qu'il a une preuve scientifique de l'existence d'un lien direct de causalité entre les facteurs discriminatoires utilisés—l'âge, le sexe et l'état matrimonial—and le risque élevé. [Je souligne.]

h Comme l'a noté la commission, puisque l'on n'a jamais examiné séparément dans les statistiques les critères de l'âge, de sexe et de l'état matrimonial pour déterminer s'il existe un lien de causalité entre ces critères et le risque, il n'est pas étonnant que l'intimée n'ait pas été en mesure d'en faire la preuve. L'industrie des assurances ne sait tout simplement pas si l'âge, le sexe et l'état matrimonial ont un lien de causalité avec le risque élevé et elle tente de combler cette lacune en se fiant aux mythes et aux stéréotypes. Ce point de vue impres-

constitutes impermissible discrimination, in my view.

sionniste ne permet pas de s'acquitter de la charge de la preuve et constitue, à mon avis, une discrimination inadmissible.

The Supreme Court of Pennsylvania came to the same conclusion in *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (Pa. 1984). In that case, a young, male automobile insurance policy holder complained to the Insurance Commissioner that the premiums he was charged were "unfairly discriminatory", contrary to the state *Casualty and Surety Rate Regulation Act*. The Insurance Commissioner held that "discriminatory" should be interpreted in the context of the state *Equal Rights Amendment* and concluded that the rates were unfairly discriminatory. The Supreme Court upheld the decision, concluding that in order to justify the discriminatory classification scheme, the insurance company was required to demonstrate a causal connection between the classifications and the risk of accident. Nix C.J. reproduced the recommendations of the National Association of Insurance Commissioners' *Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee* (November, 1978) at pp. 548-49:

a La Cour suprême de Pennsylvanie est arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (Pa. 1984). Dans cette affaire, un jeune titulaire d'une police d'assurance-automobile s'était plaint auprès du commissaire des assurances qu'il devait payer des primes [TRADUCTION] «injustement discriminatoires», contrairement à la *Casualty and Surety Rate Regulation Act* de l'État. Le commissaire des assurances a décidé que le terme «discriminatoire» devrait être interprété dans le contexte de l'*Equal Rights Amendment* et il a conclu que les primes versées étaient injustement discriminatoires. La Cour suprême des États-Unis a confirmé cette décision et conclu que, pour justifier le système discriminatoire de classification, la compagnie d'assurances devait établir un lien de causalité entre les classifications et le risque d'accident. Le juge en chef Nix a reproduit les recommandations contenues dans le *Report of the Rates and Rating Procedures Task Force of the Automobile Insurance (D3) Subcommittee* de la National Association of Insurance Commissioners (novembre 1978), aux pp. 548 et 549:

In terms of simplicity and consistency (i.e., stability and ease of verification), age, sex and marital status receive high marks as rating factors. This is not the case from the viewpoint of causality. Causality refers to the actual or implied behavioral relationship between a particular rating factor and loss potential. The longer a vehicle is on the road, for example, the more likely it is that the vehicle may be involved in a random traffic accident; thus, daily or annual total mileage may be viewed as a causal rating factor. To the extent that sex and marital status classifications may be defended on causal grounds, the implied behavioral relationships rely largely on questionable social stereotypes... Given the significant changes in traditional sex roles and social attitudes which have occurred in recent years, justifica-

g [TRADUCTION] Du point de vue de la simplicité et de l'uniformité (c.-à.-d. la constance et la simplification de la vérification), l'âge, le sexe et l'état matrimonial sont d'excellents facteurs de fixation des taux. Toutefois, on ne peut en dire autant sur le plan de la causalité. Par causalité, on entend le lien réel ou implicite qui existe entre un facteur donné de fixation des taux et le risque de pertes. Par exemple, plus longtemps un véhicule circule sur la route, plus il risque d'être impliqué dans un accident de la circulation; en conséquence, la distance parcourue quotidiennement ou annuellement peut être considérée comme un facteur de causalité pour la fixation des taux. Dans la mesure où les classifications fondées sur le sexe et l'état matrimonial peuvent se justifier du point de vue de la causalité, le lien implicite se fonde en grande partie sur des stéréotypes sociaux contestables... Compte tenu des changements importants des rôles traditionnels et des attitudes sociales au cours des der-

tions for rating plans on the grounds of such implied assumptions are unacceptable.

... (P)ublic policy considerations require more adequate justification for rating factors than simple statistical correlation with loss; in this regard, the task force recommends consideration of criteria such as causality, reliability, social acceptability, and incentive value in judging the reasonableness of a classification system. Based on these criteria, the task force concludes that as rating characteristics, sex and marital status are seriously lacking in justification and are subject to strong public opposition, and should therefore be prohibited as classification factors. [Emphasis added.]

Based on these findings and the evidence before the court, Hutchinson J. concluded at p. 550:

Absent at least a causal relation between sex and accident incidence a difference in auto insurance rates between men and women is plainly an unfair discrimination based on sex. No causal connection is shown on this record. What does appear is only a statistical correlation between sex and the incidence of auto accidents. This correlation simply provides a convenient measuring rod for setting rate differentials occasioned by other factors not so easily identified or quantified. Such considerations of convenience are not enough to stand in the face of our ERA. [Emphasis added.]

Applying the "reasonably necessary" component of the objective test in the case at bar, the Board of Inquiry wrote at p. D/2965:

There has also been no evidence offered by Zurich to show that unmarried males under the age of 25 constitute a high risk. There was evidence which was offered in support of the contrary view that the factors of age, sex and marital status are, very likely, mere proxy factors which are not, in fact, causally related to the differentials in the claims experience demonstrated for the various groupings. . . . Thus, as age, sex and marital status have never been controlled or isolated in the statistics to ascertain if they are high risk factors, it has never been shown that there is reasonable cause to assume that all or substantially all unmarried males under-25 present a high risk. Many anomalies and non-statistical factors

nières années, les justifications fondées sur de telles hypothèses implicites ne sont pas acceptables.

a ... (D)es considérations d'ordre public exigent une meilleure justification des facteurs de fixation des taux que l'existence d'une simple corrélation statistique entre ces facteurs et les pertes; le groupe de travail recommande donc l'examen de critères comme la causalité, la fiabilité, l'acceptabilité sociale et l'effet d'encouragement lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère raisonnable d'un système de classification. À partir de ces critères, le groupe de travail conclut qu'il n'existe pas de justification sérieuse de l'application de facteurs comme le sexe et l'état matrimonial pour la fixation des taux, que le grand public s'oppose fortement à l'emploi de ces facteurs et que cette pratique devrait en conséquence être interdite. [Je souligne.]

Se fondant sur ces conclusions et la preuve soumise, le juge Hutchinson conclut à la p. 550:

[TRADUCTION] S'il n'existe pas au moins un lien de causalité entre le sexe et la fréquence des accidents, la différence entre les primes d'assurance-automobile payées par les hommes et celles payées par les femmes est clairement une mesure discriminatoire injuste fondée sur le sexe. Le dossier n'indique aucun lien de causalité, mais seulement une corrélation statistique entre le sexe et la fréquence des accidents de la circulation. Cette corrélation fournit simplement un indicateur utile de calcul des différences de taux entraînées par d'autres facteurs difficiles à établir ou à quantifier. Ces considérations de commodité ne sont pas suffisantes compte tenu de notre ERA. [Je souligne.]

Appliquant l'élément de «nécessité raisonnable» du test objectif aux circonstances de l'espèce, la commission d'enquête affirme, à la p. D/2965:

i [TRADUCTION] Zurich n'a présenté aucune preuve visant à établir que les hommes célibataires de moins de 25 ans présentent un risque élevé. On a présenté des éléments de preuve à l'appui de l'opinion contraire que les facteurs de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial sont simplement des facteurs qui en représentent d'autres et qui n'ont en fait aucun lien de causalité avec les différences observées sur le plan des réclamations relativement aux différents groupes. [...] En conséquence, comme on n'a jamais examiné séparément dans les statistiques l'âge, le sexe et l'état matrimonial pour déterminer s'ils constituent des facteurs de risque élevé, il n'a jamais été établi qu'il est raisonnable de supposer que

have raised doubts as to whether the present system is, in fact, scientifically or statistically based and, thus, whether statistics should be used to justify discrimination. There is no statistical basis to support a surcharge for convictions, multi-vehicle discounts, driver-training discounts or good-student discounts. Similarly, there is no statistical basis for the view that administrative costs are higher for the under-25 group. Furthermore, there are certain anomalies, such as the inconsistency between companies vis-a-vis their forgiveness policies, and the fact that a principal driver over-25 in combination with an occasional driver under-25 will pay more than a principal driver under-25 with an occasional driver over-25. These anomalies reinforce my opinion that the automobile premium rate-structure in Ontario is as much if not more based upon economic and business decisions than upon the Statistical Plan.

tous ou presque tous les conducteurs célibataires de sexe masculin de moins de 25 ans présentent un risque élevé. Les nombreuses anomalies et les facteurs non statistiques permettent de douter que le système actuel possède en fait un fondement scientifique ou statistique et, en conséquence, que les statistiques devraient servir à justifier la discrimination. Il n'y a aucun fondement statistique justifiant le paiement de primes plus élevées par suite d'une déclaration de culpabilité, une réduction de primes si l'on assure plusieurs véhicules, si l'on suit des cours de conduite automobile ou si l'on est un bon élève. Il n'existe pas non plus de fondement statistique établissant que les coûts administratifs seraient plus élevés pour les conducteurs de moins de 25 ans. Il existe certaines anomalies, comme le manque d'uniformité entre les politiques de clémence des compagnies et le fait que le conducteur principal de plus de 25 ans assuré avec un conducteur occasionnel de moins de 25 ans paiera des primes plus élevées que le conducteur principal de moins de 25 ans assuré avec un conducteur occasionnel de plus de 25 ans. Ces anomalies viennent appuyer mon opinion que la structure de fixation des taux en Ontario repose autant, sinon plus, sur des décisions économiques et commerciales que sur le plan statistique.

e Le système actuel entaché d'anomalies est-il néanmoins raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs du secteur? Certainement, si l'objectif central est de simplifier l'établissement des taux d'assurance [...] Toutefois, comme la loi oblige la fixation de taux d'assurance qui établissent des distinctions seulement pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi, la simplification du calcul des taux ne constitue pas un objectif acceptable. [Je souligne.]

f g Mon analyse des éléments de preuve m'amène aussi à la conclusion qu'il n'existe pas de lien de causalité, si l'on tient compte du test approprié.

h i Dans l'arrêt *Hartford*, la cour de Pennsylvanie a statué, à la p. 547, que l'expression [TRADUCTION] «injustement discriminatoire» doit être interprétée en fonction de l'adoption par l'État de l'*Equal Rights Amendment*: [TRADUCTION] «Il ne peut être porté atteinte aux droits à l'égalité d'une personne [...] pour un motif fondé sur le sexe de cette personne». S'il existe, sans aucun doute, des différences quant à la preuve statistique et le libellé des lois des deux pays, c'est le raisonnement suivi dans l'arrêt *Hartford* et la décision rendue qui sont particulièrement persuasifs pour les fins qui nous

Is the present anomalous system nevertheless reasonably necessary to assure the accomplishment of the objectives of the industry? Certainly, if the central objective is the ease of establishing insurance rates . . . But with the statutory duty of providing insurance rates that differentiate only on certain limited, reasonable and bona fide grounds, the ease of establishing rates is not an acceptable objective. [Emphasis added.]

My own analysis of the evidence dictates the same conclusion in regard to the lack of causal connection, bearing in mind the appropriate test.

In *Hartford*, the Pennsylvania court held, at p. 547, that the phrase "unfairly discriminatory" must be interpreted in view of the state's adoption of the *Equal Rights Amendment*, which provides that "[e]quality of rights under the law shall not be denied or abridged . . . because of the sex of the individual". While, no doubt, differences in the statistical evidence as well as in the wording of the Act can be found between our two countries, it is the reasoning and result in *Hartford* which are particularly compelling for our purposes because in the present case, we are also faced with a legisla-

tive provision permitting discrimination on "reasonable and *bona fide* grounds" (and therefore forbidding "unfair discrimination") in the broader context of a human rights code which prohibits *any* discrimination on the grounds of gender, age or marital status.

It may well be that, based on proper statistical evidence rather than stereotypes, there is a causal link between the criteria presently used by Zurich to establish rates and the high risk such that the higher rates paid by young, single, male drivers may be justified. However, the respondent has not produced evidence showing this link and, since it bears the evidentiary burden under s. 21 of the Code, it was not able to justify its use of the discriminatory scheme, as the Board of Inquiry properly found.

I therefore conclude that the respondent has not demonstrated on a balance of probabilities that there is a rational connection between the discriminatory classification scheme and higher risk. Although the Board of Inquiry applied a test under s. 21 that was too stringent, in my opinion, on the evidence before the Board the respondent would not have been able to meet the burden of proof on the less stringent test which I have devised. Accordingly, there is no need to remit this matter to the Board, except for the determination of the appropriate remedy.

This is sufficient to dispose of this appeal. However, in light of the reasons of the Divisional Court, and the reasons of my colleague, I will address the second branch of the objective component of the *Brossard* test.

The second branch, as I have reformulated it in the context of s. 21 of the Code, requires the respondent to demonstrate that the discriminatory classification scheme is a reasonable means to achieve its goal of matching group classification to

a occupent puisque nous examinons une disposition législative autorisant la discrimination pour «des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi» (qui interdit donc aussi la «discrimination injuste») dans le vaste contexte d'un code des droits de la personne qui interdit toute forme de discrimination pour des motifs fondés sur le sexe, l'âge ou l'état matrimonial.

b Il se peut que, en se fondant sur des éléments de preuve d'ordre statistique plutôt que sur des stéréotypes, on arrive à établir un lien de causalité entre les critères de fixation des taux actuellement utilisés par Zurich et le risque élevé, et à justifier ainsi le paiement de primes plus élevées par les jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin. Toutefois, l'intimée n'a présenté aucune preuve établissant ce lien et, puisque le fardeau de la preuve lui incombe en vertu de l'art. 21 du Code, elle n'a pas été en mesure de justifier son emploi de mesures discriminatoires, comme la commission l'a affirmé à bon droit.

c e En conséquence, je conclus que l'intimée n'a pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien rationnel entre le système discriminatoire de classification et le risque élevé. Bien que la commission d'enquête ait appliqué, en vertu de l'art. 21, un test qui, à mon avis, était trop sévère relativement à la preuve qui lui était présentée, l'intimée n'aurait pas réussi à s'acquitter du fardeau de preuve même avec le test moins sévère que j'ai formulé. En conséquence, il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire devant la commission, sauf pour ce qui est de la question de la détermination de la réparation appropriée.

f g h i Cela suffit pour trancher le présent pourvoi. Toutefois, en raison des motifs de la Cour divisionnaire et de ceux de mon collègue le juge Sopinka, j'examinerai maintenant le deuxième volet de l'élément objectif du test formulé dans l'arrêt *Brossard*.

j Le deuxième volet du test, que j'ai reformulé dans le contexte de l'art. 21 du Code, exige de l'intimée qu'elle établisse que le système discriminatoire de classification est un moyen raisonnable d'atteindre son objectif de faire correspondre la

higher risk. Central to a consideration of this question is the availability of alternative means of classifying individuals into groups. The Divisional Court concluded, and my colleague agrees, that at the time of the complaint no such alternatives existed and therefore the means chosen by the respondent were reasonable. I disagree.

classification du groupe au risque élevé. Pour trancher cette question, il est indispensable de déterminer s'il existe d'autres façons de classer les conducteurs en groupes. Comme la Cour divisionnaire, mon collègue le juge Sopinka estime qu'il n'existe pas, au moment de la plainte, d'autres méthodes de classification et en conséquence que les moyens choisis par l'intimée étaient raisonnables. Je ne suis pas d'accord.

b
It is true that, at the time of this complaint, collection of statistics which would have provided the basis for an alternative classification system was not required by the Superintendent of Insurance. This, in my view, is not an adequate answer to the complaint of discrimination. While my colleague places great reliance on the testimony of the Superintendent and his failure to force insurers to adopt a non-discriminatory rating scheme, it is clear that it is not up to the Superintendent to decide whether or not there was an infringement of the Code.

c
Il est vrai que le surintendant des assurances n'exigeait pas, au moment de la plainte, la collecte de statistiques qui auraient constitué le fondement d'un système différent de classification. À mon avis, cela n'est pas une réponse appropriée à la plainte de discrimination. Bien que mon collègue accorde une grande importance au témoignage du surintendant et à son impuissance à forcer les assureurs à adopter un système non discriminatoire de fixation des primes, il est évident qu'il n'appartient pas au surintendant de décider s'il y a ou non violation du Code.

e
Moreover, after hearing testimony from the Superintendent as well as witnesses appearing on behalf of Zurich, the Board determined that the Superintendent was in favour of a non-discriminatory position, but thought it preferable to adopt a non-confrontational approach to insurance companies, in the belief that it would be better if the insurers themselves took the initiative to change the discriminatory rating system without being forced under law to do so. The Board of Inquiry, of course, is there to apply the law, not to look for a consensus, once it has concluded that a consensus cannot be achieved, which is clearly the case here.

f
g
h
Par ailleurs, après avoir entendu les témoignages du surintendant et des témoins assignés par Zurich, la commission a affirmé que le surintendant était en faveur d'une position non discriminatoire, mais qu'il croyait préférable d'adopter une attitude de non-confrontation envers les compagnies d'assurances, croyant qu'il serait préférable de laisser aux assureurs le soin d'entreprendre d'eux-mêmes la modification du système discriminatoire de fixation des taux sans y être forcés par le législateur. La commission d'enquête, il va sans dire, a comme fonction d'appliquer la loi, et non de chercher à obtenir un consensus lorsqu'elle conclut que cela est impossible, ce qui est clairement le cas en l'espèce.

i
j
The Board thus held, at pp. D/2965-66, that the Superintendent's decision not to compel insurance companies to collect statistics which would allow them to set rates on a non-discriminatory basis did not excuse Zurich's failure to take any steps to investigate alternative ratings systems:

En conséquence, de l'avis de la commission, aux pp. D/2965 et D/2966, la décision du surintendant de ne pas forcer les compagnies d'assurance à recueillir des statistiques qui leur auraient permis de fixer les taux d'une façon non discriminatoire ne dispensait pas Zurich de prendre des mesures pour examiner d'autres systèmes de fixation des taux:

First since 1977, there have been many meetings between the Superintendent's Office and the industry with the express purpose of amending the industry's classification system. The thrust of the Superintendent's position, in accordance with the comments of the Select Committee of the Legislature on Company Law, has been to de-emphasize or to eliminate entirely the factors of sex, marital status and age from the classification system for the under-25 group. Thus, the Superintendent feels that there are various alternatives which are possible and desirable.

Counsel for Zurich maintained that the Superintendent's Office supported the discriminatory rate classification system as it did not legislate against it. While it is true that, aside from the *Code*, there has been no specific legislative reform, this absence is not absolute proof that the Superintendent's Office supports the present classification system. Mr. Newton testified that, despite the Superintendent's views against [sic] the classification system, legislation has not been imposed due to the working philosophy of mutual cooperation rather than confrontation with the industry. Mr. Newton also testified that it is the Superintendent's hope that the industry will be able to change the system on its own, rather than being forced by the Government. [Emphasis added.]

In keeping with curial deference to the findings of fact of specialized tribunals, in my opinion the reliance by the Board in this respect on the testimony it recounts should not be second-guessed by this Court in the absence of a clear error or misapprehension on the part of the Board. It is not open to the Court to conduct its own re-examination of the evidence, and then to substitute its opinion for that of the tribunal which had the privilege of seeing and hearing witnesses.

Moreover, I agree with and adopt the conclusion of the Board of Inquiry on that particular issue at p. D/2966:

Simply asserting that a system has been in place for fifty years is an inadequate response to the argument that there are alternatives to the system. The insurance industry cannot rely on its inaction and tradition to support a discriminatory rate classification system.

The fact is, Zurich, as well as other Canadian insurance companies, have too long relied upon

[TRADUCTION] Premièrement, depuis 1977, il y a eu de nombreuses rencontres entre le bureau du surintendant et l'industrie dans le but exprès de modifier le système de classification. Conformément aux commentaires du comité spécial de la législature sur le droit des compagnies, la position du surintendant a été de restreindre ou d'éliminer entièrement l'utilisation des facteurs du sexe, de l'état matrimonial et de l'âge dans la classification des conducteurs de moins de 25 ans. En conséquence, le surintendant estime qu'il existe d'autres solutions possibles et souhaitables.

L'avocat de Zurich a soutenu que le bureau du surintendant appuyait le système discriminatoire de classification des taux, puisqu'il n'a pas entrepris de démarche pour le faire modifier par le législateur. L'inexistence d'une réforme législative spécifique, si l'on exclut celle du *Code*, ne constitue pas une preuve absolue que le bureau du surintendant appuie le système actuel de classification. Selon le témoignage de M. Newton, bien que le surintendant soit opposé au système de classification, on n'a pas adopté de solution législative en raison de la philosophie de coopération mutuelle et de non-confrontation qui existe avec l'industrie. Selon M. Newton, le surintendant souhaite également que l'industrie puisse modifier le système d'elle-même sans y être forcée par le gouvernement. [Je souligne.]

Conformément au principe de retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait des tribunaux spécialisés, j'estime que notre Cour ne devrait pas, en l'absence d'erreur manifeste de la commission, réexaminer les témoignages sur lesquels se fonde la commission. Il n'appartient pas à notre Cour de procéder à son propre réexamen des éléments de preuve et de substituer ensuite son opinion à celle du tribunal qui a eu le privilège de voir et d'entendre les témoins.

Par ailleurs, je suis d'accord avec la conclusion de la commission d'enquête sur ce point, à la p. D/2966:

[TRADUCTION] Affirmer tout simplement que le système est en place depuis 50 ans n'est pas une réponse appropriée à l'argument qu'il existe d'autres solutions. L'industrie de l'assurance ne peut pas se fonder sur son inaction et la tradition pour appuyer un système discriminatoire de classification des taux.

Le fait est qu'il y a trop longtemps que Zurich, tout comme d'autres compagnies d'assurances

the tradition of discriminatory practices in their industry in order to justify their refusal to take the first step in implementing a less discriminatory system. As I mentioned earlier, the Superintendent has been urging a change since 1977. Having done nothing to comply with the spirit of the Code, Zurich and its competitors are ill-placed to defend their practices on the grounds of a lack of statistical data. No human rights legislation could ever attain its objectives if discrimination could be justified by the self-serving claim that a practice "has always been done this way", which is at the heart of the respondent's argument relying on the absence of other classification schemes. If this were so, complacency and a history of discrimination would be rewarded at the cost of progress and the recognition of higher societal norms of behaviour.

Besides, I do not share my colleague's view, at p. 351, that Zurich was not in a position to adopt a non-discriminatory classification system unilaterally, since it is "a single company in a highly competitive and complex industry". This argument could be made in any case where there are a number of industries in the same predicament and would totally defeat the purpose of the Code. It can very well be assumed that the whole industry would have to conform to the decision under the threat of many similar complaints of discrimination by other young, single male drivers if Zurich were found to be in breach of the Code.

In any event, the evidence is clear that an alternative to the discriminatory classification system existed at the time of the complaint. Drivers over the age of 25 were not, and are not now, classified according to age, sex or marital status. Rather, the premiums for these drivers are set according to the distances they drive and their accident records, completely non-discriminatory classifications. As the Board of Inquiry pointed out at p. D/2965:

canadiennes, invoquent la tradition de pratiques discriminatoires au sein de l'industrie pour justifier son refus d'entamer la mise en œuvre d'un système plus équitable. Comme je l'ai mentionné, le surintendant demande un changement depuis 1977. N'ayant rien fait pour se conformer à l'esprit du Code, Zurich et ses concurrents sont mal placés pour justifier leurs pratiques par l'inexistence de données statistiques. Aucune loi en matière de droits de la personne ne pourrait jamais atteindre ses objectifs si la discrimination pouvait être justifiée par l'affirmation intéressée qu'une pratique donnée «existe depuis toujours», ce qui constitue l'^a élément central de l'argument de l'intimée qui se fonde sur l'inexistence d'autres systèmes de classification. Si tel était le cas, ce serait récompenser l'inaction et la discrimination traditionnelle au détriment du progrès et de la reconnaissance de ^b normes sociales de comportement plus exigeantes.

Par ailleurs, je ne suis pas d'accord avec mon collègue le juge Sopinka, à la p. 351, que Zurich ^c n'était pas en mesure d'adopter unilatéralement un système non discriminatoire de classification puisqu'elle n'est qu'"une seule société d'une industrie fort compétitive et complexe". Cet argument pourrait être invoqué chaque fois qu'un certain nombre de sociétés font face aux mêmes difficultés, ce qui irait totalement à l'encontre des objectifs du Code. On peut facilement supposer que l'ensemble de l'industrie devrait se conformer à la décision rendue ^f s'il était établi que Zurich a violé le Code, devant la menace d'un grand nombre de plaintes similaires de discrimination déposées par d'autres jeunes conducteurs célibataires de sexe masculin.

^h Quoi qu'il en soit, la preuve indique clairement qu'il existait, au moment de la plainte, une solution autre que l'application du système discriminatoire de classification. Les conducteurs de plus de ⁱ 25 ans n'ont jamais été classés en fonction des critères de l'âge, du sexe ou de l'état matrimonial. Les primes pour ces conducteurs sont plutôt calculées en fonction du kilométrage et de leur profil d'accidents routiers, qui sont des facteurs entièrement non discriminatoires. Comme l'indique la commission d'enquête à la p. D/2965:

Age, sex and marital status are used for rate classification purposes only for those drivers under-25. Where did this distinction between those over and under the age of 25 originate? According to the evidence, there is no statistical or actuarial basis for choosing the age of 25 as the "magic age". This distinction appears to be based on little more than historical accident. Apparently, the age of maturity for insurance purposes could just as easily have been established at 23, 27, or 30. . . Any of these ages would likely reveal a similar differential in terms of claims experience, to that revealed currently between the under-25 and over-25 group.

The Board concluded at p. D/2966:

There is, in fact, an alternative to discriminatory rate classification factors which is being used today by the automobile insurance industry. For those insured persons who are 25 or older, the industry relies solely on non-discriminatory, causally connected factors such as driving record, driving experience and vehicle use to establish rate differentials. The evidence indicates that this system has worked well. There has been no evidence offered to suggest that these factors cannot be used for insured persons who are under-25. [Emphasis added.]

While in the case of *Pennsylvania National Organization for Women v. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (Pa. 1988), a case cited by my colleague Sopinka, it may well be said that "there is no correlation between mileage and insurance costs", other American data demonstrate that distance is a more accurate predictor of accident rates than gender. Ryan, in a note entitled "The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?" (1986), 61 *Notre Dame L. Rev.* 748, confirms at p. 763 that mileage as a rating factor would be as accurate as discriminatory factors:

State Department of Insurance Studies in Massachusetts, New Jersey, and Florida have come to similar conclusions. In addition, driving statistics reveal that the differences in actual miles driven between males and females

[TRADUCTION] L'âge, le sexe et l'état matrimonial servent à la classification des taux applicables aux conducteurs de moins de 25 ans seulement. D'où vient cette distinction entre les conducteurs de plus de 25 ans et ceux de moins de 25 ans? D'après la preuve, il n'existe aucun fondement statistique ou actuarial justifiant le choix de l'âge de 25 ans comme «âge magique». Cette distinction paraît se fonder seulement sur un accident historique. Apparemment, pour les fins d'assurance, l'âge de maturité aurait tout aussi bien pu être fixé à 23, 27 ou 30 ans. [...] Chacun de ces âges aurait vraisemblablement donné lieu à des différences semblables à celles observées entre le groupe de moins de 25 ans et celui de plus de 25 ans quant au nombre de réclamations.

The commission conclut à la p. D/2966:

[TRADUCTION] Il existe en fait une solution autre que l'application de facteurs discriminatoires de classification des taux que l'industrie automobile utilise actuellement. Pour les assurés de plus de 25 ans, l'industrie utilise seulement des facteurs non discriminatoires ayant un lien de causalité comme le profil d'accidents, l'expérience du conducteur et l'utilisation du véhicule, pour justifier les différences entre les taux. D'après la preuve, ce système fonctionne bien. On n'a présenté aucun élément de preuve visant à établir que ces facteurs ne peuvent être utilisés à l'égard des assurés de moins de 25 ans. [Je souligne.]

Même si dans l'affaire *Pennsylvania National Organization for Women c. Commonwealth of Pennsylvania Insurance Department*, 551 A.2d 1162 (Pa. 1988), citée par mon collègue le juge Sopinka, on a pu dire que [TRADUCTION] «il n'existe pas de corrélation directe entre la distance parcourue et les coûts d'assurance», d'autres données américaines indiquent que le kilométrage constitue un indicateur plus précis des taux d'accidents que le sexe. Ryan, dans un document intitulé: «The Elimination of Gender Discrimination in Insurance Pricing: Does Automobile Insurance Rate Without Sex?» (1986), 61 *Notre Dame L. Rev.* 748, confirme que le kilométrage constitue un facteur de fixation des taux aussi précis que les facteurs discriminatoires, à la p. 763:

[TRADUCTION] Les départements d'État des études sur l'assurance au Massachusetts, au New Jersey et en Floride sont arrivés à des conclusions similaires. En outre, les statistiques sur la conduite révèlent que les écarts

explains the difference in accident rates. Male accident rates remain higher than those of female drivers because men, as a group, drive twice as many miles as women. When accident figures are calculated on a per-mile basis, the rates are comparable.

As Ryan points out at p. 765, classification by mileage is a particularly desirable scheme because it emphasizes individual, rather than group, characteristics:

One of the strongest arguments against sex as a valid rating criteria is its failure to account for the wide individual variances within a class. Indeed, the backbone of the unisex insurance movement is the quest for *individual* treatment rather than broad brushed group classifications. While the very concept of risk distribution prevents any factor from achieving perfect homogeneity with a group, the use of mileage as a rating variable moves closer to this goal through its emphasis of *individual* driving characteristics instead of group stereotypes. [Emphasis in original.]

Hence, in addition to mileage's being a more accurate predictor, and one causally connected to enhanced risk, mileage as a rating variable allows insurers to identify less over-inclusive groups, and thus penalize fewer individuals who would suffer from being included in a group composed of drivers with a higher average risk than that individual. Given that individual testing is not possible in the context of insurance, the existence of an alternative rating variable which emphasizes individual characteristics rather than stereotypes associated with large groups presents a strong argument against the justifiability of the discriminatory classification used by Zurich under s. 21 of the Code.

In conclusion, since an alternative to the existing discriminatory classification scheme did

entre le millage réel parcouru par les hommes et les femmes explique la différence entre les taux d'accidents. Les taux d'accidents chez les hommes demeurent plus élevés que ceux chez les femmes parce que les hommes, en tant que groupe, parcourent deux fois plus de milles que les femmes. Si le nombre d'accidents est calculé par mille, les taux d'accidents sont comparables.

Comme l'indique Ryan, à la p. 765, la classification en fonction du kilométrage constitue un système particulièrement souhaitable en ce qu'il met l'accent sur les caractéristiques de l'individu plutôt que sur celles du groupe:

[TRADUCTION] L'un des arguments qui militent le plus fortement contre l'utilisation du sexe comme critère valide de fixation des taux est que ce critère ne permet pas de tenir compte de toute une gamme de variables à l'intérieur d'une catégorie. En fait, le pivot du mouvement d'assurance dit «unisexe» est la recherche d'un traitement *individuel* plutôt que l'établissement de classifications générales de groupes. Quoique le concept même de la répartition des risques empêche qu'un facteur ne donne lieu à une parfaite homogénéité à l'intérieur d'un groupe, l'utilisation des milles parcourus comme variable de fixation des taux se rapproche davantage de cet objectif en mettant l'accent sur des caractéristiques *individuelles* du conducteur plutôt que sur des stéréotypes d'un groupe. [En italique dans l'original.]

En conséquence, outre le fait qu'il constitue un indicateur plus précis ayant un lien de causalité avec le risque accru, le kilométrage en tant que variable de fixation des taux permet aux assureurs d'identifier des groupes moins étendus et de pénaliser ainsi moins de personnes qui se trouveraient à subir un préjudice en étant classées dans un groupe composé de conducteurs présentant un risque moyen plus élevé qu'elles. En raison de l'impossibilité de procéder à des tests individuels dans le contexte des assurances, l'existence d'une autre variable de fixation des taux axée sur des caractéristiques personnelles plutôt que sur des stéréotypes associés à de vastes groupes constitue un argument solide contre la possibilité de justifier, en vertu de l'art. 21 du Code, la classification discriminatoire utilisée par Zurich.

En conclusion, puisqu'il existait une solution autre que l'application du système de classification

exist, and the respondent has not, as the Board of Inquiry pointed out, presented any evidence that the classification system currently in place for drivers over the age of 25 cannot be used for insured persons who are under the age of 25, I must conclude that the respondent has also failed to establish that the discriminatory system was a reasonable basis for classification of drivers.

The respondent made extensive submissions on the necessity for what it calls an "orderly transition of values" and warns of impending chaos if this appeal is allowed. In my view, the Ontario Human Rights Commission is correct that these matters address the issue of remedy, which is not before this Court.

Disposition

I would allow the appeal of the Ontario Human Rights Commission with costs, reinstate the order of the Board of Inquiry and refer the matter back to the Board of Inquiry to determine the appropriate remedy.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Justice L'Heureux-Dubé and Justice Sopinka. I agree with Sopinka J.'s analysis of legal principles applicable in this case. I part company from him on the application of that test to the facts of this case, and in particular whether the insurer has demonstrated that there was no practical alternative in 1983 to basing its premiums for young men on age, sex and marital status. I agree with the conclusion of L'Heureux-Dubé J. that the insurer has not demonstrated this.

The rule is clear. The law, as Sopinka J. accepts, forbids discrimination on the grounds of age, sex and marital status, unless the offender can establish—and the onus lies on the offender—that its intentions were *bona fide* and that, on an objective

discriminatoire et que l'intimée, comme l'a précisé la commission d'enquête, n'a présenté aucune preuve visant à établir l'inapplicabilité du système de classification des conducteurs de plus de 25 ans à la catégorie des conducteurs de moins de 25 ans, je dois conclure que l'intimée n'a pas non plus réussi à établir que le système discriminatoire constituait un fondement raisonnable de classification des conducteurs.

b

L'intimée a longuement épilogué sur la nécessité de ce qu'elle a appelé [TRADUCTION] «une transition ordonnée des valeurs» et a lancé une mise en garde contre le chaos susceptible de se produire si le présent pourvoi est accueilli. À mon avis, la Commission ontarienne des droits de la personne a raison de soutenir que cela touche la question de la réparation, sur laquelle notre Cour n'a pas à se prononcer.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de la Commission ontarienne des droits de la personne avec dépens, de rétablir la décision de la commission d'enquête et de renvoyer l'affaire à celle-ci pour qu'elle détermine la réparation appropriée.

f

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka. Je souscris à l'analyse que fait le juge Sopinka des principes juridiques applicables en l'espèce. Je ne suis pas d'accord avec lui quant à l'application de ce critère aux faits de l'espèce et en particulier quant à la question de savoir si l'assureur a démontré qu'il n'avait d'autre choix pratique en 1983 que de fonder ses primes pour les jeunes hommes sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Je souscris à la conclusion du juge L'Heureux-Dubé que l'assureur n'a pas réussi à le démontrer.

i

La règle est claire. Le droit, comme l'admet le juge Sopinka, interdit toute discrimination fondée sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, à moins que le contrevenant puisse démontrer—et la charge de la preuve lui incombe—que ses intentions étaient

j

test, there was no practical or reasonable alternative to distinguishing, i.e., discriminating, on those grounds. The critical question raised by this case is what constitutes a "practical alternative". The law does not forbid an insurance company from using age, sex or marital status as a basis for its premiums. But it says that if the insurer uses them, it must be able to show that there was no other reasonable or practical basis for determining the rates.

Zurich says there is no practical alternative to using age, sex and marital status as the basis of its premiums in 1983 because it did not have in its possession in 1983 statistics based on non-discriminatory grounds. The reason it did not have those statistics is that it (and other insurers in the business) had never collected data on non-discriminatory bases. This failure, in turn, is blamed on the failure of the Ontario Superintendent for Insurance (now Commissioner) to require insurers to collect non-discriminatory data. Sopinka J., in the end, accepts that the insurer's own default in these circumstances establishes that there was no "practical alternative" to discriminating on the basis of age, sex and marital status. More precisely, there was no alternative classification which would have achieved effective separation of risk between categories.

This brings us to the heart of the case. Can a person who uses age, sex and marital status as a basis of discriminating against a group meet the requirement of showing there was no other reasonable or practical alternative by saying it possesses no statistics on other legitimate bases? Initially I was inclined to say yes. After all, insurance is a statistic-driven industry, and without statistics, rates cannot be set. If there are no statistics other than those based on age, sex and marital status,

de bonne foi et que, d'après un critère objectif, il n'y avait aucune autre solution pratique ou raisonnable que d'établir une distinction, c.-à-d. faire une discrimination, fondée sur ces motifs. La question importante soulevée en l'espèce est de savoir ce que constitue une «solution pratique». Le droit n'empêche pas une compagnie d'assurances d'utiliser l'âge, le sexe ou le statut matrimonial pour fixer ses primes. Mais il prévoit que si l'assureur les utilise, il doit être en mesure de démontrer qu'il n'y avait aucune autre solution raisonnable ou pratique pour fixer les taux.

Zurich dit qu'il n'y avait pas de solution pratique autre que l'utilisation de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial comme fondement pour ses primes en 1983 parce qu'elle n'avait pas en sa possession à cette date de statistiques fondées sur des critères non discriminatoires. La raison pour laquelle elle ne dispose pas de ces statistiques est qu'elle (et d'autres assureurs) n'a jamais recueilli de données sur des fondements non discriminatoires. Cette lacune est imputée, à son tour, au fait que le surintendant des assurances de l'Ontario (maintenant le commissaire) n'oblige pas les assureurs à recueillir des données non discriminatoires. Finalement, le juge Sopinka admet que l'omission de l'assureur lui-même dans ces circonstances établit qu'il n'y avait aucune «solution pratique» autre que de faire de la discrimination fondée sur l'âge, sur le sexe et sur l'état matrimonial. Plus précisément, il n'existe aucun autre classification qui aurait permis de répartir de façon plus efficace le risque entre les catégories.

Cette question nous amène au cœur même de l'affaire. Une personne qui utilise l'âge, le sexe et l'état matrimonial comme fondement de discrimination contre un groupe peut-elle satisfaire à l'obligation de démontrer qu'il n'y avait aucune autre solution raisonnable ou pratique en disant qu'elle ne possède pas d'autres fondements statistiques légitimes? Au départ, j'étais portée à répondre par l'affirmative. Après tout, l'industrie des assurances fonctionne sur la base de statistiques et, sans statistiques, les taux ne peuvent être fixés. S'il n'existe aucune autre statistique que celles fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, alors il n'y

then there is no practical alternative to using those statistics.

Upon reflection, however, I have concluded that the foregoing argument misses the mark. An absence of statistics based on grounds other than age, sex and marital status does not establish that there are no risk factors other than age, sex and marital status which would achieve the objective of charging premiums that are commensurate with risk. All it establishes is that we do not know whether viable alternative bases of risk evaluation exist. Under the *Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, the insurer bears the burden of showing no reasonable alternative exists to calculating rates on the basis of age, sex and marital status. An absence of statistics does not establish that there is no other alternative. It establishes merely that the insurer does not have the means to establish that no other alternatives exist. As a matter of logic, the absence of alternative statistics is equally consistent with the inference that alternatives exist as with the inference that alternatives do not exist. In short, the absence of alternative statistics establishes that Zurich cannot demonstrate that no practical alternative existed in 1983; it does not establish that no practical alternative in fact existed. We must not confuse the absence of evidence about alternatives with the absence of alternatives. The bottom line in this case is that the insurer bears the burden of showing no reasonable alternative exists, and, through its own failure to collect the required data, it has failed to meet this burden. The ineluctability of this reasoning is demonstrated by the practical fact that Zurich could not say, even when the appeal was argued before us, whether it would be reasonably practical to calculate the rates on criteria other than age, sex and marital status; the best evidence it could adduce, as Sopinka J. notes, was that it was a matter of some difficulty. Its defence was simply that it did not know and still does not know if practical alternatives exist to rating on the basis of age, sex and marital status.

a pas d'autre solution pratique que d'utiliser ces statistiques.

Toutefois, après réflexion, je dois conclure que l'argument qui précède passe à côté de la question. L'absence de statistiques fondées sur des motifs autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial ne signifie pas qu'il n'existe pas d'autres facteurs de risque que ces derniers qui permettraient de fixer des primes qui correspondent au risque. Tout ce qu'elle établit, c'est que nous ne savons pas s'il existe d'autres fondements viables pour évaluer le risque. Aux termes du *Code des droits de la personne* (1981), L.O. 1981, ch. 53, il incombe à l'assureur de démontrer qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable pour calculer les taux sur le fondement de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. L'absence de statistiques n'établit pas qu'il n'y a pas d'autre solution. Elle établit simplement que l'assureur ne dispose pas des moyens pour établir qu'il n'existe aucune autre solution. Logiquement, l'absence d'autres données statistiques permet tout autant de conclure qu'il existe d'autres solutions que de conclure qu'il n'en existe pas d'autres. Bref, l'absence d'autres données statistiques établit que Zurich ne peut démontrer qu'il n'existait pas d'autres solutions pratiques en 1983; elle n'établit pas que, en fait, il n'existant pas d'autres solutions pratiques. Il ne faut pas confondre l'absence de preuve relativement à l'existence d'autres solutions avec l'absence d'autres solutions. Au fond, l'assureur a le fardeau de démontrer en l'espèce qu'il n'existant aucun autre solution raisonnable et, comme il n'a pas recueilli les données nécessaires, il ne s'est pas déchargé de ce fardeau. Le caractère inéluctable de ce raisonnement est démontré, en pratique, par l'impossibilité dans laquelle s'est trouvée Zurich de dire, même pendant les débats devant notre Cour, s'il serait raisonnablement pratique de calculer les taux selon des critères autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial; le meilleur élément de preuve qu'elle a pu présenter, comme le souligne le juge Sopinka, était que cette solution posait certaines difficultés. En défense, elle a simplement soutenu qu'elle ne savait pas et ne sait toujours pas s'il existe d'autres solutions pratiques que la fixation de taux sur le fondement de l'âge, du sexe et du statut matrimonial.

Zurich cannot discharge the onus on it now; it certainly could not in 1983.

The effect of confusing absence of a reasonable alternative with absence of proof of a reasonable alternative is to remove the burden of proof from the shoulders of the person who *prima facie* violates the Code and to place it on the shoulders of the person who complains of discrimination. All the offender need do is show that it cannot produce evidence as to the existence or non-existence of a reasonable alternative. Unless the complainant can then prove that a reasonable alternative exists, an almost impossible task for the lay person pitted in a rate dispute against the insurer, the complainant will fail. This is contrary to human rights tradition and contrary to the rule of evidence that the burden of proof should lie on the person most likely to be in possession of the relevant facts.

On the plane of policy as well as logic, I am persuaded that there is danger in permitting a person who is *prima facie* in breach of the Code to say there is no practical alternative on the basis that there are no statistics to demonstrate a practical alternative. Such an approach would encourage *prima facie* offenders to continue in their traditional discriminatory ways rather than reforming their practices in accordance with the object of the Code. For example, if no violation is found in this case, there is little inducement to explore alternative, non-pejorative bases of rate-fixing. The industry is in effect encouraged to continue using the proscribed criteria for making its decisions. In response, it might be suggested that at some point the continued use of age, sex and marital status in setting premiums would become a violation. But this places the power to "create" a violation in the hands of the tribunals and courts. It says, in effect, we will give you a little more time not to be guilty. After a while, we will find you guilty. Such uncertainty is undesirable, both from the point of view of the potential offender, who needs to know in simple and clear terms what conduct is tolerated

nial. Zurich ne peut se décharger du fardeau qui lui incombe maintenant; elle ne le pouvait certainement pas en 1983.

^a Confondre l'absence d'une autre solution raisonnable avec l'absence de preuve d'une autre solution raisonnable a pour effet d'enlever le fardeau de la preuve des épaules de l'auteur de la violation *prima facie* du Code et de le placer sur les épaules de la personne qui invoque la discrimination. Il suffit au contrevenant de démontrer qu'il ne peut présenter d'élément de preuve quant à l'existence ou l'inexistence d'une autre solution raisonnable. À moins de pouvoir démontrer l'existence d'une autre solution raisonnable, une tâche presque impossible pour le citoyen ordinaire opposé à un assureur dans un litige en matière de taux, le plaignant n'aura pas gain de cause. Cette situation est contraire à la tradition en matière de droits de la personne et contraire à la règle de preuve selon laquelle la charge de la preuve incombe à la personne la plus susceptible d'être en possession des faits pertinents.

^f Autant sur le plan des principes que sur celui de la logique, je suis convaincue qu'il est dangereux de permettre à l'auteur d'une violation *prima facie* du Code, de dire qu'il n'y a pas d'autre solution pratique parce qu'il n'y a pas de données statistiques qui en démontrent l'existence. Une telle position encouragerait les contrevenants à continuer d'appliquer leurs méthodes discriminatoires traditionnelles plutôt que de modifier leurs pratiques conformément à l'objet du Code. Par exemple, si on ne conclut pas à la violation en l'espèce, il y aura peu d'incitation à examiner d'autres méthodes de fixation des taux qui ne soient pas discriminatoires. En effet, l'industrie est encouragée à continuer à utiliser les critères prohibés pour prendre ses décisions. En réponse, on pourrait dire que, à un certain point, le maintien de l'utilisation de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial pour fixer les primes deviendrait une violation. Toutefois, cela donne aux tribunaux et cours de justice le pouvoir de «créer» une violation, car cela revient à dire «on vous accorde un peu plus de temps pendant lequel vous ne serez pas coupables, mais après un certain temps, vous serez jugés cou-

and what conduct is wrong, and from the point of view of the public interest in deterring practices which discriminate on the basis of inappropriate stereotypes. In the end, it seems to me that the law should not allow difficulties of proving the non-existence of reasonable alternatives to stand as a defence to a charge under the Code. To the extent that it may take time for industry to convert from ingrained discriminatory practices to non-discriminatory alternatives (or alternatively to show that none is possible), those difficulties are better dealt with under the rubric of remedies than by saying there is no violation of the Code.

pables.» Une telle incertitude n'est pas souhaitable, ni du point de vue du contrevenant éventuel qui a besoin de savoir de façon simple et claire quelle conduite est tolérée et quelle ne l'est pas, ni du point de vue de l'intérêt public à dissuader des pratiques qui établissent des distinctions sur le fondement de stéréotypes malvenus. Finalement, il me semble que le droit ne devrait pas permettre que la difficulté de prouver l'absence d'autres solutions raisonnables soit invoquée comme moyen de défense contre une accusation aux termes du Code. Dans la mesure où il peut falloir du temps pour que l'industrie passe de pratiques discriminatoires enracinées à d'autres solutions non discriminatoires (ou subsidiairement pour démontrer qu'aucune n'est possible), il est préférable de régler ces difficultés dans le cadre de la réparation que par l'affirmation qu'il n'y a pas de violation du Code.

The undesirable effects of deciding the contrary may extend to other areas of human rights law. Let us consider the effect of taking a similar course with respect to discrimination in the workplace. The law in force in all jurisdictions of Canada says one cannot discriminate against a person in the workplace on the ground of age, sex, religion etc., unless it is done *bona fide* and the discriminator shows there is no practical alternative, the same test as is applicable in the type of discrimination here at issue. This, in practical terms, requires the employer to make "reasonable accommodation". If the court below is correct, the employer by analogy could arguably escape a finding of contravention of the Code by showing that there is no basis for concluding that it could carry on its business as it wishes if it accommodated the employee. For example, an employer might argue that in the absence of data showing that it could carry on its business effectively if it employed handicapped persons, refusal to employ such persons does not violate the Code. In response, it might be argued that this case is distinct, given that insurance is a statistic-driven industry. But businesses of all types rely on experience and statistics to make their decisions. If one industry is to be exempted from compliance with the Code on the basis of the absence of statistics or experience supporting the

Les effets peu souhaitables d'une décision contraire peuvent s'étendre à d'autres domaines des droits de la personne. Examinons l'effet d'une position semblable relativement à la discrimination au travail. Le droit en vigueur dans tous les ressorts canadiens interdit la discrimination au travail sur le fondement de l'âge, du sexe, de la religion etc., à moins qu'elle soit faite de bonne foi et que l'auteur de la discrimination démontre qu'il n'y a pas d'autre solution pratique, le même critère qui s'applique au genre de discrimination visée en l'espèce. En pratique, cette situation exige que l'employeur fasse des «aménagements raisonnables». Si le raisonnement du tribunal d'instance inférieure est juste, on pourrait soutenir par analogie que l'employeur pourrait éviter d'être déclaré coupable de violation du Code en démontrant que rien ne permet de conclure qu'il pourrait exploiter son entreprise comme il le désire s'il tenait compte des besoins de l'employé. Par exemple, un employeur pourrait soutenir que, en l'absence de données indiquant qu'il serait en mesure d'exploiter son entreprise d'une manière efficace s'il employait des personnes handicapées, le refus d'employer de telles personnes ne porterait pas atteinte au Code. En réponse, on pourrait soutenir que l'espèce est distincte, étant donné que l'assurance est une industrie qui fonctionne sur la base

viability of an alternative non-pejorative way of doing business, why not others? Put another way, if we relieve the *prima facie* offender of the burden of establishing the absence of practical alternatives on the basis of lack of statistics or experience in this case, we may open the door to the burden shifting in other areas of human rights law.

de statistiques. Toutefois, des entreprises de tous genres se fondent sur l'expérience et sur les statistiques pour prendre leurs décisions. Si une industrie doit être exemptée du respect du Code en raison de l'absence de statistiques ou d'expérience à l'appui de la viabilité d'une autre manière non discriminatoire d'exploiter l'entreprise, pourquoi les autres ne le seraient-elles pas? Autrement dit, si on

- a* décharge l'auteur d'une violation *prima facie* du fardeau de démontrer l'absence d'autres solutions pratiques en raison de l'absence de statistiques ou d'expérience, en l'espèce, nous pouvons ouvrir la porte à un déplacement du fardeau dans d'autres domaines des droits de la personne.
- b*
- c*

If the concerns I have identified are significant, as I believe them to be, then the only question is whether a person who makes a distinction on grounds of age, sex and marital status, can be excused from the usual requirement of showing that there was no reasonable alternative open to it. Zurich argues it should be so excused. Its argument may be summarized as follows. There may, Zurich concedes, be grounds upon which premiums for these groups can be practically calculated other than age, sex and marital status. We cannot tell you, Zurich says, whether there are alternative grounds because we have confined our statistic gathering to the grounds of age, sex and marital status. We have not bothered to get statistics on other grounds for a number of reasons. The first and most important is that the Superintendent of Insurance has not, until recently, required us to do so. Additional difficulties arise from the fact that we are too small to collect meaningful statistics on our own and so are compelled to use industry-wide statistics which are based on age, sex and marital status and from the difficulty of devising alternative bases of calculating premiums.

Si les problèmes que j'ai soulevés sont importants, comme je le crois, alors la seule question qui se pose est de savoir si une personne qui établit une distinction fondée sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial peut être relevée de l'exigence habituelle d'avoir à démontrer qu'elle n'avait pas d'autre solution raisonnable. Zurich soutient qu'elle doit l'être. Son argumentation peut être résumée de la manière suivante. Zurich admet qu'il peut y avoir des fondements autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial sur lesquels les primes pour ces groupes peuvent être calculés en pratique.

- d* Zurich, ne peut dire s'il existe d'autres fondements parce qu'elle a limité sa collecte de statistiques aux données relatives à l'âge, au sexe et à l'état matrimonial. Elle ne s'est pas donné la peine d'obtenir d'autres données pour un certain nombre de raisons. La première et la plus importante est que le surintendant des assurances n'a pas, jusqu'à tout récemment, exigé qu'elle le fasse. D'autres problèmes découlent du fait qu'elle est trop petite pour recueillir d'elle-même des données statistiques significatives et doit donc utiliser les statistiques de l'industrie qui sont fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, et découlent aussi de la difficulté d'élaborer d'autres fondements pour calculer les primes.
- e*
- f*
- g*
- h*
- i*

In my view, Zurich cannot be excused for its failure to demonstrate reasonable alternatives on any of these grounds. First, I note that there is no precedent in human rights cases for excusing a person who is guilty of *prima facie* discrimination

À mon avis, Zurich ne peut être excusée de son incapacité à démontrer d'autres solutions, pour aucun de ces motifs. Premièrement, je souligne qu'il n'existe pas de jurisprudence sur les droits de la personne qui excuse l'auteur d'une discrimina-

on any ground. The *prima facie* offender is under a duty to demonstrate the absence of reasonable alternatives. If it fails to do so, then it violates the Code. If excuses are relevant anywhere, it is under the rubric of penalty.

Second, assuming excuses for failure to demonstrate the absence of a "reasonable alternative" could function as a defence to a charge of violating the Code, the excuses adduced in this case would not suffice. The excuse which bulks the largest is the failure of the Superintendent of Insurance until recently to require insurance companies to collect statistics on bases other than age, sex and marital status. This argument amounts to saying, "We did what the state required; therefore we cannot be found in violation of the Code". The problem with the argument is that it assumes that the only responsibility of an insurance company doing business in Ontario is to comply with the requirements of the Superintendent of Insurance. This is not so. The corporation is obliged, as a condition of doing business in the province, to conform to all the laws of the province, including the Code. It must accept the responsibility of complying with the human rights law in force in the province, or face the alternative—censure under the Code.

Only if the Superintendent could be regarded as having the power to decide whether a rate structure was reasonable under the Code, could it be argued that compliance with his requirements satisfies the Code. Sopinka J. seems to suggest at pp. 346-47 that this is the case when he says: "The Commissioner must refuse to approve any class of risk exposure that is not just or reasonable or does not reasonably predict risk or distinguish fairly between classes of risk exposure. . . . Despite such wide-ranging powers, the Commissioner has not prohibited auto insurance rates based on age, sex or marital status."

tion *prima facie* fondée sur quelque motif que ce soit. Le contrevenant est tenu de démontrer l'absence d'autres solutions raisonnables. S'il ne le fait pas, il y a violation du Code. Les excuses ne sont ^a pertinentes que relativement à la peine.

Deuxièmement, à supposer qu'on puisse présenter en défense à une accusation de violation du ^b Code des excuses expliquant l'omission de démontrer l'absence d'une «autre solution raisonnable», celles qui ont été présentées en l'espèce ne seraient pas suffisantes. L'excuse la plus importante est le fait que jusqu'à tout récemment le surintendant des assurances n'obligeait pas les compagnies d'assurances à recueillir des données statistiques sur des fondements autres que l'âge, le sexe et l'état matrimonial. Cet argument équivaut à dire: «Nous ^c avons fait ce que l'État exigeait; par conséquent on ne peut conclure que nous avons porté atteinte au Code». Le problème est que cet argument présume que la seule responsabilité d'une compagnie d'assurances qui exploite une entreprise en Ontario est ^d de se conformer aux exigences du surintendant des assurances. Ce n'est pas le cas. La société est obligée, comme condition pour exploiter une entreprise dans la province, de se conformer à toutes les lois de la province, y compris le Code. Elle doit accepter la responsabilité de se conformer aux droits de la personne en vigueur dans la province, ou s'exposer à une autre situation—la censure aux termes de la loi.

^e g

Pour soutenir que le respect des exigences du ^f surintendant satisfait à celles du Code, il faut considérer que le commissaire a le pouvoir de décider si une structure de taux était raisonnable aux termes du Code. Le juge Sopinka semble laisser entendre aux pp. 346 et 347 que c'est le cas lorsqu'il dit: «Le commissaire doit refuser d'approuver toute catégorie de risques qui n'est pas juste ou raisonnable ou ne permet pas de prévoir d'une façon raisonnable les risques ou encore qui n'établit pas de distinctions justes entre les catégories d'exposition aux risques [. . .] Malgré ces vastes pouvoirs, le commissaire n'a pas interdit la fixation des taux d'assurance-automobile, fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial.»

With respect, I think it is fallacious to accept that satisfying the Superintendent amounts to satisfying the requirements of the Code. The Superintendent does not have the power to make determinations under the Code, and for good reason. The primary responsibility of the Superintendent is to insure the orderly administration of the insurance industry. This goal may sometimes conflict with insuring that human rights are respected, which is why the latter task is entrusted to a separate agency. The representative of the Superintendent testified that the Superintendent's concern was to work with the industry in developing insurance policy. This tendency of regulators of an industry to see the world through the eyes of that industry, sometimes referred to as "industry capture", is understandable and in some respects may be beneficial. But it provides good reason for the legislature's placing the determination of human rights violations not in the hands of industry regulators, but in the hands of a separate body. In effect, the reasons of Sopinka J. delegate to the Superintendent of Insurance the task of determining the existence of "a reasonable alternative" which the law assigns to the Human Rights tribunal. This comes perilously close to saying that if a government regulator permits you to discriminate, you are entitled to discriminate. We know this is not the case, or there would be no need for the prohibitions on state discrimination found in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

A second excuse is that, in the words of Sopinka J. at p. 351, it was "impractical, if not impossible", for Zurich to generate actuarially reliable figures on its own data, and that "Zurich required a wider pool of information in order to set its premiums in any meaningful way." I note initially that the conclusion that it would have been "impractical, if not impossible" for Zurich to collect the necessary information on a non-discriminatory basis seems far from certain. The Board below (1985), 6 C.H.R.R. D/2948, made no such finding and, with respect to the industry as a whole, it commented at p. D/2964 that Zurich failed to demon-

Avec égards, je suis d'avis qu'il est trompeur de dire que l'observation des exigences du surintendant équivaut au respect des exigences du Code. Le surintendant n'a pas le pouvoir de prendre des décisions aux termes du Code, et pour une bonne raison. La principale responsabilité du surintendant est de veiller à la bonne administration de l'industrie des assurances. Cet objectif peut quelquefois entrer en conflit avec la garantie du respect des droits de la personne, et c'est pourquoi cette tâche est confiée à un organisme distinct. Le représentant du surintendant a déposé que la préoccupation de ce dernier était de travailler avec l'industrie pour élaborer les politiques en matière d'assurance. Cette tendance des autorités réglementantes d'une industrie de voir le monde par les yeux de cette industrie, quelquefois appelée «vision de l'industrie», est compréhensible et peut à certains égards être bénéfique. Toutefois il s'agit d'un bon motif pour que l'assemblée législative confère la détermination des violations des droits de la personne non pas aux autorités réglementantes de l'industrie, mais à un organisme distinct. En fait, les motifs du juge Sopinka délèguent au surintendant des assurances la tâche de déterminer l'existence d'une «autre solution raisonnable» que la loi confère au tribunal des droits de la personne. Cela est dangereusement près de l'affirmation que, si une autorité réglementante du gouvernement vous permet de faire de la discrimination, vous avez le droit de le faire. Nous savons que ce n'est pas le cas sinon l'interdiction de la discrimination par l'État, à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, serait inutile.

Comme deuxième excuse, selon les termes du juge Sopinka, à la p. 351, «[e]n pratique, Zurich n'aurait pu» obtenir des chiffres fiables du point de vue actuariel à partir de ses propres données et «Zurich avait besoin d'un bassin de données plus large pour fixer ses primes d'une façon significative.» Je souligne tout d'abord que la conclusion selon laquelle «[e]n pratique, Zurich n'aurait pu» recueillir les données nécessaires sur un fondement non discriminatoire semble loin d'être certaine. La commission n'est pas arrivée à cette conclusion (1985), 6 C.H.R.R. D/2948, et, en ce qui a trait à l'ensemble de l'industrie, elle a fait remarquer, à la

strate "that it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with the use of non-discriminatory criteria for rate classification".

But even if it were established that Zurich was too small to collect useful statistics on its own, the argument that Zurich was too small to fix its rates on non-discriminatory statistics should not, in my opinion, be accepted as a defence to a change under the Code. The argument would create two standards of human rights—one for small businesses, another for large businesses. I cannot accept such a conclusion. If Zurich chooses to do any amount of business in Ontario, large or small, it must be prepared to adhere to the laws of the province, including the Code.

A variant on this argument is the "industry standard" argument. It suggests that in the absence of non-discriminatory practices in the industry as a whole, small players are entitled to discriminate. But the failure of others to adhere to human rights standards has never provided a defence to charges under the Code. Each person is responsible for his or her own conduct, and cannot rely on what the competition does or does not do. An employer is not excused from failing to accommodate handicapped people or women reasonably because its competitors do not do so. No more should an insurance company be excused for setting rates based on discriminatory criteria merely because its competitors do the same. It is a fact of life that discriminatory practices have often in the past been so widespread as to be perceived as reasonable and justifiable. The purpose of human rights legislation is to require the *prima facie* offender to provide actual justification for what may in the past have been assumed to be justified. To accept less in this case would constitute an 'about-face' in human rights law, an 'about-face' moreover which possesses the potential to undermine seriously the effectiveness of the protection which human rights

p. D/2964, que Zurich n'avait pas démontré [TRA-DUCTION] «qu'il ne serait ni pratique ni possible de faire fonctionner le système d'assurance-automobile au moyen de critères non discriminatoires de a classification des taux».

Mais même s'il était démontré que Zurich était trop petite pour recueillir elle-même des données utiles, l'argument selon lequel Zurich était trop petite pour fixer ses taux sur des statistiques non discriminatoires ne devrait pas, à mon avis, être accepté en défense à une accusation portée aux termes du Code. L'argument créerait deux normes b de droits de la personne — une pour les petites entreprises et une autre pour les grandes. Je ne peux accepter une telle conclusion. Si Zurich choisit de faire des affaires en Ontario, importantes ou c non, elle doit être prête à se conformer aux lois de d la province, y compris au Code.

L'argument relatif à la «norme de l'industrie» e est une variante de cet argument. Il consiste à dire qu'en l'absence de pratiques non discriminatoires dans l'ensemble de l'industrie, les entreprises moins importantes ont le droit de faire de la discrimination. Toutefois, l'omission des autres de se f conformer aux normes en matière de droits de la g personne n'a jamais été un moyen de défense contre des accusations aux termes du Code. Chacun est responsable de sa propre conduite et ne peut se fier sur ce que fait ou non la concurrence. Un employeur n'est pas excusé de ne pas prendre des h mesures raisonnables pour composer avec des personnes handicapées ou des femmes parce que ses concurrents ne le font pas. Une compagnie d'assurances ne devrait pas plus être excusée de fixer ses i taux selon des critères discriminatoires simplement parce que ses concurrents font la même chose. Le j fait que, par le passé, les pratiques discriminatoires ont souvent été si répandues qu'elles ont été perçues comme raisonnables et justifiables constitue une réalité de la vie. Les dispositions législatives en matière de droits de la personne ont pour but d'exiger que l'auteur d'une violation *prima facie* justifie réellement ce qui, par le passé, a été présumé justifié. Accepter moins en l'espèce serait une «volte-face» en matière de droits de la personne, qui plus est, une «volte-face» susceptible de

codes afford to individuals in a broad range of cases.

A third excuse offered for the failure to produce evidence as to the non-existence of reasonable alternatives is that the development of alternatives is a difficult matter. Thus Sopinka J. notes the difficulties have been encountered in subsequent years in developing non-discriminatory criteria for fixing premiums for young drivers (at p. 352). I am prepared to concede that the development of alternative bases of setting premiums may be difficult and may take time. I am even prepared to concede that in the end it may prove impossible, with the result that insurers will be found entitled to continue to calculate their premiums for this age group on the basis of age, sex and marital status. But such contentions miss the mark. The law requires the insurer to prove there was no other practical alternative to calculating premiums on the basis of age, sex or marital status. The insurer cannot discharge that burden merely by showing that it is difficult to ascertain whether there are reasonable alternatives and if so, what they are. We come once again to the confusion I alluded to at the outset between the absence of reasonable alternatives and the absence of proof of reasonable alternatives. Difficulty alone has never been accepted as an excuse for discriminatory conduct contrary to human rights legislation. As the Board noted below, insurers who find it difficult to justify their discrimination have the option of ceasing to discriminate, that is, applying the non-discriminatory criteria generally applicable to drivers to male drivers under 25.

Finally, it is suggested, at p. 352, by way of exoneration that the consequence of finding that Zurich has failed to establish a practical alternative is "the effect of simply submerging high risk drivers into pools of lower risk drivers". This argument, if it is to assist, must be taken to suggest that

miner gravement l'efficacité de la protection que les codes des droits de la personne accordent aux particuliers dans un grand nombre de cas.

^a Une troisième excuse pour justifier le défaut de présenter des éléments de preuve quant à l'absence d'autres solutions raisonnables est qu'il est difficile d'élaborer des solutions de rechange. Ainsi, le juge Sopinka souligne les difficultés qui sont survenues les années suivantes dans l'élaboration de critères de fixation des primes pour les jeunes conducteurs (à la p. 352). Je suis prête à admettre qu'il peut être difficile et long d'élaborer d'autres fondements pour l'établissement des primes. Je suis même prête à admettre que cela puisse finalement être impossible, et que les assureurs seraient justifiés alors de continuer à calculer leurs primes relatives à ce groupe d'âge sur le fondement de l'âge, du sexe ou de l'état matrimonial. Mais ces affirmations passent à côté de la question. La loi exige que l'assureur prouve qu'il n'existe pas d'autres moyens pratiques que le calcul des primes sur le fondement de l'âge, du sexe ou de l'état matrimonial. L'assureur ne peut s'acquitter de ce fardeau en démontrant simplement qu'il est difficile de vérifier l'existence d'autres solutions raisonnables, et le cas échéant, en quoi elles consistent. Nous arrivons encore une fois à la confusion à laquelle j'ai fait allusion au début entre l'absence d'autres solutions raisonnables et l'absence de preuve d'autres solutions raisonnables. La difficulté prise de façon isolée n'a jamais été acceptée comme une excuse pour une conduite discriminatoire contraire à la législation des droits de la personne. Comme la commission l'a fait remarquer, les assureurs qui trouvent difficile de justifier la discrimination ont le choix de cesser de faire de la discrimination, c'est-à-dire d'appliquer aux conducteurs de sexe masculin de moins de vingt-cinq ans les critères non discriminatoires généralement applicables aux conducteurs.

ⁱ Finalement, on laisse entendre, à la p. 352, à décharge, que conclure que Zurich n'a pas su démontrer l'existence d'une solution pratique aurait pour effet «la simple absorption de conducteurs à risques élevés par des catégories de conducteurs à faibles risques». Cet argument pour être

there will be no violation of the Code, if the result would be to penalize persons who are not complaining of the discrimination. I note firstly that there is no precedent in human rights law for accepting such an argument. I note secondly that the Code, in requiring the premiums be set in accordance with its criteria, necessarily contemplates that the striking down of an offending classification might adversely affect members of another classification; this follows from the basis of insurance in the concept of loss-pooling. In other words, the Code requires the classifications on which premiums are set to be rationally defensible. If they are not, they must be found to violate, even if other classes are negatively affected. Any adverse effect on drivers in other categories arises from Zurich's failure to shoulder the burden which the law imposes of conforming to the Code or demonstrating the absence of reasonable alternatives. While it is unfortunate that third parties may be adversely affected, the legislature has deemed it more unfortunate that those carrying on business in Ontario should be allowed to evade their responsibilities under the Code. It is not open to the courts, even if they wished, to decline to enforce those responsibilities on the ground that third parties may be adversely affected.

I conclude that Zurich failed to discharge the burden upon it of showing that in 1983 it had no reasonable alternative but to calculate its premiums for under-25 drivers on the basis of age, sex and marital status. As the Board found, it remains open on the record to conclude that such alternatives might have existed, although Zurich, for want of statistics, was unable to demonstrate whether they did or did not. In these circumstances, the principles of human rights law require that Zurich be found to be in violation of the Code.

d'une certaine utilité doit vouloir dire qu'il n'y aura aucune violation du Code, si le résultat d'une telle conclusion doit pénaliser des personnes qui ne se plaignent pas de discrimination. Je remarque tout d'abord qu'aucun précédent en matière de droits de la personne ne permet de faire droit à un tel argument. Je remarque ensuite que, lorsqu'il exige l'établissement des primes conformément à ses critères, le Code envisage nécessairement que l'annulation d'une classification qui contrevient à ses dispositions pourrait avoir un effet défavorable à l'égard des membres d'une autre classification; cette situation découle du fondement de l'assurance dans le concept de la répartition des pertes. En d'autres termes, le Code exige que les classifications en vertu desquelles les primes sont établies soient justifiables d'un point de vue rationnel. Si ce n'est pas le cas, il faut conclure à la violation, même si cela a un effet négatif sur d'autres catégories. Tout effet défavorable à l'égard de conducteurs d'autres catégories découle du défaut par Zurich de s'acquitter de son obligation juridique de se conformer au Code ou de démontrer l'absence d'autres solutions raisonnables. S'il est malheureux que des tiers puissent être touchés, l'assemblée législative a jugé qu'il était plus malheureux que ceux qui font des affaires en Ontario puissent échapper aux responsabilités qu'impose le Code. Il n'appartient pas aux tribunaux, même s'ils le désirent, de refuser d'appliquer ces responsabilités pour le motif qu'il pourrait en résulter des effets défavorables pour des tiers.

g

Je conclus que Zurich ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombaît de démontrer que, en 1983, elle n'avait pas d'autre solution raisonnable que de calculer ses primes pour les conducteurs âgés de moins de 25 ans sur le fondement de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial. Comme la commission le dit, il serait toujours possible de conclure que ces solutions pouvaient exister, bien que Zurich, en l'absence de statistiques à ce sujet, n'ait pas été en mesure de démontrer qu'elles existaient ou non. Dans ces circonstances, selon les principes du droit applicable en matière de droits de la personne, il convient de conclure que Zurich a porté atteinte au Code.

j

That said, I agree with Sopinka J. at p. 353 that “[t]he insurance industry must be allowed time to determine whether it can restructure its classification system in a manner that will eliminate discrimination based on enumerated group characteristics and still reflect the disparate risks of different classes of drivers”. Such concerns should be reflected in the remedy granted by the Board. Its remedial powers are broad and contemplate situations such as this where time may be required to effect compliance with the Act. It may:

40.—(1) ...

- (a) direct the [offending] party to do anything that, in the opinion of the board, the party ought to do to achieve compliance with this Act, both in respect of the complaint and in respect of future practices. . . .

(Now *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 41(1)(a).)

I would remit the matter to the Board for further consideration of what remedies are appropriate having regard to the situation in 1983 and developments since then. Without tying the Board's hands, I would suggest that it might wish in cases such as this to consider setting a time during which the offender may collect data relevant to the existence of reasonable alternatives. For this period, no penalty would be imposed on account of the violation; after its expiry, the Board could determine the appropriate penalty or other remedy. It must be remembered that the object of the Code is remedial; it is not directed to imposing penalties so much as bringing business practices into conformity with its precepts.

Like L'Heureux-Dubé J. I would allow the appeal with costs, reinstate the order of the Board of Inquiry and refer the matter back to the Board to determine the appropriate remedy.

Cela étant dit, je conviens avec le juge Sopinka, à la p. 353, qu'«[i]l faut accorder à l'industrie des assurances suffisamment de temps pour déterminer si elle peut restructurer son système de classification d'une façon qui éliminera la discrimination fondée sur des caractéristiques particulières d'un groupe, tout en tenant compte des différents risques que présentent les différentes catégories de conducteurs». La réparation accordée par la commission devrait tenir compte de ces préoccupations. Ses pouvoirs en matière de réparation sont étendus et visent des situations comme l'espèce où un délai peut être nécessaire pour se conformer à la Loi. Elle peut:

40 (1) ... ordonner à la partie visée [contrevenante]:

- a) de prendre les mesures qui, selon la commission d'enquête, s'imposent pour se conformer à la présente loi, tant en ce qui concerne la plainte qu'en ce qui concerne les pratiques ultérieures;

e (Maintenant l'al. 41(1)a) du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19.)

f Je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la commission pour un nouvel examen des réparations qui conviendraient compte tenu de la situation en 1983 et des changements survenus depuis cette époque. Sans lier la commission, je dirais qu'elle pourrait vouloir, dans des cas comme l'espèce, fixer un délai pendant lequel le contrevenant pourrait g recueillir des données pertinentes quant à l'existence d'autres solutions raisonnables. Au cours de cette période, aucune peine ne serait imposée relativement à la violation; après cette période, la commission pourrait déterminer la peine qui convient ou toute autre réparation. Il faut se rappeler que l'objet du Code est correctif; il ne vise pas tant à imposer des peines qu'à faire en sorte que les pratiques commerciales soient conformes à ses principes.

j À l'instar du juge L'Heureux-Dubé, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, de rétablir l'ordonnance de la commission d'enquête et de renvoyer l'affaire à la commission pour qu'elle détermine la réparation appropriée.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and McLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the intervenor Commission des droits de la personne du Québec: Commission des droits de la personne du Québec, Montréal.

Solicitor for the intervenor Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et McLACHLIN sont dissidentes.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Québec: Commission des droits de la personne du Québec, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.