

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

18-10-CA

ATTORNEY GENERAL OF NEW  
BRUNSWICK

PROCUREUR GÉNÉRAL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

THE DOMINION OF CANADA GENERAL  
INSURANCE COMPANY

DOMINION OF CANADA, COMPAGNIE  
D'ASSURANCE GÉNÉRALE

RESPONDENT

INTIMÉE

Attorney General of New Brunswick v. The  
Dominion of Canada General Insurance Company,  
2010 NBCA 82

Procureur général du Nouveau-Brunswick c.  
Dominion of Canada, Compagnie d'Assurance  
Générale, 2010 NBCA 82

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Green

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Green

Appeal from a decision of the New Brunswick  
Insurance Board:  
January 11<sup>th</sup>, 2010

Appel d'une décision de la Commission des  
assurances du Nouveau-Brunswick :  
Le 11 janvier 2010

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
[2010] N.B.J. No. 173

Procédures préliminaires ou accessoires :  
[2010] A.N.-B. n° 173

Appeal heard:  
September 14, 2010

Appel entendu :  
Le 14 septembre 2010

Judgment rendered:  
November 25, 2010

Jugement rendu :  
Le 25 novembre 2010

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Robertson

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Robertson

Concurred in by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:  
William A. Anderson, QC

For the respondent:  
Richard J. Scott, QC

### THE COURT

The appeal is allowed, the Board's decision to approve the rate application of the respondent is set aside and the matter is remitted to a differently constituted panel of the Board for a determination in a manner consistent with these reasons for judgment. No costs are awarded.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
William A. Anderson, c.r.

Pour l'intimée :  
Richard J. Scott, c.r.

### LA COUR

L'appel est accueilli, la décision de la Commission d'approuver la demande de hausse tarifaire de l'intimée est annulée et l'affaire est renvoyée devant une formation différemment constituée de la Commission pour qu'elle rende une décision conforme aux présents motifs de jugement. Aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] Ultimately, this administrative law appeal is about fairness and transparency in the adjudicative process surrounding the decision of the New Brunswick Insurance Board to approve an insurer's rate application with respect to car insurance (private passenger vehicles). Under the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, the Board may only approve rates which are just and reasonable. In cases where the Board decides to hold a hearing, the onus is on insurers to satisfy the Board this threshold has been met. However, the Attorney General of the Province has the right to intervene and make representations in the public interest. In such cases, it is the role of the Board to adjudicate on competing views as to whether a proposed rate is just and reasonable, and to do so in a manner that respects the established tenets of the fairness doctrine applicable to administrative decision-makers.

[2] The Dominion of Canada General Insurance Company ("Dominion") was one of 20 companies seeking Board approval with respect to their annual application for rate approval. The Attorney General singled out the application of Dominion and one other company as warranting intervention. With respect to Dominion's application, the Attorney General raised two principal grounds of objection. First, Dominion's anticipated 18.1% rate of return on equity exceeded the 12% benchmark established in a 2005 Board decision. Second, the actuarial assumptions upon which Dominion based its calculations were "unsound". According to the Attorney General, once the proper actuarial assumptions are applied, the expected rate of return on equity would climb well above 18.1%. The general thrust of the Attorney General's argument is that present rates are already excessive. The Board approved Dominion's rate application, but without explaining why the Attorney General's objections and supporting rationales were rejected. In response to the one-page decision, the Attorney General exercised his

unqualified and unfettered right of appeal to this Court. Although no less than seven grounds of appeal were advanced, they can be regrouped under three umbrellas: (1) the Board approved a rate of return on equity which far exceeded its established benchmark; (2) the Board based its decision on unsound actuarial principles; and (3) the Board breached the duty of fairness by limiting the types of questions the Attorney General could submit to Dominion and by failing to provide adequate reasons for its final decision.

[3] Factually, I conclude the Board's 2005 decision did not establish a 12% benchmark for the rate of return on equity. I also affirm that we are in no position to rule on the relative validity of competing actuarial assumptions. However, I find the Board did breach the fairness duty. Accordingly, I would allow the appeal and remit the matter to a differently constituted panel of the Board for a determination in a manner consistent with these reasons.

[4] Not only did the Board unduly limit the scope of the "interrogatories", it failed in its duty to provide reasons that adequately addressed issues properly raised by the Attorney General: reasons that would meet the general threshold test of "justification, transparency and intelligibility" articulated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47. Without motivated reasons, there is no way of maintaining public confidence in an administrative scheme designed to ensure New Brunswick drivers are not paying excessive rates for car insurance. Moreover, the general duty of every adjudicative tribunal, presented with intelligent and competing arguments surrounding the merits of a dispute of immense precedential significance, is to explain why one argument prevailed over the other. This is one more reason why this Court is in no position to rule on the validity of competing actuarial assumptions or principles.

[5] The fact that a transcript of the Board's post-hearing deliberations made its way onto our Bench is of no moment and no substitute for the crafting of a reasoned decision. While both Dominion and the Attorney General rely on that transcript to bolster their respective positions, it cannot form part of the appeal record. Introduction of the

transcript for purposes of “bootstrapping” materially deficient reasons for decision is an imprudent abdication of a tribunal’s right to deliberative secrecy in the administrative decision-making process. To be blunt, it is pure folly to believe that a transcript of disjointed questions, observations, musings and even expressions of opinion by individual decision-makers and their experts is an acceptable substitute for a set of reasons that should be as cogent as they are persuasive, while representing the collective views of only those who have the statutory right to decide.

## II. The Statutory Framework

[6] While the general powers and functions of the Board are set out in s. 19.3 of the *Insurance Act*, the framework for regulating rates for automobile insurance is set out from s. 267.1 to s. 267.8. Pursuant to s. 267.11, the Board is responsible for the general supervision of rates an insurer may charge or proposes to charge for automobile insurance. Pursuant to s. 267.1(1), the word “rates” is defined to mean “rates, surcharges, premiums or any other amount payable by an insured for automobile insurance”. Section 267.2(1) requires each insurer to file with the Board the rates which it proposes to charge for automobile insurance at least once every 12 months from the date of the insurer’s last filing. Section 267.2(1.1) goes on to require the insurer to provide the Board with such information when requested. The Board’s power to “investigate” proposed rates is contained in s. 267.5(1). That section states that if the Board considers that the proposed rate may not be “just and reasonable” the Board may investigate. In considering whether to conduct an investigation, the Board must first advise the Superintendent of Insurance and consider any information which the Superintendent provides. Section 267.5(3.1) goes on to provide that should the Board decide to investigate a proposed rate, the burden is on the insurer to prove that the rate is just and reasonable. Pursuant to s. 267.5(5) the Board is obligated to consider those factors which are prescribed by regulation when determining whether a proposed rate is just and reasonable. To date, no such regulation has been adopted.

[7] As stated earlier, the general powers of the Board are set out in s. 19.3 of the *Insurance Act*. For example, the Board is empowered to investigate or inquire into

rates of insurance for other classes of insurance, as may be prescribed by regulation. However, with respect to the other classes of insurance, the Board may only make recommendations to the Minister responsible for the *Act*. Section 19.1 outlines three ways of conducting an investigation/inquiry: (1) an electronic hearing; (2) an oral hearing; or (3) a written hearing. The first embraces telephone conferencing and the use of other electronic technology (video conferencing). The second embraces an oral hearing at which the parties or their counsel attend before the Board in person. Finally, a written hearing is defined as a hearing held by the exchange of documents whether in written or electronic form. Section 19.41(a) empowers the board to determine its own procedure and to give directions about the process and procedure that it considers appropriate in the circumstances, including a direction for one of the three types of hearing identified above. Section 19.41(b) authorizes the Board to request anyone to provide it with relevant information. Section 19.41(c) states the Board need not hold an oral hearing unless the Board considers it necessary to “act in a procedurally fair manner”. Section 19.41(d) outlines the Board’s obligation to ensure procedural fairness to all affected persons. While s. 19.41(e) provides that the Board is not bound by any common law rule of evidence, the section also states that any evidence the Board accepts must be relevant, material and trustworthy. At the same time, insurers are obligated under s. 19.7(1) to comply with any Board request for documents and information. By implication, the information requested must be relevant, material and trustworthy.

[8] Unless the Board orders otherwise, s. 19.71(1) of the *Insurance Act* dictates that the Board must provide the public with notice of any hearing by publishing an advertisement in one or more newspapers published in the Province. Section 19.71(2) goes on to provide that the Attorney General of the Province and the Consumer Advocate for Insurance must be notified. Under s. 19.71(3) the Board must provide the Attorney General with copies of all documents relevant to the hearing if the Attorney General so requests. It is s. 19.71(4) that authorizes the Attorney General to intervene at the hearing and make representations that he or she considers in the public interest.

[9] In summary, the Board has the jurisdiction to decide whether to conduct an investigation or inquiry into a proposed rate. If after consulting with the Superintendent of Insurance the Board concludes that a hearing is warranted, it must then decide on the type of hearing. Specifically, an oral hearing is not required unless the Board considers it necessary to act in a procedurally fair manner. As would be expected, the Board possesses the general right to determine its procedures. The Board also has the power to direct the insurer to provide the Board with information which is relevant, material and trustworthy. Of course, the exercise of any discretion is fettered to the extent that it must be exercised in good faith and in a principled fashion. The Attorney General is empowered to intervene as of right and to make representations he or she considers in the public interest.

### III. Factual Background

[10] The standard application form for rate approval requires all insurers to identify the change in the insurance rate that would achieve an after tax return on equity of 12%. The filing guidelines also require each insurer to disclose its after tax return on equity based on the insurance rate for which approval is being sought. Also required are the insurer's calculated past frequency, severity, loss costs claims for all coverage including bodily injury, collision and accident benefits, together with what it has selected for the past loss costs, and to identify its assumptions as to the future trends rates for all types of coverage. Finally, the applicant must identify the assumptions upon which it bases its calculations of the return on investments on its premium income and on surplus retained by the company, the ratio of premium income to surplus, and all other income of the applicant. In order to determine a provision for profit in the rate it is also necessary to consider the income tax rate and the after tax return on equity target.

[11] In September 2009, Dominion filed a rate application which targeted a 12.5% return on equity rate [ROE]. Having regard to this ROE, Dominion would have had to reduce its present premium rates by 2.79%. Instead, Dominion asked that there be no change to its present premium rates. Subsequently, the Board asked Dominion to resubmit its application to show a 12% ROE. Dominion complied with the request. The

recalculation showed that a premium reduction of 3.25% would generate a ROE of 12%. Once again, however, Dominion sought only to maintain its existing premium rates. Dominion would then resubmit its application one more time, and ask for a .49% increase in premium rates because of recently obtained information released by the insurance industry. The appeal record shows that increase would produce an ROE of 18.1%.

[12] On November 13, 2009, the Board advised the Attorney General that it would be conducting a hearing to consider Dominion's rate application. The Attorney General asked for the relevant portions of the application and the Board obliged. In an email dated November 19, 2009, the Board informed the Attorney General that he would be entitled to submit written information requests to Dominion and that the latter would have to respond in writing within the time specified as per an attached filing schedule. By further email of November 25, 2009, the Board indicated to the Attorney General that a paper hearing (written materials only) would be conducted. All "interrogatories" had to be completed six calendar days before the hearing. Written submissions were to be received four calendar days in advance.

[13] On November 27, 2009, the Attorney General's actuary emailed a series of 11 questions to Dominion based on its application. Some of the questions asked Dominion to explain the rationale used for selecting certain figures (ex., future trends for bodily injury and accident benefits). Other questions involved Dominion providing alternative rate level indications by using other figures or amounts based on alternative actuarial assumptions. Those questions required Dominion to "generate new information". On November 30, 2009, the Board emailed the Attorney General's actuary, advising her that many of the questions went beyond the scope of what was contemplated by the legislation and, therefore, that Dominion would not be required to respond to all questions posed. The actuary replied immediately, asking for an explanation as to what is contemplated by the legislation. On December 1, 2009, Board staff replied that the legislation does not contemplate interveners making any requests for information. In the circumstances, the Board would not require Dominion to answer any questions that would require the generation of new information. On December 3, 2009, counsel for the



Attorney General forwarded a letter to the Board prepared by the Attorney General's actuary setting forth the rationale for the questions posed. Further email exchanges ensued in the following days. On December 7, 2009 Dominion answered some of the questions but declined to answer those that would require the generation of new information.

[14] Finally, on December 8, 2009, the Attorney General's actuary provided the Board with a written submission addressing issues of concern, and, in particular, the loss trend assumptions of Dominion. The submission concludes with the following sentence: "As presented and calculated by Dominion in its rates filing, its proposed rate change (0%) is higher than its indicated change of -3.25% and results in an after tax return on equity of +17.7%". On the same date, Dominion amended its application in order to adopt the "2009 CLEAR rate group table" which had just been released by "VICC". The amendment resulted in a request for a .49% premium rate increase which translates into a +18.1% after tax ROE once the actuarial assumptions of Dominion are accepted.

[15] The Board rendered its decision to approve Dominion's rate application on January 11, 2010. Following the Board's approval of the .49% rate increase, Dominion tendered a document which showed another ROE rate, but one which is less than the already approved 18.1%. Dominion states that the resubmission was done in response to and in accordance with the Board's one-page decision. For purposes of deciding this appeal, I need not decide whether the Board's final decision authorized the revision of actuarial assumptions which we are told had the effect of reducing the anticipated ROE rate.

#### IV. Issues and Standard of Review

[16] The Attorney General raises five primary grounds of appeal and two alternative grounds. The primary grounds can be reduced to two. First, the Attorney General argued the Board approved a rate increase which would produce an ROE rate far

exceeding the Board's 12% benchmark. Second, the Board permitted Dominion to use unsound actuarial assumptions. With respect to these grounds of appeal, the Attorney General asked this Court to vary the Board's decision by approving a premium rate which reflected the actuarial assumptions advanced by the Attorney General and which produce a 12% ROE rate. In support of this relief, the Attorney General relied on s. 19.8(4) of the *Insurance Act*, which states that this Court may "confirm, modify, vary or reverse" a decision or order of the Board. During the appeal hearing, we advised the Attorney General that this Court was in no position to rule on the relative soundness of competing actuarial assumptions. The record before us is materially deficient and we do not have the benefit of the Board's reasoned opinion for which the review standard of reasonableness would most likely apply. At the same time, this Court is faced with another task: to decide whether the power to "reverse" includes the power to set aside a decision and to remit the matter back to the Board for a rehearing. Eventually, I answer that question in the positive.

[17] The Attorney General also advances two alternative grounds of appeal. First, in failing to give adequate reasons, the Board frustrated the Attorney General's statutory right of appeal. Second, the Board's ruling that Dominion did not have to answer those questions that generated new information, posed by the Attorney General's actuary, frustrated the Attorney General's attempt to question Dominion's actuarial assumptions. These two grounds do not require this Court to begin on the premise that deference on the review standard of reasonableness is applicable. Inevitably, tribunal decisions involving allegations of a breach of the fairness duty are reviewed on the standard of correctness (see *New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick (Department of Social Development)*, 2010 NBCA 40, [2010] N.B.J. No. 186 (QL), and specifically *Fundy Linen Service Inc. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2009 NBCA 13, 341 N.B.R. (2d) 286, where the Court states that "when it comes to the fairness duty, correctness is the proper review standard" (para. 13)).

[18] The following analysis addresses three issues which I believe reflect the legal realities of this case. The first issue is whether, in fact, the Board did establish a 12% benchmark rate of return on equity. Second, we must decide whether the Attorney General was denied procedural fairness when the Board ruled that Dominion need not answer questions which required the generation of new information. This issue brings into question the decision of the Board to conduct a written hearing and to grant the Attorney General the right to pose interrogatories of Dominion. The third debate is whether the Board was under a duty to provide more substantial reasons for its decision to approve Dominion's premium rate increase. On the first issue, I find in favour of Dominion. As a matter of fact, the Board did not establish a 12% benchmark in its 2005 decision. With respect to the remaining two issues, I find in favour of the Attorney General. However, I do not accept his concession that, on the facts of the present case, the appeal record may be augmented with a copy of the transcript of the Board's post-hearing deliberations.

V. The 2005 Board Decision and the Alleged 12% Benchmark

[19] In 2005 the Board issued a decision in which it considered several matters pertaining to applications for rate approval: (1) the appropriate ROE rate for automobile insurance companies; (2) the appropriate premium to surplus ratio; and (3) the investments and related returns that should be credited to policyholders. The Board also asked whether the rates managed by the Facility Association should include a recovery of "Cost of Capital" and, if so, what should be considered a proper rate of return to recover this cost. To address those questions the Board held a public hearing.

[20] The Board's 2005 decision touches the issue of the appropriate premium to surplus ratio in a summary fashion. Based on federal regulations governing the matter, the Board accepted the proper premium to surplus ratio should range from 1.5 to 2.2. As to the proper ROE rate, the Board noted that most companies' ROE requests ranged from a low of 12% to a high of 17%. Some companies requested the Board not set a rate while others suggested a range from 8.5% to 10%. The Insurance Bureau of Canada introduced

a graph showing the Property and Casualty Industry return from 1975 to 2004. The latest yield was 8.73%. From 1975 to 1983, the highest return was 11.2%. The Board was presented with competing approaches to determine an appropriate rate of return on equity. Both the Board's expert and that of the Attorney General agreed that the CAPM model provided the proper method for calculating the ROE. The Board agreed and accepted its expert's opinion that the Board need not specify a specific rate for all insurers. The Board's expert also stated that the Board should send a signal to insurers that it had a range in mind (e.g., 9% to 13%) and that it would be requiring "outliers" to justify a rate which falls outside the range. Here is what the expert said in response to the question of whether it would be better to look at the ROE on a case by case basis:

Yes, that's what I would say. And that you send a signal that you have some range in mind that might be, you know, 9 to 12, 13 something in that zone as what people – what are they targeting for. And require for people who are the outliers to justify.

I think it would be a waste of resources to have everyone coming forward to justify well, we are doing 11 percent and here is why, and we are doing 11.5, and here is why and so on.

But I think what the Board should be concerned with is the outliers. And, you know, that's a good use of your time and also a better use for the times of the people, submitting for rate claims.

[21] The Board interpreted the above passage in the following manner. While the Board's expert thought the setting of a range of rates would facilitate the approval process by requiring those insurers outside the range to justify their rate of return, the Board decided not to establish a *prima facie* range of acceptable rates. The Board held:

The Board agrees with the recommendations of [the Board's expert]. The Board will not abdicate its responsibilities by creating a fixed rate or range of return on equity. The Board will review the requested rate of return on each application and decide what the rate should

be based on the criteria of setting “just and reasonable rates” for the policy holders of New Brunswick.

[22] In summary, it is clear that the Board’s 2005 decision did not fix a 12% benchmark for the rate of return on equity and, therefore, the Attorney General remains in error on this point. At the same time, the Board’s 2005 statement that it was accepting the recommendations of its expert is confusing if not mistaken. The Board’s expert believed that the Board should fix a range for the ROE rate. Insurers whose ROE rates fell outside the range would have their applications subjected to greater scrutiny. The Board’s decision, however, does not expressly adopt this approach. Curiously, regardless of what the Board stated in its 2005 decision, it appears that all insurers are being required to file a rate application which shows the impact on premium rates assuming a ROE rate of 12%. Given the fact that Dominion was seeking a ROE rate in excess of 18%, the decision of the Board to investigate further and hold a hearing into the rate application is perfectly consistent with the Board’s 2005 decision and, in particular, the opinion of its expert, even though the Board has never fixed a range of percentage rates which will attract less scrutiny. In short, Dominion filed an application which rendered it an “outlier” and the Board duly responded. So far so good.

#### VI. The Decisions to Hold a Written Hearing and to Limit Interrogatories

[23] Once the Board consulted with the Superintendent of Insurance and decided to investigate Dominion’s rate application, the Board had to settle on which of the three hearing formats should be adopted. As noted earlier, the Board is not obligated to hold an oral hearing unless the Board considers it necessary to “act in a procedurally fair manner”. Since the Board ordered a written hearing we must assume that the Board consciously decided that a written hearing with interrogatories, as between Dominion and the Attorney General, would be compliant with the common law understanding of procedural fairness. In any event, the Attorney General took no objection to the decision to hold a written hearing as opposed to an oral hearing. But the question that lingers in my mind is whether an oral hearing would have better suited the Board’s adjudicative task by giving panel members the opportunity to question directly the actuarial opinions

being tendered by the respective parties. This is a matter for the Board to reflect on in future cases after seeking the views of those who will be participating in the hearing. At that point, the Board is entitled to make its ruling.

[24] I am left to ask whether the Board denied the Attorney General procedural fairness when the Board limited his right to pose questions by eliminating those that required Dominion to generate new information. The Board's formal response to the Attorney General's objection to limiting the interrogatories was that the questions "go far beyond what is contemplated by the legislation". This leads one to ask what is contemplated by the legislation. As noted earlier, s. 19.41(a) authorizes the Board to determine its own procedure and to give directions about the process and procedure that it considers appropriate in the circumstances. Moreover, s. 19.41(b) authorizes the Board to request a party to provide it with relevant information; that is to say, information which is relevant, material and trustworthy. However, there is nothing in the legislation to support the Board's justification for limiting the Attorney General's right to pose interrogatories to Dominion. The question facing the Board was whether the new information which the Attorney General sought from Dominion was relevant to the Board's task of adjudicating on the proposed rate hike. The Board never addressed that question. As a result, the Board fell into error. Let me explain further.

[25] The Attorney General was asking Dominion to recalculate the ROE rate by using alternative actuarial assumptions; that is to say, ones that were different than those which Dominion had adopted. More importantly, one would have thought that the Board would have been interested to learn how different actuarial assumptions would impact on the percentage rate of return on equity and the insurance rate to be approved. Yet, the Board's curiosity was not piqued, nor could it offer this Court a reason why the so-called new information being sought was not relevant, material and trustworthy.

[26] The above analysis leads me to conclude that the Attorney General was denied procedural fairness when the Board ruled that Dominion did not have to produce (generate) evidence which was otherwise *prima facie* relevant to the primary task at hand.

Certainly, the legislation does not hinder the Board from requiring an insurer to make recalculations based on different actuarial assumptions. The Attorney General's questions were appropriate and in the "public interest" and the Board should have exercised its discretion to demand evidence that on its face appears relevant to a material issue.

VII. The Duty to Give Reasons for Final Decision

[27] The Board's one-page decision begins with a recitation of the facts leading up to the hearing of the application, and an acknowledgement that the Board considered all of the relevant submissions, together with the actuarial advice of the Board's firm of consulting actuaries. The Board's formal reasoning for accepting Dominion's rate application is found in the following passage:

The Board finds that the Company's proposed rates are supported by sound actuarial principles and were within a range of reasonableness. It is the decision of the Board to approve the Company's rate revision application as amended. The impact of the rate revision application is estimated to represent an overall change from the rate level currently in effect of +0.49%.

[28] Obviously, the above passage does not qualify as reasons for decision. It is simply a conclusionary declaration of entitlement. This leads one to consider whether the Board was under a duty to provide reasons. The *Insurance Act* does not contain an express obligation to do so and, hence we are left to decide whether such an obligation arises under common law principles.

[29] Traditionally, there was no common law obligation on statutory decision-makers to provide written reasons for their decisions and, therefore, the failure to do so was not regarded as a breach of the duty of procedural fairness. It was not until 1999 that the Supreme Court of Canada recognized that an administrative decision-maker could be obligated to provide reasons even though the enabling legislation did not mandate such a requirement. In the absence of an express statutory direction, the obligation to provide

reasons for a decision depended on the application of the analytical framework which the Supreme Court first set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, [1999] S.C.J. No. 39 (QL), and more recently applied in *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650. That framework begins with the acceptance of the general principle that the content of the duty of fairness, including the duty of procedural fairness, which is imposed on all administrative decision-makers, varies according to five factors: (1) the nature of the decision and the decision-making process employed by the decision-maker; (2) the nature of the statutory scheme and the precise statutory provisions pursuant to which the public body operates; (3) the importance of the decision to the individuals affected; (4) the legitimate expectations of the party challenging the decision; and (5) the nature of the deference accorded to the decision-maker (see generally Jones and DeVillars, *Principles of Administrative Law* (Toronto: Thomson Reuters Canada Ltd., 2009) [Jones & DeVillars], at p. 368 *et seq.*).

[30] The essential facts of *Baker* are straightforward. Ms. Baker, a woman with four Canadian-born dependent children, was subject to a deportation order that issued in 1992. She had arrived on a visitor's visa in 1981. To avoid deportation, Ms. Baker applied for an exemption, based on humanitarian and compassionate grounds, from the requirement that an application for permanent resident status be made from outside Canada. Ms. Baker's application was denied in a letter written by a senior immigration officer. That letter did not provide reasons. However, Ms. Baker's counsel requested and received the written notes of the investigating immigration officer. The one issue relevant to this appeal is whether the senior immigration officer was under an obligation to provide reasons for the rejection of Ms. Baker's application. Understandably, the issue was of immense precedential significance because it involved the obligation of all civil servants vested with a statutory power or discretion to provide reasons for their decision. The Supreme Court ruled that, on the facts of the case, the immigration officer was required to provide reasons. However, the Court went on to hold that the investigating officer's "notes" could be used inferentially to meet that requirement. It was on the basis of those notes that the Supreme Court held the immigration officer to be biased. As to the



legal rationale for holding that the immigration officer was under a duty to provide reasons for his decision, the Supreme Court did not go through each of the five factors outlined above. The Court's reasoning is as follows: "The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required" (para. 43).

[31] The most recent decision of the Supreme Court addressing the issue of the obligation of an administrative decision-maker to provide reasons for decision is *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*; see also *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663. The essential facts involved the persistent refusal of a municipality to rezone land that would allow the Congrégation to erect a place of worship. Under the zoning by-law places of worship could only be built in a regional community use zone, but the Congrégation felt that no land was available in this zone and thus bought a parcel of land in a residential zone only to have their application for a rezoning denied after the municipality accepted the negative recommendation of a consultative body. The Congrégation purchased another lot in a commercial zone and their two applications for rezoning were denied without the municipality providing reasons and without being in receipt of a recommendation from the consultative body. The essence of the Congrégation's lawsuit was that the municipality had infringed their s. 2(a) *Charter* right to freedom of religion.

[32] The majority of the Supreme Court in *Lafontaine (Village)* held that the municipality had breached the fairness duty by failing to give reasons based on the application of the five factors articulated earlier in these reasons. In brief, reasons for decision were needed for judicial oversight to ensure against arbitrary municipal decision making, as there was no right to appeal the rezoning refusal. The Congrégation's right to practice their religion militated in favour of heightened protection. The Congrégation had a right to expect that their application would be thoroughly vetted as had been done on the application to rezone land in a residential area. Finally, although the municipality's zoning decisions would require deference because of the municipality's relative

expertise, the failure to provide reasons meant that there was no record to indicate that the municipality had actually engaged its expertise in evaluating the applications.

[33] Just as *Baker* was of immense precedential significance, so too was *Lafontaine (Village)*. The notion that a municipal council in New Brunswick could be required to produce reasons for its decision to reject a rezoning application might come as a surprise to many. However, the finding that the New Brunswick Insurance Board may be under a duty to provide reasons for one of its decisions should not. My formal reasoning is as follows.

[34] In regard to private passenger vehicles, the primary function of the Board is to ensure that insurance premiums are just and reasonable. This objective came about as a result of the 2003 reforms to the *Insurance Act* which saw, for example, a cap being placed on the damages that could be awarded for certain types of personal injury. That amendment alone had a significant impact on the existing right of all New Brunswickers to obtain compensation for personal injury based on common law principles. Eventually, the legislature wanted to ensure that the interests of all New Brunswickers would be further protected by permitting the Attorney General to intervene in cases where the Board decided to subject a rate application to further scrutiny by ordering a hearing. Hence, the Board's failure to provide reasons undermines public confidence that the Board will attempt to balance the interests of insurers and policy-holders alike.

[35] How is the public to be assured that the Board is not engaged in arbitrary decision-making? How does the Attorney General obtain a meaningful right of appeal to this Court if the Board has failed to demonstrate that it grasped the issues at hand? The answer to those questions is obvious. The Board must provide reasons for its decision. Otherwise, this Court would be effectively granting deference to the Board when there is no evidence of the Board actually engaging its expertise by deciding discrete issues of precedential significance. Without reasons for decision, the public cannot be assured that Dominion's proposed rate was just and reasonable. The Attorney General's allegation that Dominion's application did not meet this threshold test went unanswered and that is all that is required to undermine public confidence in the administrative scheme

implemented for the purpose of ensuring that the rate approval process remains both fair and transparent to all concerned.

[36] There is one other reason why the Board's failure to provide reasons should not be sanctioned. Recall that s. 267.5(5) of the *Insurance Act* obligates the Board to consider those factors which are prescribed by regulation when determining whether a proposed rate is just and reasonable. Recall also that, to date, no such regulation has been adopted. In the circumstances, surely the obligation rests on the Board to fill that gap by ruling on what factors it considers relevant to the rate-decision-making process. Without reasons for decision the gap will never be filled. Whether the Legislature is partially responsible for this lacuna is a question I need not address.

[37] I do not wish these reasons for judgment to be misinterpreted. They do not stand for the bald proposition that the Board is required to provide reasons with respect to all of its decisions. Each year the Board is required to rule on hundreds of applications. Many, if not most, do not involve the kinds of questions being raised in this appeal. What I am saying is that, in cases where the Board rules that the rate application is one which requires further investigation in the form of a hearing, thereby triggering the Attorney General's right to intervene, and where in fact he or she so elects, the Board is obligated to provide reasons with respect to issues properly raised before the Board and intelligently pursued by the parties. If the case is one in which the issues raised are of precedential significance, the need for reasons is inevitable and it makes no difference whether the Board elects to proceed by electronic, paper or oral hearing. What matters is that two adversaries have posed factual and legal questions which require adjudication by an adjudicative tribunal. Within this narrow framework, it is not difficult to justify the imposition of an obligation to provide reasons.

[38] This leads me to consider whether the transcript of the Board's post-hearing deliberations should be accepted as part of the appeal record and, if so, whether the transcript satisfies the requirement for reasons for decision. The transcript appears to have been tendered on the assumption that, just as the investigating officer's notes in

*Baker* were deemed admissible for the purpose of satisfying the requirement for reasons, so too should the transcript of the Board's deliberations be deemed to satisfy the reasons requirement. In my view, any analogy between the present case and *Baker* is misguided.

[39] My first task is to explain how the transcript of the post-hearing deliberations made it up and onto our Bench. Apparently, a disc of the transcript was provided on the hearing of the motion held in this Court dealing with the Board's application for intervener status. The motion for intervener status, as a Friend of the Court, was granted. Following the filing of the appeal record and submissions, a transcript of the deliberations was prepared by Dominion and sent to the Registrar and, subsequently, distributed to the panel hearing the present appeal. At no time has the Attorney General or the Board objected to the introduction of the transcript. Indeed, the Attorney General relies on the document to identify other errors of the Board.

[40] I offer two reasons why this Court should not accept the transcript of the Board's deliberations as part of the appeal record. First, as a matter of policy, no Court should be privy to the deliberations of an adjudicative tribunal except in the circumstances prescribed by law. Second, as one might expect, the disjointed interjections of Board members interlaced with extensive commentary by the Board's lead actuary does not meet the general threshold test of "justification, transparency and intelligibility" articulated in *Dunsmuir v. New Brunswick*. I shall elaborate on these points further.

[41] The duty of fairness does not cease at the end of the tribunal's hearing. Issues may arise post-hearing that require consideration. Since the topic is dealt with comprehensively in *Jones & DeVillars* at p. 340 *et seq.*, I need only focus on the circumstances in which the courts are permitted to delve into the post-hearing process. The two lead decisions of the Supreme Court are *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, [1990] S.C.J. No. 20 (QL), and *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, [1992] S.C.J. No. 20 (QL). Those cases focus on the extent to which non-panel members were involved in the

decision-making process (illegal sub-delegation), thereby impinging, but only so slightly, on the tribunal's right to insist on deliberative secrecy with respect to the decision-making process. Jones & DeVillars state: "The process of adjudication is generally not required to be an open process: parties are not allowed to inquire about the actual thinking process or consideration about the issues in the decision by the decision-maker. Deliberative secrecy is not absolute, but it is nonetheless heavily protected" (p. 346). In support of that statement, the authors cite Gonthier J. in *Tremblay* at para. 25 where he distinguishes between review by the court of the "formal process" for consultation and "matters of substance or the decision makers' thinking on such matters".

[42] Understandably, I was unable to uncover any decision in which a court was prepared to compel an adjudicative tribunal to reveal the actual exchange of post-hearing views of individual tribunal members. This leads me to ask whether it makes a difference that the tribunal voluntarily offers into evidence a transcript of its deliberations. Of course not. The principle of deliberative secrecy cannot be transgressed at the whim of the adjudicative tribunal in order to overcome its failure to offer cogent reasons for its decision. Bluntly stated, transcripts of post-hearing deliberations cannot simply be used as spare tires for inadequate reasons.

[43] My second reason for refusing to accept the transcript of the Board's deliberations as part of the appeal record is umbilically tied to the first. Not only is the transcript being used for purposes of "bootstrapping" materially deficient reasons for decision, it is being introduced on the mistaken assumption that the views exchanged by panel members and the Board's actuary could pass the threshold test of "justification, transparency and intelligibility" articulated in *Dunsmuir v. New Brunswick* and discussed most recently in *Burke v. Newfoundland and Labrador Assn. of Public and Private Employees*, 2010 NLCA 12, [2010] N.J. No. 62 (QL). As one would expect, the transcript is simply a compilation of disjointed exchanges between panel members and relatively lengthy discourses tendered by the Board's actuaries with respect to several discrete issues. The Attorney General uses the transcript as evidence of misguided ruminations by misguided adjudicative decision-makers. In my respectful view, it is pure folly to believe

that a transcript of disjointed questions, observations, musings and even expressions of opinion by individual decision-makers and their experts, is an acceptable substitute for a set of reasons that should be as cogent as they are persuasive and represent the collective views of only those who have the statutory right to decide.

[44] I wish to make one final point with respect to the “transcript” issue. While the presence of the Board’s independent actuaries during the post-hearing deliberations does not invite negative comment, it is worth stating that the role of any expert is to outline and explain the competing arguments advanced by each party. The expert may explain the pros and cons of each position and may ultimately express an opinion on a discrete issue. In the present case, the expert has already expressed an opinion, and just as the Board panel that deliberated on the Dominion application is disqualified from hearing the matter anew, so too are the actuaries who advised the Board with respect to Dominion’s application. This direction should not be regarded as a negative reflection on their part. Disqualification simply avoids the allegation that without such a direction the decision-makers may be unable to fairly and objectively distance themselves from their initial decision or, in the case of the actuaries, from the advice originally given.

#### VIII. The Proper Relief

[45] As noted earlier, this Court has to grapple with the question of whether it has the power to set aside the Board’s decision to approve Dominion’s application and to remit the matter to the Board for a hearing in accordance with these reasons for judgment. The question arises because the English version of s. 19.8(4) of the *Insurance Act* provides that this Court may “confirm, modify, vary or reverse” the order or decision of the Board. This leads one to ask whether the power to “reverse” was meant to include the power to set aside and remit the matter to the Board for a redetermination. But I cannot address that question without first turning to the French version of s. 19.8(4) which states that the Court has the power to “confirmer, modifier ou infirmer” the order or decision of the Board. In short, the English version outlines four remedial options while the French version offers three. Frankly I do not see any substantive difference between the words

“modify” and “vary” as used in the English version. Accepting this to be so, the only difference between the English and French versions is that the English version uses the word “reverse”, while the French version uses the word “infirmier” which means to invalidate, annul or quash.

[46] Obviously, the interpretative issue at hand does not turn on the difference between the two language versions of s. 19.8(4). Neither expressly states this Court has the power to set aside a Board decision and to remit the matter for rehearing. Hence, we must decide whether such a power may be inferred. In my view, a positive response is warranted on the ground of practical necessity. Let me explain.

[47] Assume for the sake of argument, this Court does not have the power to remit the matter to the Board for a rehearing in order to remedy the breaches of the fairness duty. One remedial option is simply to “quash” or “infirmier” the Board’s decision in which case Dominion is left in the dark as to whether it may resubmit its application as the *Insurance Act* is silent on this point. Another option is to “reverse” the decision of the Board. This would mean that we would have to rule that the Board erred in not rejecting the application. This makes no sense because there has been no final ruling on the merits of the application. Because of these ambiguities, I am prepared to hold that the words “reverse” and “infirmier” must, by necessary implication, have the extended meaning being proposed. This interpretation is consistent with the position of the parties, the jurisprudence of this Court, and the objectives of the *Insurance Act*. As to the jurisprudence of this Court and the need for reading words into a statute see *Town of Woodstock v. Stone*, 2006 NBCA 71, 302 N.B.R. (2d) 165 and *Agnew v. Smith*, 2001 NBCA 83, 240 N.B.R. (2d) 63.

[48] In summary, I would allow the appeal, set aside the Board’s decision to approve Dominion’s rate application and remit the matter to a differently constituted panel of the Board for a determination in a manner consistent with these reasons for judgment. This is not a case where costs should be ordered. Neither party is at fault for

the omission and, by order of a judge of this Court, the Board's intervener status is as a Friend of the Court and not as a party.



LE JUGE D'APPEL ROBERTSON

I. Introduction

[1] En fin de compte, le présent appel dans le domaine du droit administratif porte sur la question de l'équité et de la transparence dans le processus entourant la décision de la Commission des assurances du Nouveau-Brunswick d'approuver la demande de hausse tarifaire d'un assureur dans le domaine de l'assurance automobile (voitures particulières). En vertu de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, la Commission ne peut approuver que des tarifs justes et raisonnables. Dans les cas où la Commission décide de tenir une audience, c'est aux assureurs qu'il incombe de convaincre la Commission que cette condition est remplie. Toutefois, le Procureur général de la Province a le droit d'intervenir et de faire les représentations qu'il estime être d'intérêt public. Dans de tels cas, il appartient à la Commission de trancher entre les opinions divergentes qui lui ont été soumises sur la question de savoir si le tarif proposé est juste et raisonnable, et ce, d'une manière qui respecte les principes établis de la doctrine de l'équité qui s'applique aux décideurs administratifs.

[2] Dominion of Canada, Compagnie d'Assurance Générale (« Dominion ») était l'une des 20 compagnies qui demandaient à la Commission d'approuver leur demande annuelle de hausse tarifaire. Le Procureur général a décidé qu'une intervention était justifiée uniquement pour les demandes de Dominion et d'une autre compagnie. En ce qui concerne la demande de Dominion, le Procureur général a soulevé les deux principaux motifs d'objection suivants : premièrement, le taux de rendement des capitaux propres de 18,1 % que prévoyait Dominion dépassait le taux de référence de 12 % fixé dans une décision de 2005 de la Commission, et deuxièmement, les hypothèses actuarielles sur lesquelles Dominion avait basé ses calculs étaient [TRADUCTION] « erronées ». En effet, selon le Procureur général, une fois les bonnes hypothèses actuarielles appliquées, le taux de rendement des capitaux propres attendu serait très

supérieur à 18,1 %. L'idée maîtresse générale de l'argument du Procureur général est que les tarifs actuels sont déjà excessifs. La Commission a approuvé la demande de hausse tarifaire de Dominion, mais sans expliquer pourquoi les objections du Procureur général et les justifications qu'il avait présentées à l'appui de ces dernières avaient été écartées. En réponse à la décision d'une page, le Procureur général a exercé son droit absolu et inconditionnel d'interjeter appel devant notre Cour. Bien que pas moins de sept moyens d'appel aient été invoqués, ils peuvent être regroupés en trois grands thèmes : (1) la Commission a approuvé un taux de rendement des capitaux propres largement supérieur à son taux de référence; (2) la Commission a fondé sa décision sur des principes actuariels erronés; et (3) la Commission a manqué à son obligation d'agir équitablement en limitant les types de questions que le Procureur général pouvait soumettre à Dominion et en omettant de donner des motifs suffisants pour expliquer sa décision finale.

[3] Sur le plan des faits, je conclus que la décision de 2005 de la Commission ne fixait pas un taux de référence de 12 % pour le rendement des capitaux propres. Je conclus également que nous ne sommes pas en mesure de statuer sur la validité relative d'hypothèses actuarielles divergentes. Cependant, je conclus que la Commission a bel et bien manqué à son obligation d'agir équitablement. Il en découle que j'accueillerais l'appel et renverrais l'affaire devant une formation différemment constituée de la Commission pour qu'elle rende une décision conforme aux présents motifs.

[4] Non seulement la Commission a-t-elle indûment limité la portée des [TRADUCTION] « demandes de renseignements », elle a également manqué à son obligation de donner des motifs qui répondent convenablement aux questions que le Procureur général a dûment soulevées, motifs qui satisferaient au critère préliminaire général de « la justification de la décision, [de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel » qui a été énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au par. 47. En l'absence de raisons motivées, il est impossible de préserver la confiance du public dans un régime administratif visant à garantir que les conducteurs néo-brunswickois ne payent pas des tarifs excessifs pour leur assurance automobile. De plus, toute instance juridictionnelle à laquelle on a présenté des

arguments intelligents et contradictoires au sujet du bien-fondé d'un litige dont la valeur de précédent est immense a l'obligation générale d'expliquer pourquoi un argument l'a emporté sur l'autre. C'est une raison de plus qui explique que notre Cour ne soit pas en mesure de statuer sur la validité de principes ou d'hypothèses actuariels antagoniques.

- [5] Le fait qu'une transcription des délibérations postérieures à l'audience de la Commission se soit retrouvée devant nous est sans importance et ne saurait remplacer la rédaction d'une décision raisonnée. Bien que Dominion et le Procureur général se fondent tous les deux sur cette transcription pour appuyer leurs thèses respectives, elle ne peut en aucun cas faire partie du dossier d'appel. L'introduction de la transcription dans le but de compenser les lacunes de motifs substantiellement incomplets constitue une abdication imprudente du droit au secret du délibéré que possèdent les tribunaux dans le cadre du processus administratif décisionnel. Pour être franc, il serait complètement insensé de croire qu'une transcription de questions, d'observations, d'idées ou mêmes d'expressions d'opinions décousues émanant des différents décideurs et de leurs experts puisse venir remplacer une série de motifs qui devraient être aussi impérieux que convaincants, tout en représentant les opinions collectives des seules personnes auxquelles la loi confère le droit de prendre la décision.

## II. Cadre législatif

- [6] Bien que les pouvoirs et fonctions généraux de la Commission soient énoncés à l'art. 19.3 de la *Loi sur les assurances*, les dispositions régissant la réglementation tarifaire en matière d'assurance automobile se trouvent aux art. 267.1 à 267.8. En vertu de l'art. 267.11, la Commission exerce un droit de contrôle sur les tarifs qu'un assureur pratique ou se propose de pratiquer en matière d'assurance automobile. Aux termes du par. 267.1(1), le terme « tarifs » est défini comme désignant « les tarifs, primes, surprimes ou tout autre montant que l'assuré doit payer pour une assurance automobile ». Le par. 267.2(1) impose à chaque assureur l'obligation de déposer auprès de la Commission les tarifs qu'il se propose de pratiquer en matière d'assurance automobile au moins une fois tous les douze mois à partir de la date de son dernier dépôt. Le par. 267.2(1.1) oblige ensuite l'assureur à fournir des renseignements à la

Commission lorsqu'elle le lui demande. Le pouvoir de la Commission d'« enquêter » sur les tarifs proposés se trouve au par. 267.5(1). Cette disposition prévoit que si la Commission estime que les tarifs proposés peuvent ne pas être « justes et raisonnables », elle peut enquêter. Pour déterminer si elle doit mener une enquête, la Commission doit commencer par aviser le surintendant des assurances et prendre en considération les renseignements que celui-ci lui fournit. Le par. 267.5(3.1) prévoit que si la Commission décide d'enquêter sur un tarif qu'un assureur se propose de pratiquer, le fardeau de prouver que ce tarif est juste et raisonnable incombe à l'assureur. En vertu du par. 267.5(5), la Commission doit tenir compte des facteurs prescrits par règlement lorsqu'elle détermine si le tarif proposé est juste et raisonnable. À ce jour, aucun règlement de ce genre n'a été adopté.

[7] Comme nous l'avons indiqué plus haut, les pouvoirs généraux de la Commission sont énoncés à l'art. 19.3 de la *Loi sur les assurances*. Par exemple, la Commission est habilitée à enquêter sur les tarifs d'assurance pour toutes autres catégories d'assurances qui peuvent être prescrites par règlement et s'en enquêter. Toutefois, pour ce qui est des autres catégories d'assurances, la Commission peut seulement faire des recommandations au ministre responsable de l'application de la *Loi*. L'article 19.1 décrit trois manières de mener une enquête : (1) l'audience électronique, (2) l'audience orale ou (3) l'audience écrite. La première accepte les conférences téléphoniques et l'utilisation d'autres moyens électroniques (vidéoconférence). La seconde désigne une audience à laquelle les parties ou leurs avocats comparaissent en personne devant la Commission. Finalement, une audience écrite est définie comme une audience tenue par échange de documents, qu'ils soient sur support papier ou électronique. L'alinéa 19.41a) habilite la Commission à déterminer sa propre procédure et à donner des directives concernant la procédure qu'elle estime indiquée dans les circonstances, notamment quant à la tenue de l'un des trois types d'audience décrits plus haut. L'alinéa 19.41b) autorise la Commission à demander à quiconque de lui communiquer la documentation pertinente. L'alinéa 19.41c) prévoit que la Commission n'est pas tenue de tenir une audience orale, sauf si elle l'estime nécessaire afin « d'agir de manière équitable au regard de la procédure ». L'alinéa 19.41d) précise l'obligation qui

incombe à la Commission de faire preuve d'équité procédurale à l'égard de toutes les personnes concernées. Bien que l'al. 19.41e) prévoie que la Commission n'est pas liée par les règles de preuve de common law, cette disposition indique également que les éléments de preuve qu'elle examine doivent être pertinents, déterminants et dignes de foi. En même temps, le par. 19.7(1) oblige les assureurs à acquiescer à toute demande de documents et de renseignements de la Commission. Par implication, les renseignements demandés doivent être pertinents, déterminants et dignes de foi.

[8] À moins que la Commission n'en ordonne autrement, le par. 19.71(1) de la *Loi sur les assurances* impose à la Commission l'obligation de donner avis au public de la tenue de toute audience en publiant une annonce dans un ou plusieurs journaux publiés dans la province. Le paragraphe 19.71(2) prévoit ensuite que le Procureur général de la Province et le défenseur du consommateur en matière d'assurances doivent recevoir un avis d'audience. Aux termes du par. 19.71(3), la Commission doit fournir au Procureur général des copies de tous documents pertinents à l'audience si le Procureur général en fait la demande. C'est le par. 19.71(4) qui autorise le Procureur général à intervenir à l'audience et à faire les représentations qu'il estime être d'intérêt public.

[9] En résumé, la Commission a la compétence de décider si elle doit ou non enquêter sur un tarif proposé. Si la Commission conclut qu'une audience est justifiée après avoir consulté le surintendant des assurances, elle doit ensuite décider du type d'audience. Plus précisément, la Commission n'est pas obligée de tenir une audience orale, sauf si elle l'estime nécessaire afin d'agir de manière équitable au regard de la procédure. Comme on pouvait s'y attendre, la Commission est investie du droit général de déterminer sa propre procédure. La Commission est également habilitée à ordonner à l'assureur de lui communiquer des renseignements qui sont pertinents, déterminants et dignes de foi. Il va de soi que l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire est restreint dans la mesure où cet exercice doit se faire dans la bonne foi et en se basant sur certains principes. Le Procureur général a le pouvoir d'intervenir de plein droit et de faire les représentations qu'il estime être d'intérêt public.

### III. Contexte factuel

[10] Le formulaire type de demande d'approbation d'une hausse tarifaire impose à tous les assureurs l'obligation de préciser le changement tarifaire qui permettrait d'obtenir un rendement après impôt des capitaux propres de 12 %. Les directives concernant les dépôts de demandes exigent également que chaque assureur divulgue son rendement après impôt des capitaux propres calculé à partir du tarif d'assurance dont il demande l'approbation. Sont aussi exigées de l'assureur des données relatives à la fréquence passée, à la gravité, aux coûts des sinistres pour tous les types de garanties, notamment les lésions corporelles, les collisions et les assurances individuelles, ainsi que ce qu'il a choisi pour la sinistralité, et il doit préciser les hypothèses qu'il a utilisées relativement à l'évolution des tarifs pour tous les types de garanties. Finalement, la requérante doit préciser les hypothèses employées pour calculer le rendement du capital investi sur son revenu-primés et sur l'excédent non distribué par la compagnie, le ratio du revenu-primés sur l'excédent et tous les autres revenus de la requérante. Dans le but de calculer une provision pour profit dans le tarif, il est également nécessaire de prendre en considération le taux d'impôt sur le revenu et le taux cible de rendement après impôt des capitaux propres.

[11] En septembre 2009, Dominion a déposé une demande de hausse tarifaire dont le taux cible de rendement des capitaux propres [RCP] était de 12,5 %. Compte tenu de ce RCP, Dominion aurait dû réduire ses taux de prime actuels de 2,79 %, mais Dominion a plutôt demandé qu'aucun changement ne soit apporté à ses taux. Par la suite, la Commission a demandé à Dominion de soumettre de nouveau sa demande pour qu'elle fasse état d'un RCP de 12 %. Dominion s'est conformée à la requête. Le nouveau calcul montrait qu'une réduction des primes de 3,25 % produirait un RCP de 12 %. Une fois encore, cependant, Dominion a seulement sollicité le maintien de ses taux de prime existants. Plus tard, Dominion a présenté une nouvelle fois sa demande en sollicitant une hausse de 0,49 % de ses taux de prime en raison de données communiquées par l'industrie de l'assurance qu'elle venait d'obtenir. Le dossier d'appel montre que l'augmentation se traduirait par un RCP de 18,1 %.

[12] Le 13 novembre 2009, la Commission a informé le Procureur général qu'elle allait tenir une audience sur la demande de hausse tarifaire de Dominion. Le Procureur général a demandé qu'on lui communique les parties pertinentes de la demande et la Commission s'est exécutée. Dans un courriel daté du 19 novembre 2009, la Commission a informé le Procureur général qu'il serait habilité à présenter des demandes de renseignements par écrit à Dominion et que cette dernière serait tenue de lui répondre par écrit dans les délais fixés dans l'échéancier pour le dépôt des documents annexés au courriel. Au moyen d'un autre courriel daté du 25 novembre 2009, la Commission a informé le Procureur général de la tenue d'une audience sur dossier (documents seulement). Les « demandes de renseignements » devaient toutes avoir été faites six jours ouvrables avant la date de l'audience. Les mémoires devaient avoir été reçus quatre jours ouvrables à l'avance.

[13] Le 27 novembre 2009, l'actuaire du Procureur général a envoyé par courrier électronique à Dominion une série de 11 questions basées sur sa demande. Certaines de ces questions demandaient à Dominion d'expliquer comment elle avait procédé pour choisir certains chiffres (par ex., les tendances en matière de lésions corporelles et d'assurance individuelle). D'autres questions demandaient à Dominion de présenter d'autres indications quant au niveau des tarifs en utilisant d'autres chiffres ou montants basés sur des hypothèses actuarielles différentes. Ces questions obligeaient Dominion à [TRADUCTION] « produire de nouvelles données ». Le 30 novembre 2009, la Commission a envoyé à l'actuaire du Procureur général un courriel dans lequel elle l'informait qu'un grand nombre des questions sortaient largement du cadre prévu par la *Loi* et que Dominion ne serait donc pas tenue de répondre à la totalité des questions posées. L'actuaire a répondu immédiatement en demandant une explication de ce que prévoyait la *Loi*. Le 1<sup>er</sup> décembre 2009, un membre du personnel de la Commission a répondu que la *Loi* ne prévoyait pas que des intervenants puissent demander n'importe quelle information. Dans ces circonstances, la Commission n'exigerait pas de Dominion qu'elle réponde aux questions susceptibles de l'obliger à produire de nouvelles données. Le 3 décembre 2009, l'avocat du Procureur général a envoyé à la Commission une lettre préparée par l'actuaire du Procureur général dans laquelle celle-ci expliquait le bien-

fondé des questions posées. Les échanges de courriels se sont poursuivis les jours suivants. Le 7 décembre 2009, Dominion a répondu à certaines des questions mais a refusé de répondre à celles qui l'auraient obligée à produire de nouvelles données.

[14] Finalement, le 8 décembre 2009, l'actuaire du Procureur général a communiqué à la Commission un mémoire traitant des points sur lesquels elle éprouvait des préoccupations, notamment les hypothèses de Dominion sur la tendance en matière de sinistres. Le mémoire se termine par la phrase suivante : [TRADUCTION] « Ainsi que Dominion l'a présenté et calculé dans sa demande de hausse tarifaire, le changement de tarif qu'elle a proposé (0 %) est plus élevé que le changement indiqué de -3,25 % et se traduit par un taux de rendement des capitaux propres après impôt de +17,7 % ». À la même date, Dominion a modifié sa demande afin d'adopter la « Table des groupes de tarification CLEAR (tarification automobile selon la sinistralité canadienne 2009) » que le « Centre d'information sur les véhicules du Canada » (CIVC) venait juste de rendre publique. La modification a entraîné une demande d'augmentation de 0,49 % du taux de prime qui se traduit par un RCP après impôt de +18,1 % une fois les hypothèses actuarielles de Dominion acceptées.

[15] La Commission a rendu sa décision d'approuver la demande de hausse tarifaire de Dominion le 11 janvier 2010. Postérieurement à l'approbation par la Commission de la hausse tarifaire de 0,49 %, Dominion a présenté un document faisant état d'un autre taux de RCP qui était toutefois inférieur à celui de 18,1 % qui venait d'être approuvé. Dominion déclare avoir agi de la sorte en réponse et conformément à la décision d'une page de la Commission. Aux fins de statuer sur le présent appel, je n'ai pas besoin de déterminer si la décision finale de la Commission permettait la révision des hypothèses actuarielles qui, nous dit-on, avait pour effet de réduire le taux de RCP attendu.



IV. Questions en litige et norme de contrôle

[16] Le Procureur général soulève cinq moyens d'appel principaux et deux moyens subsidiaires. Les moyens principaux peuvent être ramenés à deux. Premièrement, le Procureur général a plaidé que la Commission a approuvé une hausse tarifaire qui se traduirait par un taux de RCP très supérieur au taux de référence de 12 % fixé par la Commission. Deuxièmement, la Commission a autorisé Dominion à utiliser des hypothèses actuarielles erronées. Relativement à ces moyens d'appel, le Procureur général a demandé à notre Cour de modifier la décision de la Commission en approuvant un taux de prime reflétant les hypothèses actuarielles préconisées par le Procureur général qui donnent un taux de RCP de 12 %. Pour solliciter ce redressement, le Procureur général s'est fondé sur le par. 19.8(4) de la *Loi sur les assurances* qui prévoit que notre Cour peut « confirmer, modifier ou infirmer » une décision ou une ordonnance de la Commission. Au cours de l'audition de l'appel, nous avons informé le Procureur général que notre Cour n'était pas en mesure de statuer sur la validité relative d'hypothèses actuarielles opposées. Le dossier dont nous disposons est substantiellement incomplet et il nous est impossible de nous baser sur l'opinion raisonnée de la Commission à laquelle s'appliquerait tout probablement la norme de contrôle de la raisonabilité. En même temps, notre Cour doit résoudre une autre question : décider si le pouvoir d'« infirmer » comprend le pouvoir d'annuler une décision et de renvoyer l'affaire devant la Commission pour qu'elle l'entende de nouveau. Finalement, je réponds à cette question par l'affirmative.

[17] Le Procureur général invoque également deux moyens d'appel subsidiaires. Premièrement, en omettant de donner des motifs suffisants, la Commission a frustré le droit d'appel que la *Loi* confère au Procureur général. Deuxièmement, la décision de la Commission selon laquelle Dominion n'était pas tenue de répondre aux questions l'obligeant à produire de nouvelles données que lui avait posées l'actuaire du Procureur général a frustré la tentative du Procureur général de contester les hypothèses actuarielles de Dominion. Ces deux moyens n'obligent pas la Cour à commencer par préciser qu'une déférence selon la norme de contrôle de la raisonabilité s'applique en

l'espèce. Inévitablement, les décisions des tribunaux administratifs qui soulèvent des allégations de manquement au devoir d'agir équitablement sont contrôlées au moyen de la norme de la décision correcte (voir les arrêts *Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère de développement social)*, 2010 NBCA 40, [2010] A.N.-B. n° 186 (QL), et plus particulièrement *Fundy Linen Service Inc. c. La Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2009 NBCA 13, 341 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 286, dans lequel la Cour précise que « s'agissant du devoir d'agir équitablement, la norme de la décision correcte [est] la norme de contrôle qui s'applique » (par. 13)).

[18] L'analyse qui suit porte sur trois questions qui, selon moi, reflètent les réalités juridiques de la présente cause. La première question consiste à déterminer si la Commission a bel et bien fixé un taux de référence de 12 % pour le rendement des capitaux propres. Deuxièmement, nous devons décider si le Procureur général a été victime d'un déni d'équité procédurale lorsque la Commission a statué que Dominion n'avait pas besoin de répondre aux questions exigeant la production de nouvelles données. Cet argument soulève la question de la décision de la Commission de tenir une audience écrite et d'accorder au Procureur général le droit de demander des renseignements à Dominion. La troisième question consiste à déterminer si la Commission avait l'obligation de donner des motifs plus étoffés à l'appui de sa décision d'approuver la hausse des taux de prime de Dominion. Sur la première question, je tranche en faveur de Dominion. De fait, la Commission n'a pas fixé de taux de référence de 12 % dans sa décision de 2005. Pour ce qui est des deux questions restantes, je donne gain de cause au Procureur général. Toutefois, je n'accepte pas que, comme il l'a plaidé, les faits de la présente cause sont tels que la transcription des délibérations postérieures à l'audience de la Commission puisse être ajoutée au dossier d'appel.

V. La décision de 2005 de la Commission et le taux de référence allégué de 12 %

[19] En 2005, la Commission a rendu publique une décision dans laquelle elle s'est penchée sur plusieurs questions ayant trait aux demandes d'approbation de tarifs :

(1) le taux de RCP applicable aux compagnies d'assurance automobile; (2) le ratio prime/surplus approprié; et (3) les investissements et retours connexes qui devraient être crédités aux détenteurs de polices. La Commission demandait également si les tarifs gérés par la Facility Association devraient inclure un recouvrement du « coût du capital » et, si c'était le cas, qu'est-ce qui serait considéré comme un taux de retour adéquat pour recouvrer ce coût du capital. Pour étudier ces questions, la Commission a tenu une audience publique.

[20] La décision de 2005 de la Commission touche la question du ratio prime/surplus approprié de façon sommaire. En se basant sur des règlements fédéraux qui régissent cette question, la Commission a accepté que le ratio prime/surplus approprié devrait se situer dans une fourchette allant de 1,5 à 2,2. Pour ce qui est du taux approprié de RCP, la Commission a observé que la majorité des compagnies avaient demandé un RCP d'une valeur variant entre 12 % pour les plus basses et 17 % pour les plus élevées. Certaines compagnies ont demandé que la Commission n'établisse pas de tarif tandis que d'autres ont suggéré une plage de tarification de 8,5 % à 10 %. Le Bureau d'assurance du Canada a présenté un graphique montrant le taux de rendement pour l'assurance multirisque de 1975 à 2004. Le taux de rendement le plus récent était de 8,73 %. De 1975 à 1983, le rendement le plus élevé était de 11,2 %. On a présenté à la Commission des méthodes concurrentes pour déterminer un taux approprié de rendement des capitaux propres. Les experts de la Commission et du Procureur général ont tous deux convenu que le modèle d'évaluation des actifs financiers (MEDAF) était la méthode à utiliser pour calculer le RCP. La Commission en a convenu et a accepté l'opinion de son expert voulant qu'elle n'ait pas besoin de fixer un taux fixe pour tous les assureurs. L'expert de la Commission a également déclaré que la Commission devrait signaler aux assureurs qu'elle a une plage à l'esprit (par ex., 9 % à 13 %) et qu'elle demanderait à ceux qui sont en dehors de la plage de justifier leur taux. Voici ce que l'expert a déclaré lorsqu'on lui a demandé s'il vaudrait mieux examiner le RCP au cas par cas :

[TRADUCTION]

Oui, c'est ce que je dirais. Et que vous signaliez que vous avez une plage de rendement à l'esprit qui pourrait être,

disons, 9 à 12, 13, quelque chose de cet ordre – qu'ils devraient cibler. Et de demander à ceux qui sont en dehors de la plage de se justifier.

Je pense que ce serait un gaspillage de ressources que de voir tout le monde se présenter pour se justifier – eh bien, nous faisons 11 % et voici pourquoi, et nous faisons 11,5, et voici la raison, etc.

Mais je pense que la Commission devrait se préoccuper de ceux qui sont en dehors de la plage. Et, savez-vous, ce serait une bonne utilisation de votre temps et une meilleure utilisation du temps des personnes qui soumettent des demandes de tarifs.

[21] La Commission a fait l'interprétation suivante de l'extrait que nous venons de citer. Bien que son expert se soit dit d'avis qu'une plage de taux faciliterait le processus d'approbation de la Commission en obligeant les assureurs qui sont en dehors de la plage à justifier leur taux de rendement, la Commission a décidé de ne pas imposer en principe de plage de taux acceptables. La Commission a statué comme suit :

[TRADUCTION]

La Commission souscrit aux recommandations [de l'expert de la Commission]. La Commission n'abdiquera pas ses responsabilités en créant un taux fixe ou une plage de rendement des capitaux propres. La Commission examinera le taux de rendement des capitaux propres de chaque demande et décidera quel sera le taux en s'appuyant sur les critères d'établissement de « taux justes et raisonnables » pour les détenteurs de polices du Nouveau-Brunswick.

[22] En résumé, il est clair que la décision de 2005 de la Commission n'a pas fixé un taux de référence de 12 % pour le rendement des capitaux propres et il en découle que le Procureur général reste dans l'erreur sur ce point. En même temps, la déclaration de 2005 de la Commission selon laquelle elle acceptait les recommandations de son expert est déconcertante, sinon erronée. En effet, l'expert de la Commission était convaincu que la Commission devrait fixer une plage pour le taux de RCP. Les assureurs dont les taux de RCP étaient en dehors de la plage verraient leurs demandes soumises à un examen plus approfondi. Or, dans sa décision, la Commission n'adopte pas

expressément une telle approche. Curieusement, indépendamment de ce que la Commission a déclaré dans sa décision de 2005, il semble que tous les assureurs sont tenus de déposer une demande de hausse tarifaire montrant quel serait l'effet d'un taux de RCP de 12 % sur les taux de primes. Étant donné que Dominion sollicitait un taux de RCP de plus de 18 %, la décision de la Commission de procéder à un examen plus approfondi et de tenir une audience sur la demande de hausse tarifaire cadre parfaitement avec sa décision de 2005, et en particulier avec l'opinion de son expert, même si la Commission n'a jamais fixé de plage de rendements plus facilement acceptables. Bref, Dominion a déposé une demande qui la plaçait en dehors de la plage en question et la Commission a réagi comme elle le devait. Pas de problème jusque là.

VI. Les décisions de tenir une audience écrite et de limiter les demandes de renseignements

[23] Après que la Commission eut consulté le surintendant des assurances et décidé d'enquêter sur la demande de hausse tarifaire de Dominion, elle devait déterminer lequel des trois formats d'audience adopter. Comme nous l'avons déjà indiqué, la Commission n'est pas tenue de tenir une audience orale sauf si elle l'estime nécessaire afin « d'agir de manière équitable au regard de la procédure ». Puisque la Commission a ordonné la tenue d'une audience écrite, nous devons présumer qu'elle a consciemment déterminé qu'une audience écrite assortie de demandes de renseignements du Procureur général à Dominion lui permettrait de respecter la notion d'équité procédurale au sens de la common law. Quoi qu'il en soit, le Procureur général ne s'est pas élevé contre la décision de tenir une audience écrite plutôt qu'une audience orale. Cependant, je continue à me demander si une audience orale n'aurait pas mieux permis à la Commission de s'acquitter de sa tâche en donnant aux membres de la formation la possibilité de mettre directement en question les opinions actuarielles présentées par les parties respectives. Il s'agit d'une question à laquelle la Commission devra réfléchir lorsqu'elle sera saisie de nouvelles demandes de hausses tarifaires après avoir sollicité les avis des personnes qui participeront à l'audience. La Commission sera alors en droit de rendre sa décision.

[24] Il me reste à déterminer si la Commission a commis un déni d'équité procédurale envers le Procureur général lorsqu'elle a imposé des limites à son droit de poser des questions en décidant d'éliminer celles qui obligeaient Dominion à produire de nouvelles données. Lorsque le Procureur général s'est élevé contre les limites que la Commission avaient imposées à ses demandes de renseignements, la réponse officielle de cette dernière a été que ces questions [TRADUCTION] « sortent largement du cadre prévu par la *Loi* », ce qui nous amène à nous interroger sur ce que la *Loi* prévoit. Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'al. 19.41a) autorise la Commission à déterminer sa propre procédure et à donner des directives concernant la procédure qu'elle estime indiquée dans les circonstances. De plus, l'al. 19.41b) habilite la Commission à demander à une partie de lui communiquer des renseignements pertinents, c'est-à-dire des renseignements qui sont pertinents, déterminants et dignes de foi. Toutefois, la raison que la Commission a donnée pour justifier la limite qu'elle a imposée au droit du Procureur général de soumettre des demandes de renseignements à Dominion ne trouve aucun fondement dans le texte de loi. La question que la Commission devait résoudre consistait à déterminer si les nouvelles données que le Procureur général voulait obtenir de Dominion étaient pertinentes à la fonction de la Commission qui était de statuer sur la hausse tarifaire proposée. La Commission ne s'est jamais penchée sur cette question. Il en découle que la Commission a commis une erreur. Je m'explique.

[25] Le Procureur général demandait à Dominion de recalculer le taux de RCP au moyen d'autres hypothèses actuarielles, soit des hypothèses différentes de celles que Dominion avait adoptées. Il faut souligner que l'on aurait pensé que la Commission serait intéressée d'apprendre quel serait l'effet d'hypothèses actuarielles différentes sur le taux de rendement des capitaux propres et les tarifs d'assurance qui devaient être approuvés. Pourtant, cela n'a pas piqué la curiosité de la Commission et cette dernière a été incapable d'expliquer à notre Cour pourquoi ce qu'il est convenu d'appeler les nouvelles données n'étaient pas pertinentes, déterminantes ni dignes de foi.

[26] L'analyse qui précède me porte à conclure que le Procureur général a été victime d'un déni d'équité procédurale lorsque la Commission a statué que Dominion

n'était pas tenue de produire des éléments de preuve qui, par ailleurs, étaient à première vue pertinents à la tâche principale à accomplir. Assurément, la *Loi* n'empêche aucunement la Commission d'exiger d'un assureur qu'il se livre à de nouveaux calculs en se basant sur des hypothèses actuarielles différentes. Les questions du Procureur général étaient appropriées et « d'intérêt public » et la Commission aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et exiger la communication d'une preuve qui, à première vue, semble pertinente à une question essentielle.

VII. L'obligation de la Commission de motiver sa décision finale

[27] La décision d'une page de la Commission commence par un rappel des faits qui ont mené à l'audition de la demande et par la mention qu'elle a pris en considération l'ensemble des mémoires pertinents ainsi que l'opinion actuarielle du cabinet d'actuares-conseils de la Commission. Le raisonnement formel qu'elle a suivi pour accepter la demande de tarifs de Dominion se trouve dans le passage suivant :

En conclusion, la Commission estime que les tarifs projetés par la Compagnie sont fondés sur des principes actuariels sains et qu'ils sont raisonnables. C'est la décision de la Commission d'approuver la demande de révision des tarifs de la Compagnie telle qu'amendée. Cette révision de tarif est estimée représenter un changement global de tarif de +0,49 p. 100 par rapport au taux de tarification actuellement en vigueur.

[28] Manifestement, on ne saurait qualifier le passage ci-dessus de motifs de décision. Il s'agit simplement de l'expression péremptoire d'un droit. Cela nous amène à nous demander si la Commission avait l'obligation de fournir des motifs. La *Loi sur les assurances* ne renferme aucune obligation expresse à cet effet et nous devons donc déterminer si une telle obligation découle des principes de common law.

[29] Traditionnellement, la common law n'imposait pas aux décideurs légaux l'obligation de motiver par écrit leurs décisions, de sorte que l'omission de le faire n'était pas considérée comme un manquement à l'obligation d'équité procédurale. Ce n'est

qu'en 1999 que la Cour suprême du Canada a reconnu qu'un décideur administratif pouvait être tenu de donner des motifs même si la loi habilitante ne renfermait aucune prescription en ce sens. En l'absence d'une directive expresse dans la loi, l'obligation de donner des motifs à l'appui d'une décision dépendait de l'application du cadre analytique que la Cour suprême a énoncé pour la première fois dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, [1999] A.C.S. n° 39 (QL), et qui a été appliqué plus récemment dans l'arrêt *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650. Ce cadre commence par l'acceptation du principe général voulant que le contenu de l'obligation d'équité, dont l'obligation d'équité procédurale, imposée à tous les décideurs administratifs varie en fonction de cinq facteurs : (1) la nature de la décision et le processus suivi par le décideur; (2) la nature du régime législatif et les dispositions législatives précises en vertu desquelles agit l'organisme public; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la partie qui conteste la décision; et (5) la nature du respect dû au décideur (voir en général l'ouvrage de Jones et DeVillars intitulé *Principles of Administrative Law* (Toronto : Thomson Reuters Canada Ltd., 2009) [Jones & DeVillars], à la p. 368 et suiv.).

[30] Les faits essentiels de l'arrêt *Baker* sont simples. M<sup>me</sup> Baker, mère de quatre enfants à charge nés au Canada, faisait l'objet d'une ordonnance d'expulsion prise en 1992. Elle était entrée grâce à un visa de visiteur en 1981. Afin d'éviter l'expulsion, M<sup>me</sup> Baker a demandé à être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada pour des raisons d'ordre humanitaire. La demande de M<sup>me</sup> Baker a été rejetée au moyen d'une lettre signée par un agent d'immigration supérieur. Cette lettre ne donnait pas les motifs de la décision. Toutefois, l'avocat de M<sup>me</sup> Baker a demandé et reçu les notes de l'agent investigateur. La seule question pertinente dans cet appel consistait à déterminer si l'agent d'immigration supérieur avait l'obligation de donner les motifs pour lesquels il avait rejeté la demande de M<sup>me</sup> Baker. Bien entendu, la question avait une immense valeur de précédent étant donné qu'elle mettait en cause l'obligation imposée à tous les fonctionnaires investis d'un pouvoir discrétionnaire de motiver leurs décisions. La Cour suprême a statué que, selon les faits de cette affaire, l'agent



d'immigration était tenu de donner des motifs. Cependant, la Cour a ensuite précisé que les « notes » de l'agent investigateur pouvaient être utilisées, par déduction, pour remplir cette obligation. C'est sur le fondement de ces notes que la Cour suprême a statué que l'agent d'immigration avait fait preuve de partialité. En ce qui concerne les arguments juridiques motivant sa décision selon laquelle l'agent d'immigration avait l'obligation de donner les motifs de sa décision, la Cour suprême n'a pas examiné chacun des cinq facteurs susmentionnés. Voici le raisonnement qu'elle a suivi : « Les solides arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l'espèce où la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans des cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi, ou dans d'autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise » (par. 43).

[31] L'arrêt le plus récent dans lequel la Cour suprême a traité de l'obligation d'un décideur administratif de donner des motifs de décision est l'affaire *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*; voir également *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663. Les faits essentiels en cause visaient le refus répété d'une municipalité de procéder à la modification du zonage d'un terrain qui aurait permis à la Congrégation de construire un lieu de culte. Le règlement de zonage permettait seulement l'établissement des lieux de culte dans la zone communautaire régionale, mais comme la Congrégation estimait qu'aucun terrain n'était disponible dans cette zone, elle a acheté une parcelle de terrain située dans une zone résidentielle, mais sa demande de modification du zonage a été rejetée après que la municipalité eut accepté la recommandation négative d'un organisme consultatif. La Congrégation a alors fait l'acquisition d'un autre terrain dans une zone commerciale et la municipalité a rejeté ses deux demandes de modification de zonage sans fournir de motifs ni avoir reçu une recommandation de l'organisme consultatif. Essentiellement, la poursuite de la Congrégation était fondée sur le fait que la municipalité portait atteinte à la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte*.

[32] Dans l'arrêt *Lafontaine (Village)*, la Cour suprême a statué à la majorité, sur la base des cinq facteurs énoncés plus haut dans les présents motifs, que la

municipalité avait manqué à son obligation d'équité en omettant de motiver sa décision. En résumé, des motifs de décision étaient nécessaires au contrôle judiciaire du caractère arbitraire du processus décisionnel employé par une municipalité étant donné qu'il n'existait pas de droit d'interjeter appel du rejet de la demande de modification du zonage. Le droit de la Congrégation de pratiquer sa religion militait aussi en faveur de protections accrues. La Congrégation était en droit de s'attendre à ce que sa demande soit examinée rigoureusement comme l'avait été sa première demande de modification de zonage dans une région résidentielle. Finalement, même s'il fallait faire preuve de retenue envers les décisions de la municipalité en matière de zonage en raison de l'expertise relative de cette dernière, l'omission de donner des motifs signifiait qu'aucun document n'indiquait que la municipalité avait effectivement utilisé son expertise pour étudier les demandes.

[33] Tout comme l'arrêt *Baker*, l'arrêt *Lafontaine (Village)* a une immense valeur de précédent. En effet, nombre de personnes seraient sans doute surprises d'apprendre qu'un conseil municipal au Nouveau-Brunswick pourrait être tenu de motiver sa décision de rejeter une demande de modification de zonage. Par contre, tel ne devrait pas être le cas de la conclusion selon laquelle la Commission des assurances du Nouveau-Brunswick a peut-être l'obligation de motiver l'une de ses décisions. Mon raisonnement s'articule comme suit.

[34] Pour ce qui est des voitures particulières, la fonction première de la Commission est de veiller à ce que les primes soient justes et raisonnables. Cet objectif est le résultat des réformes apportées en 2003 à la *Loi sur les assurances* qui ont vu, par exemple, le plafonnement des dommages-intérêts qui pouvaient être accordés pour certains types de blessures personnelles. À elle seule, cette modification a eu un effet important sur le droit dont jouissaient jusqu'alors tous les Néo-Brunswickois d'obtenir une indemnisation fondée sur les principes de common law en cas de blessure personnelle. Finalement, le législateur a voulu garantir que les intérêts de tous les Néo-Brunswickois bénéficient d'une protection supplémentaire en habilitant le Procureur général à intervenir dans les cas où la Commission avait décidé de soumettre une

demande de hausse tarifaire à un examen plus approfondi en ordonnant la tenue d'une audience. Par conséquent, l'omission de la Commission de motiver sa décision mine la confiance du public qui s'attend à ce que la Commission tente de trouver un juste milieu entre les intérêts des assureurs et ceux des détenteurs de polices.

[35] Comment peut-on garantir au public que la Commission ne prend pas ses décisions de façon arbitraire? Comment le Procureur général peut-il disposer d'un droit d'appel digne de ce nom devant notre Cour si la Commission a omis de montrer qu'elle comprenait les questions en cause? La réponse à ces questions est évidente. La Commission doit donner des motifs à l'appui de sa décision. Autrement, notre Cour ferait effectivement preuve de retenue envers la Commission sans qu'il soit démontré que cette dernière a effectivement utilisé son expertise en statuant sur des questions distinctes ayant une importante valeur de précédent. En l'absence de motifs de décision, il est impossible de garantir au public que les tarifs proposés par Dominion étaient justes et raisonnables. L'allégation du Procureur général selon laquelle la demande de Dominion ne satisfaisait pas à ce critère préliminaire est restée sans réponse, et cela suffit à miner la confiance du public dans le cadre administratif qui a été instauré dans le but de veiller à ce que le processus d'approbation des tarifs reste à la fois équitable et transparent pour tous les intéressés.

[36] Il existe une autre raison pour laquelle on ne devrait pas sanctionner le défaut de la part de la Commission de donner des motifs. En effet, il ne faut pas oublier que le par. 267.5(5) de la *Loi sur les assurances* oblige la Commission à tenir compte des facteurs prescrits par règlement lorsqu'elle détermine si un tarif proposé est juste et raisonnable. Il faut également rappeler qu'à ce jour, aucun règlement de ce genre n'a été adopté. Dans les circonstances, il incombe assurément à la Commission de combler cette lacune en déterminant quels sont les facteurs qu'elle juge pertinents au processus de décision en matière de fixation des tarifs. Si ses décisions ne sont pas dûment motivées, cette lacune ne sera jamais comblée. Il est inutile que je me penche ici sur la question de savoir si le législateur est en partie responsable de cette lacune.

[37] Je ne veux pas que les présents motifs de jugement soient mal interprétés. Ils n'appuient pas la proposition lapidaire voulant que la Commission soit tenue de motiver toutes ses décisions. Chaque année, elle doit statuer sur des centaines de demandes. Un grand nombre, sinon la majorité d'entre elles, ne soulèvent pas les types de questions qui sont en cause dans le présent appel. Ce que je suis en train de dire, c'est que lorsque la Commission statue qu'une demande de hausse tarifaire est de nature à exiger un examen plus approfondi sous forme d'audience, ce qui donne alors au Procureur général le droit d'intervenir, et lorsqu'il exerce effectivement ce droit, la Commission a l'obligation de donner des motifs relativement aux questions qui ont été dûment soulevées devant elle et intelligemment poursuivies par les parties. Si le cas en cause soulève des questions qui ont valeur de précédent, la nécessité de motiver la décision est inévitable et il importe peu que la Commission choisisse de recourir à une audience électronique, écrite ou orale. Ce qui importe, c'est que deux adversaires ont posé des questions de fait et de droit qui doivent être tranchées par une instance juridictionnelle. Dans ce cadre étroit, il n'est pas difficile de justifier l'imposition d'une obligation de donner des motifs.

[38] Cela m'amène à la question de savoir si nous devrions accepter la transcription des délibérations postérieures à l'audience de la Commission comme faisant partie du dossier d'appel et, si tel est le cas, si cette transcription satisfait à l'obligation de fournir des motifs de décision. La transcription semble avoir été présentée en partant de l'hypothèse que, de la même façon que, dans l'arrêt *Baker*, les notes de l'agent investigateur avaient été jugées admissibles aux fins de satisfaire à l'obligation de donner des motifs, il devrait en aller de même de la transcription des délibérations de la Commission. À mon avis, toute analogie entre la présente instance et l'arrêt *Baker* est mal fondée.

[39] Je dois au préalable expliquer comment la transcription des délibérations postérieures à l'audience a fini par se retrouver devant nous. Apparemment, un disque renfermant la transcription a été produit lors de l'audition par notre Cour de la motion traitant de la requête en vue d'obtenir qualité pour intervenir qu'a présentée la

Commission. Cette motion visant à obtenir la permission d'intervenir à titre d'amie de notre Cour a été accueillie. Postérieurement au dépôt du dossier d'appel et des mémoires, une transcription des délibérations a été préparée par Dominion et envoyée au registraire, puis distribuée aux membres de la formation qui devait entendre le présent appel. Ni le Procureur général, ni la Commission ne se sont élevés à un moment quelconque contre l'introduction de la transcription. De fait, le Procureur général se fonde sur le document pour mettre en évidence d'autres erreurs de la Commission.

[40] Je vois deux raisons pour lesquelles notre Cour ne devrait pas accepter la transcription des délibérations postérieures à l'audience de la Commission dans le dossier d'appel. Premièrement, pour des raisons de principe, aucun tribunal ne devrait avoir accès aux délibérations d'une instance juridictionnelle, sauf dans les circonstances prescrites par la loi. Deuxièmement, comme on pouvait s'y attendre, les interjections décousues des membres de la Commission entrecoupées de longs commentaires de l'actuaire en chef de la Commission ne satisfont pas au critère préliminaire général de « la justification de la décision, [de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel » qui a été énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*. Je reviendrai sur ces points un peu plus loin.

[41] Pour un tribunal administratif, le devoir d'agir équitablement ne cesse pas à la fin de l'audience. En effet, il peut arriver qu'il soit amené à examiner certains points postérieurement à l'audience. Étant donné que la question est traitée de manière exhaustive dans l'ouvrage de Jones & DeVillars à la p. 340 et suiv., je me contenterai de m'intéresser aux circonstances dans lesquelles les tribunaux sont autorisés à se pencher sur le processus postérieur à l'audience. Les deux décisions de la Cour suprême qui font autorité en la matière sont les arrêts *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, [1990] A.C.S. n° 20 (QL), et *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, [1992] A.C.S. n° 20 (QL). Ces arrêts traitent de la mesure dans laquelle des personnes qui n'étaient pas membres du banc avaient été associées au processus de prise de décision (subdélégation illégale), entravant ainsi, ne serait-ce que très légèrement, le droit du tribunal d'exiger le secret du délibéré

relativement au processus de prise de décision. Jones & DeVillars déclarent ce qui suit : [TRADUCTION] « De façon générale, il n'est pas obligatoire que le processus décisionnel soit ouvert : les parties ne sont pas autorisées à poser des questions sur le processus mental ou la réflexion qui a réellement permis au décideur de rendre une décision sur les questions en cause. Le secret du délibéré n'est pas absolu, mais il est néanmoins fortement protégé » (p. 346). À l'appui de cet énoncé, les auteurs citent le juge Gonthier dans l'arrêt *Tremblay* au par. 25 où il établit une distinction entre l'examen par la cour du « processus formel » de consultation et les « motifs au fond ou leur élaboration dans la pensée des décideurs ».

[42] Bien entendu, il m'a été impossible de trouver une décision quelconque dans laquelle une cour de justice était disposée à obliger une instance juridictionnelle à révéler les opinions que les différents membres d'un tribunal administratif avaient échangées postérieurement à l'audience. Cela m'amène à me demander si le fait qu'un tel tribunal propose volontairement l'admission en preuve d'une transcription de ses délibérations change les choses. Bien sûr que non! Le principe du secret du délibéré ne peut être transgressé au gré de l'instance juridictionnelle dans le but de pallier son omission de fonder sa décision sur des motifs convaincants. Pour parler franchement, la transcription des délibérations postérieures à l'audience ne peut tout simplement pas servir de roue de secours afin de remédier à des motifs insuffisants.

[43] La deuxième raison qui explique mon refus d'accepter la transcription des délibérations de la Commission dans le dossier d'appel est intimement liée à la première. Non seulement la transcription sert-elle à compenser les lacunes de motifs substantiellement incomplets, mais elle est présentée en tenant erronément pour acquis que les opinions échangées par les membres de la formation et l'actuaire de la Commission pourraient satisfaire au critère préliminaire de « la justification de la décision, [de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel » qui a été énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* et discuté plus récemment dans l'arrêt *Burke c. Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees*, 2010 NLCA 12, [2010] N.J. No. 62 (QL). Comme on pouvait s'y attendre, la

transcription est une simple compilation d'échanges décousus entre les membres de la formation et d'exposés relativement longs des actuares de la Commission relativement à plusieurs questions distinctes. Le Procureur général utilise la transcription comme une preuve des ruminations malencontreuses auxquelles se seraient livrés les membres malavisés d'une instance juridictionnelle. En toute déférence, je crois qu'il est totalement insensé de croire qu'une transcription de questions, d'observations, d'idées ou mêmes d'expressions d'opinions décousues émanant des différents décideurs et de leurs experts puisse remplacer une série de motifs qui devraient être aussi impérieux que convaincants, tout en représentant les opinions collectives des seules personnes auxquelles la loi confère le droit de prendre la décision.

[44] J'aimerais faire une dernière observation sur la question de la « transcription ». Bien que la présence des actuares indépendants de la Commission pendant les délibérations postérieures à l'audience n'appelle pas de commentaire négatif, il convient quand même de préciser que le rôle de tout expert est de présenter et d'expliquer les arguments opposés invoqués par chacune des parties. L'expert peut ainsi expliquer le pour et le contre de chaque position avant d'exprimer une opinion sur une question précise. En l'espèce, l'expert avait déjà donné son point de vue, et de la même façon qu'il est interdit au comité de la Commission qui a délibéré sur la demande de Dominion d'entendre de nouveau l'affaire, il en est de même des actuares qui ont conseillé la Commission au sujet de la demande présentée par Dominion. Cette directive ne saurait être considérée comme une critique à leur endroit. L'interdiction empêche simplement que l'on puisse alléguer que sans cette directive, les décideurs pourraient être incapables de faire preuve d'impartialité et d'objectivité en prenant leurs distances par rapport à leur première décision ou, dans le cas des actuares, par rapport à leur avis initial.

#### VIII. La réparation appropriée

[45] Comme nous l'avons noté plus haut, notre Cour doit déterminer si elle a le pouvoir d'annuler la décision de la Commission d'approuver la demande de Dominion et

de renvoyer l'affaire devant la Commission pour qu'elle la réentende en se conformant aux présents motifs de jugement. La question se pose parce que la version anglaise du par. 19.8(4) de la *Loi sur les assurances* prévoit que notre Cour peut « confirm, modify, vary or reverse » l'ordonnance ou la décision de la Commission. Cela nous amène à nous demander si le pouvoir de « reverse » [infirmier] devait englober celui d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire devant la Commission pour qu'elle se prononce de nouveau. Cependant, il m'est impossible de répondre à cette question sans examiner au préalable la version française du par. 19.8(4) qui prévoit que la Cour a le pouvoir de « confirmer, modifier ou infirmer » l'ordonnance ou la décision de la Commission. En résumé, la version anglaise énonce quatre solutions réparatoires tandis que la version française n'en prévoit que trois. Franchement, je ne vois pas de différence significative entre les termes « modify » et « vary » de la version anglaise. Si c'est bien le cas, la seule différence entre les versions anglaise et française est que la version anglaise emploie le terme « reverse » tandis que la version française utilise le terme « infirmer » qui signifie invalider, annuler ou casser.

[46] Manifestement, la question d'interprétation qui est en cause ne dépend pas de la différence entre les versions anglaise et française du par. 19.8(4). Aucune des deux n'habilite expressément notre Cour à annuler une décision de la Commission et à renvoyer l'affaire pour qu'elle fasse l'objet d'une nouvelle audience. Par conséquent, nous devons déterminer si un tel pouvoir peut être inféré. Selon moi, il est justifié de répondre par l'affirmative par nécessité pratique. Je m'explique.

[47] Supposons, de façon tout à fait hypothétique, que notre Cour n'ait pas le pouvoir de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle l'entende de nouveau afin de remédier aux manquements au devoir d'agir équitablement. Une solution réparatoire consisterait à « annuler » ou à « infirmer » simplement la décision de la Commission, auquel cas Dominion ignorerait totalement si elle a la possibilité de présenter une nouvelle fois sa demande étant donné que la *Loi sur les assurances* est muette sur ce point. Une autre option serait de « casser » la décision de la Commission. Cela signifierait que nous devrions statuer que la Commission a commis une erreur en ne



rejetant pas la demande, ce qui n'aurait aucun sens étant donné qu'il n'y a pas eu de décision définitive sur le bien-fondé de la demande. En raison de ces ambiguïtés, je suis disposé à statuer que, par déduction nécessaire, les termes « reverse » et « infirmer » doivent avoir le sens étendu proposé. Une telle interprétation est compatible avec la position des parties, la jurisprudence de notre Cour et les objectifs de la *Loi sur les assurances*. Pour ce qui est de la jurisprudence de notre Cour et de la nécessité de conclure à l'existence implicite de certains mots dans une loi, voir *Woodstock c. Stone*, 2006 NBCA 71, 302 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 165, et *Agnew c. Smith*, 2001 NBCA 83, 240 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 63.

[48] En résumé, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Commission d'approuver la demande de hausse tarifaire de Dominion et je renverrais l'affaire devant une formation différemment constituée de la Commission pour qu'elle rende une décision conforme aux présents motifs de jugement. Je ne crois pas qu'il convienne d'ordonner le versement de dépens en l'espèce. En effet, aucune des deux parties n'est à blâmer pour l'omission et, sur ordonnance d'un juge de notre Cour, le statut d'intervenant de la Commission est celui d'amie de notre Cour et non de partie additionnelle.