

T-890-99

T-890-99

Bell Canada (*Applicant*)**Bell Canada** (*demanderesse*)

v.

c.

Canadian Telephone Employees Association, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Femmes Action and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

L'Association canadienne des employés de téléphone, le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, Femmes Action et la Commission canadienne des droits de la personne (*défendeurs*)

INDEXED AS: BELL CANADA v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BELL CANADA c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, September 25, 26, 27; Ottawa, November 2, 2000.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 25, 26, 27 septembre; Ottawa, 2 novembre 2000.

Human Rights — Canadian Human Rights Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of CHRC's power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson's power to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Droits de la personne — Le Tribunal canadien des droits de la personne n'est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la CCDP de lui donner des directives ayant force obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d'audience, de continuer à siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire.

Administrative law — Judicial review — Institutional independence and impartiality of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) — Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of CHRC's power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson's power to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Indépendance et impartialité institutionnelles du tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal) — Le tribunal n'est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la CCDP de lui donner des directives ayant force obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d'audience, de continuer à siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire.

Bill of Rights — Principles of fundamental justice guaranteed by Bill of Rights, s. 2(e) — Apprehension of bias — Canadian Human Rights Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of Commission's power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson's power to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Déclaration des droits — Principes de justice fondamentale garantis à l'art. 2e) de la Déclaration des droits — Crainte de partialité — Le tribunal canadien des droits de la personne n'est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la Commission de lui donner des directives ayant force obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d'audience, de continuer à siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire.

Estoppel — Res judicata — Upon challenging Tribunal's institutional independence and impartiality, Bell Canada estopped from raising, upon fresh application for judicial review, arguments necessarily assumed or negated by decision in previous judicial application herein, reported at [1998] 3 F.C. 244 (T.D.).

Fin de non-recevoir — Autorité de la chose jugée — En contestant l'indépendance et l'impartialité institutionnelles du tribunal, Bell Canada est irrecevable, sur nouveau recours en contrôle judiciaire, à proposer des arguments qui ont été, par la force des choses, soit subsumés dans le recours précédent, [1998] 3 C.F. 244 (1^{re} inst.), soit anéantis par son résultat.

This case started with Bell Canada employees' complaint to the Canadian Human Rights Commission on the issue of

Cette procédure a son origine dans des plaintes de disparité salariale déposées par des employés de Bell Canada

pay equity. It was during the Tribunal inquiry that McGillis J. found, in March 1998, that the Human Rights Tribunal appointed therein lacked institutional independence, thus giving rise to a reasonable apprehension of bias. The Court found that the statutory scheme failed to provide the Tribunal members with sufficient guarantees of security of tenure and financial security. The *Canadian Human Rights Act* was subsequently amended to permit a Tribunal member whose appointment expires to complete an inquiry if the Chairperson approves; to provide that members' remuneration be fixed by the Governor in Council; and to allow the Commission to issue binding guidelines covering a class of cases (rather than for a particular case). Nevertheless, the issue of institutional independence was again raised before the Tribunal's Vice-chairperson. He found that there were no problems of institutional bias or lack of institutional independence because of the institutional structure and decided that the hearings into the complaints should proceed. This was an application for judicial review of that decision, focussing only on the institutional structure required to ensure that hearings before the Tribunal are conducted in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

The issues were (1) whether the Tribunal was correct in deciding that the doctrine of *res judicata* applied to arguments made by the applicant upon the application for judicial review decided by this Court in March 1998 which the Court neither expressly rejected nor adopted; (2) whether the Tribunal was correct in holding itself to be institutionally independent and impartial considering: (a) the power of the Commission to issue binding guidelines; (b) the power of the Chairperson to approve a Tribunal member continuing to act to conclude a matter after the expiry of his appointment; (c) the remuneration of Tribunal members by Governor in Council; (d) disciplinary and remedial measures for Vice-chairperson and Tribunal members.

Held, the application should be allowed.

The Tribunal's decision as to its institutional independence was a question of law subject to review on a standard of correctness.

In *The Law of Evidence in Canada* (Sopinka, Lederman, Bryant), the authors examine the doctrine of *res judicata* and explain that there are two principles subsumed under the heading *res judicata*: the first is that any action or issue which had been litigated and upon which a decision has been rendered cannot be retried in a subsequent suit between the same parties or their privies; the second makes it mandatory that a plaintiff asserting a cause of action claim all possible relief in respect thereto, and prevents any second

auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. C'était durant l'enquête du tribunal des droits de la personne constitué à cet effet que M^{me} le juge McGillis a conclu, en mars 1998, que ce tribunal laissait à désirer sur le plan de l'indépendance institutionnelle, ce qui donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité. Et que la Loi n'assurait pas aux membres du tribunal une garantie suffisante d'inamovibilité et de sécurité financière. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été subséquemment modifiée de façon à prévoir qu'un membre du tribunal dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi; et que les membres du tribunal reçoivent la rémunération que fixe le gouverneur en conseil; et à habiliter la Commission à émettre, dans une catégorie de cas donnés (et non plus dans un cas donné), des directives auxquelles le tribunal doit se conformer. La question de l'indépendance institutionnelle a néanmoins été soulevée devant le vice-président du tribunal. Celui-ci a conclu qu'il n'y avait ni partialité institutionnelle ni défaut d'indépendance institutionnelle tenant à la structure organique du tribunal et qu'il fallait poursuivre l'instruction des plaintes en question. Recours en contrôle judiciaire contre cette décision, mais portant uniquement sur la question de la structure organique propre à garantir que les audiences devant le tribunal soient conformes aux principes de justice fondamentale incarnés dans l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Il échet d'examiner: 1) si le tribunal était fondé à décider que l'autorité de la chose jugée s'attache aux arguments proposés par la demanderesse lors du recours en contrôle judiciaire entendu par la Cour en mars 1998, lesquels arguments n'ont été ni expressément rejetés ni expressément accueillis par la Cour; 2) si le tribunal était fondé à se dire institution indépendante et impartiale compte tenu de ce qui suit: a) la Commission est habilitée à donner des directives ayant force obligatoire pour le tribunal; b) le président peut prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal jusqu'à la conclusion de l'affaire dont celui-ci a été saisi en cours de mandat; c) la rémunération des membres du tribunal est fixée par le gouverneur en conseil; d) le vice-président et les membres du tribunal peuvent être soumis à des mesures disciplinaires et correctives.

Jugement: il faut faire droit au recours.

Toute conclusion du tribunal sur son indépendance institutionnelle est une conclusion sur un point de droit et, à ce titre, est soumise à la norme du bien-jugé en cas de contrôle judiciaire.

Dans *The Law of Evidence in Canada* (Sopinka, Lederman, Bryant), les auteurs expliquent, au sujet de la doctrine de l'autorité de la chose jugée, que cette notion recouvre deux principes: le premier pose que toute action ou question litigieuse qui a été jugée et a fait l'objet d'une décision ne peut être jugée de nouveau dans un procès subséquent entre les mêmes parties ou leurs ayants droit; le second fait obligation au demandeur qui fait valoir un droit en justice de conclure à toute mesure de réparation possible

attempt to invoke the aid of the courts in the same cause, the rule applying equally to a defendant who must put forward all defences which will defeat the plaintiff's action, or be debarred from raising them subsequently.

Since the amendments to the Act have changed the situation with respect to remuneration and the extension of the appointment of a Tribunal member whose term has expired during a hearing, the issues are now different and there is nothing stopping the applicant from raising arguments in this respect. Concerning the other arguments raised by the applicant respecting the institutional independence and impartiality of the Tribunal, Bell is estopped from again raising the same arguments as well as the issues which, although not expressly raised in the previous application, are necessarily assumed in it or negated by it.

The question regarding the Commission's power to issue binding guidelines was commented upon, *obiter*, in the previous application, but was not decided. That being the case, there is nothing to prevent the applicant from presenting arguments thereon.

The Supreme Court of Canada has recognized that judicial independence is a constitutional right: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*. Institutional independence and impartiality are interdependent. The objective status of the tribunal can be as relevant for the "impartiality" requirement as it is for "independence". If the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met. Administrative tribunals, however, do not have to provide the same objective guarantees of independence as do the courts. There needs to be more flexibility in applying the principles relating to institutional independence and impartiality to agencies which have several roles to play, including many which are administrative in nature.

However, the requisite level of independence is different for an administrative tribunal, such as the Canadian Human Rights Tribunal, which has purely an adjudicative role concerning the human rights of the land which are quasi-constitutional in nature. So, the level of independence will be at the high end of the spectrum, taking into account that the Tribunal is not a court and that as such some flexibility should be demonstrated.

Binding guidelines The recent amendments to the Act, more particularly the removal of the words "in a particular

en la matière, et vise à prévenir toute seconde tentative de demander l'intervention de la justice dans la même cause, cette règle s'appliquant également au défendeur qui doit opposer tous ses moyens de défense à l'action du demandeur, sous peine d'être irrecevable à les faire valoir par la suite.

Puisque depuis la modification de la Loi, il y a eu un changement dans le régime de rémunération et dans le mode de prolongation du mandat d'un membre du tribunal, expiré en cours d'audience, les points litigieux sont maintenant différents et rien n'interdit à la demanderesse de proposer des arguments sur ces points. En ce qui concerne les autres arguments qu'elle avait proposés au sujet de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles du tribunal, Bell est irrecevable à les proposer de nouveau devant la Cour et à revenir sur les points litigieux qui, s'ils n'ont pas été expressément soulevés dans le recours précédent, ont été par la force des choses soit subsumés dans ce dernier soit anéantis par son résultat.

La question du pouvoir de la Commission de donner des directives ayant force obligatoire pour le tribunal a fait l'objet d'une observation incidente mais n'a pas été tranchée dans la procédure précédente; rien n'interdit donc à la demanderesse de soulever ce point de nouveau dans l'instance.

La Cour suprême du Canada a conclu au fondement constitutionnel de l'indépendance du pouvoir judiciaire; cf. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*. Les deux concepts d'indépendance institutionnelle et d'impartialité institutionnelle sont interdépendants. Le statut objectif du tribunal peut s'appliquer tout autant à l'exigence d'«impartialité» qu'à celle d'«indépendance». Si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, il ne satisfait pas à l'impératif d'impartialité. Les tribunaux administratifs ne doivent pas nécessairement justifier des mêmes garanties objectives d'indépendance que les tribunaux judiciaires. Il faut faire preuve de plus de souplesse dans l'application des principes touchant l'indépendance et l'impartialité institutionnelles lorsqu'il s'agit d'organismes administratifs investis de plusieurs fonctions, dont un grand nombre est d'ordre administratif.

Cependant, le niveau requis d'indépendance n'est pas le même pour un tribunal administratif comme le tribunal canadien des droits de la personne, qui exerce une fonction purement juridictionnelle dans le cadre de lois quasi constitutionnelles touchant les droits de la personne du pays. En conséquence, l'indépendance à laquelle le tribunal est tenu se situe en haut de l'échelle, compte tenu de ce qu'il n'est pas un tribunal judiciaire et que de ce fait, il faut faire preuve d'une certaine souplesse à son égard.

Directives ayant force obligatoire La récente modification de la Loi, en particulier par la suppression des mots «dans

case”, have not fully resolved the issue. The guidelines are still binding on the Tribunal. That the Tribunal should be bound by guidelines issued by the Commission, a party before the Tribunal, is incompatible with guarantees of institutional independence and impartiality. The Tribunal’s decision-making power is fettered by the issuance of binding guidelines on the interpretation of the Act. It is most unusual that a party be permitted to determine the manner in which enabling legislation is to be interpreted. The guidelines put improper pressure on the Tribunal as to the outcome of a decision in a class of cases. The test established by the Supreme Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 for the existence of a reasonable apprehension of institutional bias has been met.

The Commission and the Tribunal did not have jurisdiction to strike down a provision of the Act as being contrary to the Charter. Subsection 50(2) of the Act does not confer a general power to consider questions of law. It amounts to no more than giving the Tribunal the power to interpret and apply its enabling statute when required to resolve a complaint before it. The expertise of the Tribunal relates to fact finding and adjudication in a human right context to determine whether or not a discriminatory practice occurred, but this expertise does not extend to general questions of law. Furthermore, members of the Tribunal do not enjoy the appropriate level of independence to arrogate powers traditionally given to the judiciary to make legal determinations regarding the constitutional validity of legislation.

Extension of appointments (Security of tenure) The amendments to the Act permitting Tribunal members, with the approval of the Chairperson, to conclude hearings without executive or legislative intervention failed to cure the problem of the security of tenure afforded to the Tribunal member in those circumstances. The Supreme Court of Canada has emphasized that the essence of security of tenure requires that the tenure of a decision maker must not be subject to any form of interference that is discretionary or arbitrary: *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673. The discretion is still there: it has been transferred from the Minister to the Chairperson. It was held in *Lippé* that no one—not the Canadian Judicial Council, not a Bar Society, not a Chief Justice—must be in a position to interfere with judicial independence. A tribunal must be structured to ensure the independence of its members. The difficulty is not in the manner in which the discretion is exercised, but in its very existence.

Remuneration Before the Act was amended, the Tribunal members’ remuneration was fixed by the Commission, a party in all proceedings before the Tribunal. Now, the remuneration of Tribunal members is fixed by the Governor in Council. The Tribunal’s Vice-chairperson correctly found that this was acceptable. The important thing is that the

un cas donné», n’a pas pleinement résolu la question. Le tribunal est toujours tenu de se conformer aux directives. Le fait qu’il doit se conformer à ces directives données par la Commission, qui est une partie devant le tribunal, n’est pas compatible avec les garanties d’indépendance et d’impartialité institutionnelles. Le pouvoir juridictionnel du tribunal est limité par des directives ayant force obligatoire sur l’interprétation de la Loi. Il est très inusité qu’une partie puisse imposer les limites et les modalités d’interprétation de sa propre loi organique. Les directives en question exercent indûment une pression sur le tribunal quant à l’issue de l’instance dans une catégorie de cas donnés. Les conditions sont réunies en l’espèce pour susciter une crainte raisonnable de partialité institutionnelle selon le critère défini par la Cour suprême dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114.

Ni la Commission ni le tribunal n’avait le pouvoir d’invalider une disposition de la Loi pour atteinte à la Charte. Le paragraphe 50(2) de la Loi ne confère pas un pouvoir général de se prononcer sur des questions de droit. Il ne fait qu’investir le tribunal du pouvoir d’interpréter et d’appliquer sa loi organique si besoin est, pour résoudre la plainte dont il est saisi. L’expertise du tribunal consiste à enquêter et à se prononcer sur les faits en matière de droits de la personne pour juger s’il y a eu acte discriminatoire; elle ne s’étend pas aux questions générales de droit. Qui plus est, les membres du tribunal ne jouissent pas d’un niveau d’indépendance tel qu’ils puissent s’arroger les pouvoirs traditionnellement dévolus au juge judiciaire pour tirer des conclusions de droit sur la validité constitutionnelle d’un texte de loi.

Prolongation du mandat (inamovibilité) Les modifications apportées à la Loi pour permettre aux membres du tribunal dont le mandat expire en cours d’audience de siéger, avec l’agrément du président, jusqu’à la conclusion de l’affaire sans intervention de la loi ou du pouvoir exécutif, ne résolvent pas le problème de l’inamovibilité dans ce contexte. Selon la Cour suprême du Canada, la condition essentielle de l’inamovibilité pose que la durée du mandat du juge soit à l’abri de toute ingérence discrétionnaire ou arbitraire; cf. *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673. Il y a toujours pouvoir discrétionnaire, qui passe du ministre au président. Jugé dans *Lippé* que personne—ni le Conseil canadien de la magistrature, ni un barreau, ni un juge en chef—ne doit être en mesure de compromettre l’indépendance du juge. Il faut que la structure organique du tribunal soit propre à garantir que ses membres sont indépendants. Le problème ne réside pas dans le mode d’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, mais dans son existence même.

Rémunération Avant la modification de la Loi, la rémunération des membres du tribunal était fixée par la Commission, qui est une partie à toutes les instances devant celui-ci. Elle est maintenant fixée par le gouverneur en conseil. Le vice-président a conclu à juste titre que cet état de choses est acceptable. Ce qui est important, c’est que la Commis-

Commission, a litigant, no longer has anything to do with fixing and negotiating the members' remuneration. While it would be preferable that the salary be fixed by the legislature rather than by the executive government, it should not be regarded as essential to the financial security of Tribunal members. It may be fixed by the Governor in Council without giving rise to a reasonable apprehension of bias.

Disciplinary and remedial measures On this point, the Tribunal's Vice-chairperson correctly found that the new disciplinary process, which parallels the process in the *Judges Act*, does not give rise to an apprehension of bias.

No further proceedings in this matter shall be taken until the problems identified in these reasons for order are corrected.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 11, 27(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20), (3) (as am. *idem*), 40(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 62), 48.2(2) (as enacted *idem*, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 48.6(1) (as enacted *idem*), 49 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 66), 50(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27).
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, s. 5.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082.
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1.
Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 50(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R.

qui est une partie aux instances, n'est plus habilitée à fixer et à négocier la rémunération des membres du tribunal. Il est préférable que la rémunération soit fixée par le législateur plutôt que par le pouvoir exécutif, mais il ne faut pas y voir une condition nécessaire de la sécurité financière des membres du tribunal. La rémunération peut être fixée par le gouverneur en conseil sans que cela donne lieu à une crainte raisonnable de partialité.

Mesures disciplinaires et correctives Le vice-président du tribunal a conclu à juste titre que le nouveau régime disciplinaire, qui correspond à celui prévu dans la *Loi sur les juges*, ne peut susciter une crainte de partialité.

Aucune nouvelle procédure ne sera engagée en l'espèce tant qu'il ne sera pas remédié aux vices relevés par les présents motifs.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11, 27(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20), (3) (mod., *idem*), 40(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 62), 48.2(2) (édicte, *idem*, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 48.6(1) (édicte, *idem*), 49 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 66), 50(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 9, art. 5.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1.
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 50(2).
Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *R. c. Lippé*, [1991] 2

114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Valente v. The Queen et al.* [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1; *Katz v. Vancouver Stock Exchange* (1995), 128 D.L.R. (4th) 424; [1996] 2 W.W.R. 356; 82 B.C.A.C. 16; 14 B.C.L.R. (3d) 66; 34 Admin. L.R. (2d) 1; 9 C.C.L.S. 112 (B.C.C.A.); affd [1996] 3 S.C.R. 405; (1996), 139 D.L.R. (4th) 575; [1996] 10 W.W.R. 305; 82 B.C.A.C. 29; 26 B.C.L.R. (3d) 1; 41 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.L.S. 1; 207 N.R. 72; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 3 C.H.R.R. D/1163; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Canadian Union of Public Employees (Airline Division) v. Canadian Airlines International Limited and Air Canada* (1998), 99 CLLC 145,021 (C.H.R.T.); *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (Fr.); (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (Eng.) (Que. C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, (1991), 91 D.L.R. (4th) vii; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada et al. (1991), 48 F.T.R. 55 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada et al. (1998), 143 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244; (1998), 143 F.T.R. 241 (T.D.); *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1999] S.C.C.A. No. 1 (QL); *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association et al.* (1999), 246 N.R. 368 (F.C.A.).

R.C.S. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1; *Katz v. Vancouver Stock Exchange* (1995), 128 D.L.R. (4th) 424; [1996] 2 W.W.R. 356; 82 B.C.A.C. 16; 14 B.C.L.R. (3d) 66; 34 Admin. L.R. (2d) 1; 9 C.C.L.S. 112 (B.C.C.A.); conf. par [1996] 3 R.C.S. 405; (1996), 139 D.L.R. (4th) 575; [1996] 10 W.W.R. 305; 82 B.C.A.C. 29; 26 B.C.L.R. (3d) 1; 41 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.L.S. 1; 207 N.R. 72; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 3 C.H.R.R. D/1163; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) c. Lignes aériennes Canadien International Limitée et Air Canada* (1998), 99 CLLC 145,021 (T.C.D.P.); *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (Fr.); (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (Ang.) (C.A. Qué.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, (1991), 91 D.L.R. (4th) vii; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada et al. (1991), 48 F.T.R. 55 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et al. (1998), 143 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244; (1998), 143 F.T.R. 241 (1^{re} inst.); *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1999] S.C.C.A. No. 1 (QL); *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone et al.* (1999), 246 N.R. 368 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

Côté, P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais, 1991.

Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.

APPLICATION for judicial review of an interim decision of the Canadian Human Rights Tribunal that there were no problems of institutional bias or lack of institutional independence because of its institutional structure, and that the hearings into the pay equity complaints should proceed. Application allowed.

APPEARANCES:

Roy L. Heenan and Alexandre Buswell for applicant.

Bernard S. Fishbein for respondent (Canadian Telephone Employees Association).

Peter C. Engelmann for respondent (Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada).

No appearance for respondent (Femmes Action).

René Duval and Philippe Dufresne for intervener (Canadian Human Rights Commission).

SOLICITORS OF RECORD:

Heenan Blaikie, Montréal, for applicant.

Koskie Minsky, Toronto, for respondent (Canadian Telephone Employees Association).

Caroline Engelmann Gottheil, Ottawa, for respondent (Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada).

Boivin Payette, Montréal, for respondent (Femmes Action).

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for intervener (Canadian Human Rights Commission).

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review against an interim decision of the

DOCTRINE

Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais, 1990.

Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision provisoire du tribunal canadien des droits de la personne, portant qu'il n'y a ni partialité institutionnelle ni défaut d'indépendance institutionnelle en raison de sa structure, et qu'il faut poursuivre l'audition des plaintes de disparité salariale. Recours accueilli.

ONT COMPARU:

Roy L. Heenan et Alexandre Buswell pour la demanderesse.

Bernard S. Fishbein pour la défenderesse Association canadienne des employés de téléphone.

Peter C. Engelmann pour le défendeur Syndicat canadien des communications, du papier et de l'énergie.

La défenderesse Femmes Action n'était pas représentée.

René Duval et Philippe Dufresne pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Heenan Blaikie, Montréal, pour la demanderesse.
Koskie Minsky, Toronto, pour la défenderesse Association canadienne des employés de téléphone.

Caroline Engelmann Gottheil, Ottawa, pour le défendeur Syndicat canadien des communications, du papier et de l'énergie.

Boivin Payette, Montréal, pour la défenderesse Femmes Action.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Il y a en l'espèce recours en contrôle judiciaire contre la décision

Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) rendered April 26, 1999,¹ on the issue of its institutional independence and impartiality, in the complaints against Bell Canada brought by the Canadian Telephone Employees Association (CTEA), the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (CEP) and Femmes Action under the *Canadian Human Rights Act*.²

PRELIMINARY REMARKS

[2] I am well aware and find it unfortunate that the end result of this decision may cause considerable delays in the proceedings before the Tribunal but I am of the view that it would not be appropriate for the Court to be guided by this factor.

[3] This decision is not about the employees' entitlement to pay equity. It focuses only on the institutional structure required to ensure that hearings before the Tribunal are conducted in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.³

FACTS

[4] The present matter stems from seven human rights complaints filed against Bell Canada between 1990 and 1994 alleging discriminatory practice on the ground of sex in relation to employment. Bell Canada is allegedly paying its female employees lower wages than its male employees who are performing work of equal value, contrary to section 11 of the Act.

[5] The Canadian Human Rights Commission (Commission) subsequently conducted an investigation into the various complaints and attempted, without success, to resolve the matter by mediation and other informal discussions. The Commission released in 1995 its investigation report.

[6] The Commission requested on May 15, 1996, pursuant to section 49 of the Act⁴ that the President of the Human Rights Tribunal Panel appoint a tribunal to inquire into the pay equity complaints against Bell

provisoire rendue le 26 avril 1999¹ par le Tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal) sur la question de son indépendance et de son impartialité institutionnelles, dans le cadre de plaintes portées contre Bell Canada par l'Association canadienne des employés de téléphone (ACET), le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) et Femmes Action, sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.²

OBSERVATIONS LIMINAIRES

[2] Je sais, et le regrette, que la présente décision peut avoir pour effet ultime de retarder considérablement l'instance devant le tribunal, mais j'estime qu'il n'y a pas lieu pour la Cour de se laisser influencer par ce facteur.

[3] La présente décision ne porte pas sur le droit des employés à la parité salariale. Elle s'attache uniquement à la nécessité d'une structure organique propre à garantir que les audiences devant le tribunal soient conformes aux principes de justice fondamentale en vertu de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.³

LES FAITS

[4] La présente procédure a son origine dans sept plaintes en matière de droits de la personne, déposées pendant la période allant de 1990 à 1994 et reprochant à Bell Canada de pratiquer la discrimination sexuelle dans l'emploi, en payant à ses employées des salaires inférieurs à ce que touchent les employés de sexe masculin qui exercent des fonctions équivalentes, violant ainsi l'article 11 de la Loi.

[5] Par la suite, la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a entrepris une enquête sur les diverses plaintes et a vainement essayé de les régler par médiation et autres discussions informelles. Elle a rendu public son rapport d'enquête en 1995.

[6] Le 15 mai 1996, elle demande, conformément à l'article 49 de la Loi⁴, au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d'examiner ces plaintes de disparité

Canada and, pursuant to subsection 40(4) of the Act⁵ that the complaints be dealt together.

[7] Bell Canada filed an application for judicial review on June 14, 1996 challenging the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the complaints.⁶

[8] The President of the Human Rights Tribunal Panel appointed on August 14, 1996 a Tribunal composed of three members (Leighton Tribunal) to inquire into the pay equity complaints against Bell Canada.

[9] Bell Canada filed an application for judicial review on September 6, 1996 challenging the decision of the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the complaints.⁷

[10] The Leighton Tribunal commenced its proceedings in October 1996. Bell Canada brought a number of preliminary motions before the Leighton Tribunal between November 1996 and June 1997.

[11] Bell Canada filed applications for judicial review of these interim decisions, including one dated April 10, 1997, in which the Tribunal dismissed a motion seeking the recusal of one of its members⁸ and one dated June 4, 1997 in which the Tribunal concluded that it was “an independent quasi-judicial body, institutionally capable of providing a fair hearing in accordance with the principles of natural justice and fundamental freedom”.⁹

[12] On March 17, 1998, Muldoon J. granted Bell Canada’s application for judicial review of the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the complaints and quashed the decision of the Commission.¹⁰

[13] On March 23, 1998, McGillis J. granted Bell Canada’s application for judicial review of the

salariale contre Bell Canada, lesquelles devaient être entendues ensemble en application du paragraphe 40(4) de la Loi⁵.

[7] Le 14 juin 1996, Bell Canada introduit un recours en contrôle judiciaire contre cette décision de la Commission de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d’examiner les plaintes en question⁶.

[8] Le 14 août 1996, le président du Comité du tribunal constitue un tribunal composé de trois membres (le tribunal Leighton) chargé d’examiner les plaintes de disparité salariale déposées contre Bell Canada.

[9] Le 6 septembre 1996, Bell Canada introduit un recours en contrôle judiciaire contre cette décision du président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d’examiner les plaintes en question⁷.

[10] Le tribunal Leighton commence l’examen de l’affaire en octobre 1996. Bell Canada l’a saisi de diverses requêtes préliminaires pendant la période allant de novembre 1996 à juin 1997.

[11] Bell Canada a introduit des recours en contrôle judiciaire contre les décisions provisoires résultantes, dont celle du 10 avril 1997 par laquelle le tribunal a rejeté une requête en récusation de l’un de ses membres⁸, et celle du 4 juin 1997 par laquelle le tribunal a conclu qu’il était «un organisme quasi judiciaire indépendant, capable sur le plan institutionnel de procéder à l’audition d’une affaire d’une manière équitable et conforme aux principes de justice naturelle et de liberté fondamentale»⁹.

[12] Le 17 mars 1998, le juge Muldoon fait droit au recours en contrôle judiciaire de Bell Canada en annulant la décision de la Commission de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d’examiner les plaintes en question¹⁰.

[13] Le 23 mars 1998, M^{me} le juge McGillis fait droit au recours en contrôle judiciaire de Bell Canada

Leighton Tribunal's decision respecting its institutional independence and impartiality.¹¹

[14] McGillis J. found that the Leighton Tribunal lacked institutional independence, thus giving rise to a reasonable apprehension of bias. McGillis J. quashed all the proceedings before the Leighton Tribunal and ordered that no further proceedings take place until legislative changes cured the problems identified in the decision.

[15] Certain amendments to the Act introduced by S.C. 1998, c. 9 came into force on June 30, 1998. Three of these amendments are of particular importance in the present matter.

[16] Subsection 48.2(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27] of the amended Act permits a Tribunal member whose appointment expires to conclude any inquiry that he or she has begun with the approval of the Chairperson.

[17] Subsection 48.6(1) [as enacted *idem*] of the amended Act provides that the remuneration of a Tribunal member is fixed by Governor in Council.

[18] Subsection 27(2) [as am. *idem*, s. 20] of the amended Act permits the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal in a class of cases (no longer in a particular case).

[19] On November 17, 1998, the Federal Court of Appeal allowed the appeal of the respondents CTEA and CEP respecting the decision of Muldoon J. quashing the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the complaints.¹²

[20] The Court restored the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a tribunal to inquire into the pay equity complaints. Bell Canada subsequently filed leave to appeal to the Supreme Court, but such leave was denied on July 8, 1999.¹³

contre la décision du tribunal Leighton relative à son indépendance et à son impartialité institutionnelles¹¹.

[14] Selon M^{me} le juge McGillis, le tribunal Leighton laissait à désirer sur le plan de l'indépendance institutionnelle, ce qui donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité. Elle a annulé la procédure déjà engagée et interdit toute autre procédure devant ce tribunal, en attendant que la loi soit modifiée de façon à remédier aux vices relevés.

[15] Certaines modifications apportées à la Loi par L.C. 1998, ch. 9, sont entrées en vigueur le 30 juin 1998. Trois d'entre elles revêtent une importance particulière pour l'affaire en instance.

[16] Aux termes du nouveau paragraphe 48.2(2) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27], un membre du tribunal, dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi.

[17] Le nouveau paragraphe 48.6(1) [édicte, *idem*] prévoit que les membres du tribunal reçoivent la rémunération que fixe le gouverneur en conseil.

[18] Le nouveau paragraphe 27(2) [mod., *idem*, art. 20] habilite la Commission à émettre, dans une catégorie de cas donnés (et non plus dans un cas donné), des directives auxquelles le tribunal doit se conformer.

[19] Le 17 novembre 1998, la Cour d'appel fédérale fait droit à l'appel formé par les défendeurs ACET et SCEP contre la décision du juge Muldoon portant annulation de la décision de la Commission de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d'examiner les plaintes en question¹².

[20] La Cour ayant rétabli la décision susmentionnée de la Commission, Bell Canada a demandé l'autorisation de pourvoi en Cour suprême, mais sa demande a été rejetée le 8 juillet 1999¹³.

[21] Following the decision of the Federal Court of Appeal, the Commission and the respondents CTEA and CEP requested the Tribunal to reschedule hearings into the pay equity complaints as soon as possible. This request led to an exchange of correspondence between the parties and the Tribunal as to whether or not to appoint a tribunal and resume the hearings in light of the recent amendments to the Act.

[22] The parties were subsequently informed by the Tribunal's Registrar that the Tribunal's Vice-chairperson would hold a case planning meeting on January 27, 1999 concerning the pay equity complaints.

[23] The case planning meeting was eventually held on January 27 and March 11 and 12, 1999 to determine whether or not a Tribunal should reconvene into the complaints against Bell Canada filed by the respondents CTEA and CEP.

[24] Following this case planning meeting, the Tribunal's Vice-chairperson issued a decision on April 26, 1999 in which he concluded that there were no problems of institutional bias or lack of institutional independence because of the institutional structure and decided that the hearings into the complaints should proceed.¹⁴

[25] In the meantime, the Commission and the respondents CTEA and CEP appealed the decision of McGillis J. The Federal Court of Appeal adjourned the matter *sine die* on June 1, 1999, because "[a]n immediate consideration of the appeal as it now stands would have to be confined to a consideration of the Act as it was prior to June 1998 and its outcome could very well leave the broader controversy unresolved".¹⁵

ISSUES

1. Was the Tribunal correct in deciding that the doctrine of *res judicata* applies to arguments made by the applicant in *Bell Canada v. Canadian Telephone*

[21] Par suite de la décision de la Cour d'appel fédérale, la Commission et les défendeurs ACET et SCEP ont demandé au tribunal d'inscrire de nouveau au rôle les plaintes de disparité salariale de façon qu'elles puissent être entendues dans les meilleurs délais. Il s'en est suivi un échange de correspondance entre les parties et le tribunal sur la question de savoir si, à la suite des modifications récemment apportées à la Loi, il y avait lieu de constituer un tribunal pour reprendre l'audition des plaintes.

[22] Les parties ont été subséquemment informées par le greffier du tribunal que le vice-président tiendrait le 27 janvier 1999 une audience de planification de la procédure relative aux plaintes de disparité salariale.

[23] Cette audience a finalement eu lieu le 27 janvier et les 11 et 12 mars 1999 pour décider si le tribunal devait siéger de nouveau pour examiner les plaintes déposées par les défendeurs ACET et SCEP contre Bell Canada.

[24] À l'issue de l'audience de planification de la procédure, le vice-président du tribunal a rendu le 26 avril 1999 une décision concluant qu'il n'y avait ni partialité institutionnelle ni défaut d'indépendance institutionnelle tenant à la structure organique du tribunal et qu'il fallait poursuivre l'examen des plaintes¹⁴.

[25] Entre-temps, sur appel formé par la Commission et les défendeurs ACET et SCEP contre la décision de M^{me} le juge McGillis, la Cour d'appel fédérale a, le 1^{er} juin 1999, prononcé l'ajournement *sine die* de l'affaire, pour le motif que «l'examen immédiat de l'appel, dans son état actuel, devrait être restreint à un examen de la Loi sous la forme qu'elle avait avant juin 1998, et le résultat de cet examen pourrait fort bien ne pas résoudre le litige, qui est plus large»¹⁵.

LES POINTS LITIGIEUX

1. Le tribunal était-il fondé à décider que l'autorité de la chose jugée s'attache aux arguments proposés par la demanderesse dans *Bell Canada c. Assoc.*

Employees Assn. which were neither rejected expressly by the Court nor expressly relied upon by it?

2. Was the Tribunal correct in holding itself to be institutionally independent and institutionally impartial with respect to:

- (a) the power of the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal;
- (b) the power of the Chairperson to approve the acting of a Tribunal member after the expiry of his/her appointment to conclude a matter;
- (c) the remuneration of Tribunal members provided by Governor in Council;
- (d) disciplinary and remedial measures for the Vice-chairperson and Tribunal members?

ANALYSIS

1. Standard of Review

[26] The Tribunal does not enjoy the protection of a privative clause. The Tribunal is chosen on an *ad hoc* basis with no institutional guarantees that its members will have any expertise in human rights law or in any other area of law. The expertise of the Tribunal relates to fact finding and adjudication in a human right context but does not extend to general questions of law.¹⁶ The decision of the Tribunal respecting its institutional independence and impartiality is a question of law and is therefore subject to review on a standard of correctness.

2. The *Res Judicata* Issue

[27] At the outset, I would like to clarify this issue which will have an impact on the questions to be determined by this Court. The following is a summary of the relevant facts.

[28] On April 10, 1997, the Leighton Tribunal dismissed a motion filed by the applicant seeking the

canadienne des employés de téléphone, lesquels arguments n'ont été ni expressément rejetés ni expressément accueillis par la Cour?

2. Le tribunal était-il fondé à se juger organiquement indépendant et organiquement impartial compte tenu de ce qui suit:

- a) la Commission est habilitée à émettre des directives qui lient le tribunal;
- b) le président peut prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal jusqu'à la conclusion de l'affaire dont celui-ci a été saisi en cours de mandat;
- c) la rémunération des membres du tribunal est fixée par le gouverneur en conseil;
- d) le vice-président et les membres du tribunal peuvent être soumis à des mesures disciplinaires et correctives?

ANALYSE

1. La norme de contrôle judiciaire

[26] Le tribunal ne jouit pas de la protection d'une disposition privative. Il est constitué au gré des cas d'espèce et il n'y a aucune garantie institutionnelle que ses membres aient quelque expertise juridique en droits de la personne ou dans un autre domaine, quel qu'il soit. Son expertise consiste à enquêter sur des faits et à rendre des décisions dans le contexte des droits de la personne, elle ne s'étend pas aux questions générales de droit¹⁶. Toute conclusion de sa part sur son indépendance et son impartialité institutionnelles est une conclusion sur un point de droit et, à ce titre, est soumise à la norme de la décision correcte en cas de contrôle judiciaire.

2. L'autorité de la chose jugée

[27] Je tiens à clarifier en premier lieu cette question qui aura un effet sur les points que la Cour aura à trancher. En résumé, les faits qui s'y rattachent sont les suivants.

[28] Le 10 avril 1997, le tribunal Leighton rejette une requête de la demanderesse en récusation de l'un

recusal of one of its members.¹⁷ The Tribunal concluded, among other things, that the fact that the member had been retained as an expert witness by the Commission, twice prior to his appointment, did not give rise to a reasonable apprehension of bias.

[29] On May 9, 1997, the applicant filed an application for judicial review of this decision to the Federal Court of Canada.¹⁸

[30] On June 4, 1997, the Leighton Tribunal rendered an interim decision involving a number of issues respecting its institutional independence: the *per diem* or the part-time status of Tribunal members; the assignment of Tribunal members to cases on an *ad hoc* basis; the requirement for special arrangements between the Tribunal and Treasury Board for hearings scheduled for more than 40 days; and the power of the Commission to issue guidelines which are binding on the Tribunal.¹⁹

[31] The Leighton Tribunal concluded that it was an independent quasi-judicial body, institutionally capable of providing a fair hearing in accordance with the principles of natural justice and fundamental freedom.

[32] On June 10, 1997, the applicant filed an application for judicial review of this decision to the Federal Court of Canada.²⁰

[33] On March 23, 1998, McGillis J. rendered a decision in which she granted the application for judicial review challenging the independence of the Tribunal but dismissed the one respecting the recusal of a Tribunal member.²¹

[34] McGillis J. concluded that there existed a reasonable apprehension of bias arising in relation to the two core characteristics, the security of tenure and the financial security of Tribunal members appointed under the Act.

[35] McGillis J. found that the nature of the security of tenure afforded to a Tribunal member whose appointment expired during the course of a hearing

de ses membres¹⁷, concluant entre autres que le fait que ce membre avait été cité par la Commission comme expert à deux reprises avant sa nomination ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité.

[29] Le 9 mai 1997, la demanderesse saisit la Cour fédérale du Canada d'un recours en contrôle judiciaire contre cette décision¹⁸.

[30] Le 4 juin 1997, le tribunal Leighton rend une décision provisoire relative à diverses questions touchant son indépendance institutionnelle: l'indemnité journalière ou le statut à temps partiel des membres du tribunal; l'attribution des causes aux membres au cas par cas; la nécessité d'arrangements spéciaux entre le tribunal et le Conseil du Trésor pour les audiences qui doivent durer plus de 40 jours; et le pouvoir de la Commission d'émettre des directives qui lient le tribunal¹⁹.

[31] Par cette décision, le tribunal Leighton conclut qu'il est un organisme quasi judiciaire indépendant, capable sur le plan institutionnel de procéder à l'audition d'une affaire d'une manière équitable et conforme aux principes de justice naturelle et de liberté fondamentale.

[32] Le 10 juin 1997, la demanderesse saisit la Cour fédérale d'un recours en contrôle judiciaire contre cette décision²⁰.

[33] Le 23 mars 1998, M^{me} le juge McGillis fait droit au recours tendant à contester l'indépendance du tribunal, mais déboute la demanderesse de son recours tendant à la récusation de l'un des membres du tribunal²¹.

[34] Elle conclut qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité tenant aux deux caractéristiques fondamentales: l'inamovibilité et la sécurité financière des membres nommés au tribunal en application de la Loi.

[35] Selon M^{me} le juge McGillis, l'inamovibilité consentie à un membre du tribunal dont le mandat expirait avant la fin de l'audition d'une affaire était

was tenuous because the ability of that member to continue a matter depended solely and exclusively on the discretionary decision of the Minister to recommend reappointment of that member. McGillis J. concluded that the Act contained no objective guarantee that the prospect of reappointment of that member to complete a matter would not be adversely affected by any decisions, past or present, made by that member.

[36] In her opinion, the Act did not respect the essence of the condition of financial security because the remuneration of a Tribunal member was fixed by the Commission, an interested party in all proceedings. Considering that any increase in the remuneration prescribed by the Commission's by-law would be subject to negotiations between the Tribunal Panel and the Commission, McGillis J. further concluded that such negotiations would create a conflict of interest having a negative impact on the appearance of independence.

[37] She felt however that it was not necessary for her to consider the question of institutional impartiality but she indicated that she had serious reservations in this respect, more particularly with the power of the Commission, an interested party appearing before the Tribunal, to issue binding guidelines on the Tribunal pursuant to subsection 27(2) of the Act.

[38] McGillis J. quashed the proceedings before the Tribunal and ordered that there shall be no further proceedings in the matter, until the problems identified in relation to security of tenure and financial security were corrected by legislative amendments to the Act.

[39] Following the coming into force of amendments to the Act on June 30, 1998 and the decision of the Federal Court of Appeal to restore the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the pay equity complaints,²² the Tribunal's Registrar informed the parties that the Tribunal's Vice-chairperson would hold a case planning meeting to determine whether or not a Tribunal should reconvene into the complaints against Bell filed by the respondents CTEA and CEP.

essentiellement précaire parce que la possibilité pour ce membre de continuer à siéger dépendait uniquement et exclusivement de la décision discrétionnaire du ministre de recommander le renouvellement de son mandat. Elle conclut qu'il n'y avait dans la Loi aucune garantie objective que la perspective de renouvellement n'ait rien à voir avec les décisions rendues jusque-là par ce membre.

[36] À son avis, la Loi ne respectait pas au fond l'impératif de sécurité financière puisque la rémunération des membres du tribunal était fixée par la Commission, qui est une partie dans toutes les affaires soumises à celui-ci. Du fait que toute augmentation dans la rémunération fixée par règlement de la Commission serait négociée entre celle-ci et le Comité du tribunal, M^{me} le juge McGillis conclut que les négociations en la matière créeraient un conflit d'intérêts propre à compromettre la perception d'indépendance.

[37] Tout en jugeant qu'il ne lui était pas nécessaire de se pencher sur la question de l'impartialité institutionnelle, elle fait observer qu'elle avait de sérieuses réserves à ce propos, en particulier au sujet du pouvoir dont le paragraphe 27(2) de la Loi investit la Commission, qui est une partie comparissant devant le tribunal, d'émettre des directives qui lient le tribunal.

[38] En conclusion, elle a annulé la procédure devant le tribunal et interdit toute autre procédure dans l'instance, tant que les problèmes relevés au sujet de l'inamovibilité et de la sécurité financière ne seraient pas corrigés par des modifications à la Loi.

[39] À la suite de l'entrée en vigueur, le 30 juin 1998, des modifications apportées à la Loi et de la décision de la Cour d'appel fédérale de rétablir la décision de la Commission de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d'examiner les plaintes de disparité salariale dont s'agit²², le greffier du tribunal a informé les parties que le vice-président du tribunal tiendrait une audience de planification pour juger s'il y avait lieu de constituer un tribunal chargé d'examiner les plaintes portées par les défendeurs ACET et SCEP contre Bell.

[40] On April 26, 1999, the Tribunal's Vice-chairperson issued a decision in which he found that the problems identified by McGillis J. had been corrected by the amendments to the Act.²³ He therefore concluded that there were no problems of institutional bias or lack of institutional independence because of the institutional structure, and that the hearing by the Tribunal into the complaints should proceed.

[41] With respect to the security of tenure, the Tribunal's Vice-chairperson found that the power of the Chairperson to approve the acting of a member after the expiration of his/her appointment to conclude a matter does not give rise to a reasonable apprehension of bias because such power is not an absolute or unfettered discretion.

[42] The Tribunal's Vice-chairperson rejected the argument of Bell Canada that the disciplinary and remedial measures for Tribunal members as provided by the recent amendments to the Act give rise to a reasonable apprehension of bias because Tribunal members can only be removed for cause and only after a full judicial inquiry.

[43] Regarding the remuneration of a Tribunal member, the Tribunal's Vice-chairperson pointed out that the amendments to the Act now provide that the remuneration is fixed by Governor in Council, and therefore, it is no longer an issue.

[44] The Tribunal's Vice-chairperson noted that the guidelines adopted by the Commission are subordinate legislation and are binding on the Tribunal; they must be interpreted and applied by the Tribunal as any other law. He concluded that there exists sufficient distance between the issuance of a guideline by the Commission and the guideline becoming law not to create a reasonable apprehension of bias.

[45] The Tribunal's Vice-chairperson rejected the other arguments respecting the independence of the Tribunal raised by the applicant, because he felt that these arguments were before the Leighton Tribunal and McGillis J.

[40] Le 26 avril 1999, le vice-président du tribunal rend une décision concluant que les vices relevés par M^{me} le juge McGillis ont été rectifiés par modification de la Loi²³, donc qu'il n'y avait aucun problème de partialité institutionnelle ou de défaut d'indépendance institutionnelle tenant à la structure organique du tribunal, et qu'il fallait procéder à l'examen de ces plaintes.

[41] En ce qui concerne l'inamovibilité, il fait observer que le pouvoir du président de prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal pour que celui-ci puisse continuer à siéger dans une affaire dont il a été saisi en cours de mandat, ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité puisque ce pouvoir du président n'est ni absolu ni illimité.

[42] Il a rejeté l'argument proposé par Bell Canada que les mesures disciplinaires et correctives prévues à l'égard des membres du tribunal lors de la récente modification de la Loi donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité, car, selon lui, ces membres ne peuvent être révoqués que pour des motifs légitimes et après enquête judiciaire en règle.

[43] En ce qui concerne la rémunération des membres du tribunal, il fait observer qu'à la suite des modifications susmentionnées, la Loi prévoit maintenant que cette rémunération est fixée par le gouverneur en conseil, ce qui a vidé la question.

[44] Le vice-président note que les directives émises par la Commission sont des textes de législation déléguée et que, à ce titre, elles ont force obligatoire et doivent être interprétées et appliquées par le tribunal au même titre que tout autre texte de loi. Il fait remarquer qu'il y a un intervalle suffisant entre l'adoption d'une directive donnée par la Commission et son application pour qu'il n'y ait pas crainte raisonnable de partialité.

[45] Le vice-président du tribunal a rejeté les autres arguments proposés par la demanderesse au sujet de l'indépendance du tribunal pour le motif que les mêmes arguments avaient été soumis au tribunal Leighton et à M^{me} le juge McGillis.

[46] The applicant takes the position before this Court that McGillis J. either agreed with the other arguments or did not rule on them (with the exception of the Tribunal staff being Commission employees); therefore, the issues not considered by McGillis should not be *res judicata*.

[47] The Commission submit that the arguments raised by Bell Canada which were not identified by McGillis J. as problematic were implicitly dismissed by her and are now *res judicata*. The same applies, according to the Commission, to arguments not raised but ought to have been raised by Bell Canada.

[48] The respondents CTEA and CEP take the same position. They further argue that once the problems identified by McGillis J. in regard to security of tenure and financial security were corrected by amendments to the Act, the Tribunal would meet the requirements for institutional independence and the proceedings before the Tribunal could resume. According to counsel, McGillis J. has implicitly rejected the additional arguments raised by Bell Canada regarding the Tribunal's institutional independence and impartiality.

[49] According to the authors Sopinka, Lederman and Bryant, there exists two principles respecting the doctrine of *res judicata*:

There are two principles subsumed under the heading *res judicata*. The first is that any action or issue which has been litigated and upon which a decision has been rendered cannot be retried in a subsequent suit between the same parties or their privies. This principle prevents the *contradiction* of that which was determined in the previous litigation, by prohibiting the relitigation of issues already actually addressed.

The second principle makes it mandatory that a plaintiff asserting a cause of action must claim all possible relief in respect thereto, and prevents any second attempt to invoke the aid of the courts in the same cause. It is sometimes called "merger" because the plaintiff's cause of action becomes "merged" in the judgment. The judgment actually operates as a comprehensive declaration of the rights of *all* parties in respect of the matters in issue. As a result, the rule applies equally to a defendant who must put forward all defences which will defeat the plaintiff's action; the defendant who does not will be debarred from raising them subsequently. This principle prevents the fragmentation of

[46] Devant la présente Cour, la demanderesse soutient que soit M^{me} le juge McGillis a fait droit à ces autres arguments soit qu'elle ne s'est pas prononcée là-dessus (à l'exception de l'argument que le personnel du tribunal fait aussi partie du personnel de la Commission) et que, de ce fait, il ne faut pas considérer comme chose jugée les points sur lesquels elle ne s'est pas prononcée.

[47] La Commission soutient que M^{me} le juge McGillis ayant implicitement rejeté les arguments proposés par Bell qu'elle n'a pas jugés elle-même déterminants, il y a autorité de la chose jugée sur ces points. Il en est de même des arguments que Bell Canada n'a pas proposés et qu'elle aurait dû proposer.

[48] Les défendeurs ACET et SCEP sont du même avis. Ils soutiennent aussi qu'une fois que les réserves exprimées par M^{me} le juge McGillis quant à l'inamovibilité et à la sécurité financière ont été dissipées par la modification de la Loi, le tribunal satisfaisait à l'impératif d'indépendance institutionnelle et la procédure pouvait reprendre. Selon leur avocat, M^{me} le juge McGillis a implicitement rejeté les autres arguments proposés par Bell Canada au sujet de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles du tribunal.

[49] Selon Sopinka, Lederman et Bryant, les deux principes suivants régissent la doctrine de l'autorité de la chose jugée:

[TRADUCTION] L'autorité de la chose jugée recouvre deux principes. Le premier pose que toute action ou question litigieuse qui a été jugée et a fait l'objet d'une décision ne peut être jugée de nouveau dans un procès subséquent entre les mêmes parties ou leurs ayants droit. Ce principe vise à prévenir la *contradiction* de ce qui a été décidé lors d'un litige précédent, en interdisant de revenir sur des points qui ont été déjà effectivement jugés.

Le second principe fait obligation au demandeur qui fait valoir un droit en justice de conclure à toute mesure de réparation possible en la matière, et vise à prévenir toute seconde tentative de demander l'intervention de la justice dans la même cause. On parle alors de «fusion» parce que la cause d'action du demandeur «fusionne» avec le jugement. Celui-ci est effectivement un jugement déclaratoire portant sur tous les droits de *toutes* les parties en ce qui concerne les points litigieux. Par suite, cette règle s'applique également au défendeur qui doit opposer tous ses moyens de défense à l'action du demandeur; celui qui ne le fait pas ne sera pas recevable à les faire valoir par la suite. Le principe

litigation by prohibiting the litigation of matters that were never actually addressed in the previous litigation, but which properly belonged to it.²⁴

[50] With respect to the institutional independence of the Tribunal, it is no longer necessary to make an application to the Minister to extend the appointment of a Tribunal member whose term has expired during a hearing; the Chairperson now has the power to approve the acting of a member after the expiration of his/her appointment to conclude the matter, pursuant to subsection 48.2(2) of the amended Act.

[51] Regarding the remuneration of a Tribunal member, the remuneration is provided by Governor in Council, and no longer by the Commission, pursuant to subsection 48.6(1) of the amended Act.

[52] Obviously, these amendments were not analysed by McGillis J. as they came into force after her decision. The issues are now different and there is nothing stopping the applicant from raising arguments in this respect.

[53] Concerning the other arguments raised by the applicant respecting the institutional independence and impartiality of the Tribunal, the order of McGillis J. clearly contemplated that once the specific problems identified were corrected, the Tribunal would meet the requirements for institutional independence and the proceedings before the Tribunal could resume. She did not identify any other problematic issues or errors made by the Leighton Tribunal.

[54] The applicant is therefore estopped from raising the same arguments before this Court. According to the authors Sopinka, Lederman and Bryant, the principles of issue estoppel are described as follows:

Issue estoppel usually results from the application of the first of the principles described above [*res judicata*]: that parties cannot call into question issues which have already been decided between them. . . .

. . .

Issue estoppel applies equally to issues which, although not expressly raised in the previous case, are necessarily

visé à prévenir la fragmentation des litiges, en interdisant de faire valoir en justice des points qui n'ont pas été soulevés lors du litige précédent, mais qui en faisaient vraiment partie²⁴.

[50] En ce qui concerne l'indépendance institutionnelle du tribunal, il n'est plus nécessaire de s'adresser au ministre pour prolonger le mandat d'un membre qui prend fin en cours d'audience; aux termes du nouveau paragraphe 48.2(2) de la Loi, le membre dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi.

[51] En ce qui concerne la rémunération des membres du tribunal, le nouveau paragraphe 48.6(1) de la Loi prévoit maintenant qu'elle est fixée par le gouverneur en conseil, et non pas par la Commission comme par le passé.

[52] Par la force des choses, M^{me} le juge McGillis n'a pas analysé ces modifications, qui sont entrées en vigueur après sa décision. Les points litigieux sont maintenant différents et rien n'interdit à la demanderesse de proposer des arguments sur ces points.

[53] En ce qui concerne les autres arguments proposés par la demanderesse au sujet de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles du tribunal, l'ordonnance de M^{me} le juge McGillis signifiait clairement qu'une fois rectifiés les problèmes relevés, le tribunal satisferait à l'impératif d'indépendance institutionnelle et l'examen des plaintes pourrait reprendre. Elle n'a relevé aucun autre vice ni aucune autre erreur commise par le tribunal Leighton.

[54] La demanderesse est donc irrecevable à proposer les mêmes arguments devant notre Cour. Sopinka, Lederman et Bryant expliquent de la façon suivante les principes régissant l'irrecevabilité des points déjà jugés:

[TRADUCTION] L'irrecevabilité à remettre en cause une question résulte normalement de l'application du premier des principes énoncés ci-dessus [autorité de la chose jugée], à savoir que les parties ne peuvent revenir sur des points qui ont été déjà décidés entre elles [. . .]

[. . .]

Cette irrecevabilité s'applique également aux points litigieux qui, s'ils n'ont pas été expressément soulevés dans

assumed in it or negated by it.²⁵

[55] The arguments raised by the applicant were necessarily assumed or negated by the decision of McGillis J.

[56] Regarding the institutional impartiality, it is clear from the decision that McGillis J. expressed concerns in *obiter dictum* about the power of the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal but she did not decide on this point. These concerns are not part of the *ratio decidendi* and cannot proscribe the applicant from arguing them in the present matter.

[57] Therefore, the only issues left for this Court to decide are whether or not an informed person would have a reasonable apprehension of bias, both in terms of institutional independence and impartiality, with regards to:

- (a) the power of the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal;
- (b) the power of the Chairperson to approve the acting of a Tribunal member after the expiry of his/her appointment to conclude a matter;
- (c) the remuneration of Tribunal members provided by Governor in Council;
- (d) disciplinary and remedial measures for the Vice-chairperson and Tribunal members.

3. The Principles on Institutional Independence and Impartiality

[58] The Supreme Court of Canada has recognized in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)* that judicial independence is a constitutional right:

Judicial independence is an unwritten norm, recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*. In

le litige précédent, sont par la force des choses soit implicitement pris en compte dans ce dernier soit réfutés par son résultat²⁵.

[55] Les arguments proposés par la demanderesse ont été par la force des choses, soit implicitement pris en compte dans la décision de M^{me} le juge McGillis, soit réfutés par l'effet de cette décision.

[56] En ce qui concerne l'impartialité institutionnelle, il ressort de la décision de M^{me} le juge McGillis qu'elle a exprimé de façon incidente des réserves quant au pouvoir de la Commission d'émettre des directives qui lient le tribunal, mais elle ne s'est pas prononcée sur ce point. Ces réserves ne font donc pas partie de ses motifs de décision et n'ont pas pour effet d'interdire à la demanderesse de soulever ce point dans l'instance.

[57] En conséquence, il ne reste plus à la Cour qu'à examiner si une personne informée aurait une crainte raisonnable de partialité, sur le plan de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelle, du fait:

- a) que la Commission est habilitée à émettre des directives qui lient le tribunal;
- b) que le président peut prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal jusqu'à la conclusion de l'affaire dont celui-ci a été saisi en cours de mandat;
- c) que la rémunération des membres du tribunal est fixée par le gouverneur en conseil;
- d) que le vice-président et les membres du tribunal peuvent être soumis à des mesures disciplinaires et correctives.

3. Les principes d'indépendance et d'impartialité institutionnelles

[58] Dans *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, la Cour suprême du Canada a souligné le fondement constitutionnel de l'indépendance du pouvoir judiciaire:

L'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi*

fact, it is in that preamble, which serves as the grand entrance hall to the castle of the Constitution, that the true source of our commitment to this foundational principle is located.²⁶

[59] In her decision, McGillis J. has very aptly analysed the jurisprudence of the Supreme Court of Canada pertaining to judicial independence. Thus, there is no need in the present case to repeat the same exercise. I will, therefore, only refer to her summary:

... judicial independence is part of the rules of natural justice, and as such applies to proceedings before administrative tribunals performing an adjudicative role. In determining the judicial independence of a tribunal, both its institutional independence and its institutional impartiality may be challenged. With respect to institutional independence, the classic test in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, *supra*, as approved in *Valente v. The Queen et al.*, *supra* and virtually all of the other applicable Supreme Court of Canada cases, must be applied to an analysis of the three core characteristics of judicial independence: security of tenure, financial security and administrative independence. The test should be applied flexibly, having regard to the functions exercised by the tribunal. The level of institutional independence required will depend on the nature of the tribunal, the interests at stake and other indices of independence.²⁷

[60] However, it may be useful to add a few comments on the interdependence between the concept of institutional independence and impartiality.

[61] In *Lippé*,²⁸ the Court recognized that notwithstanding judicial independence there may also exist a reasonable apprehension of bias on an institutional or structural level: “[t]he objective status of the tribunal can be as relevant for the “impartiality” requirement as it is for “independence”.²⁹ The Court acknowledges that if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met. In other words, one is the cornerstone of the other.

[62] Thus, the test to apply to institutional impartiality is the same as the test applicable to the issue of independence. As indicated by McGillis J. it was set

constitutionnelle de 1867. En fait, c’est dans le préambule, qui constitue le portail de l’édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental²⁶.

[59] Dans sa décision, M^{me} le juge McGillis a fait une analyse très fine de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d’indépendance du pouvoir judiciaire. Pareille analyse n’est donc pas nécessaire en l’espèce. Je me contenterai de citer le récapitulatif qu’elle en donne:

[. . .] l’indépendance judiciaire fait partie des règles de la justice naturelle et [. . .] en conséquence, elle s’applique aux instances devant les tribunaux administratifs qui exercent des fonctions décisionnelles. L’examen de l’indépendance judiciaire d’un tribunal peut porter à la fois sur son indépendance institutionnelle et sur son impartialité institutionnelle. En ce qui a trait à l’indépendance institutionnelle, le critère classique énoncé dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l’énergie et autres*, précité, approuvé dans l’arrêt *Valente c. La Reine et autres*, précité, et pratiquement tous les autres arrêts de la Cour suprême du Canada, doit s’appliquer à l’analyse des trois caractéristiques fondamentales de l’indépendance judiciaire: l’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative. Ce critère doit être appliqué avec souplesse, compte tenu des fonctions exercées par le tribunal. Le niveau d’indépendance judiciaire requis dépendra de la nature du tribunal, des intérêts en jeu et des autres signes indicatifs de l’indépendance²⁷.

[60] Il est cependant peut-être utile d’ajouter quelques observations sur le lien entre les deux concepts d’indépendance institutionnelle et d’impartialité institutionnelle.

[61] Dans *Lippé*²⁸, la Cour suprême a pris acte de ce que nonobstant l’indépendance du pouvoir judiciaire, il peut y avoir une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel ou structurel: «[l]e statut objectif du tribunal peut s’appliquer tout autant à l’exigence d’“impartialité” qu’à celle d’“indépendance”»²⁹. Elle ajoute que si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l’exigence d’impartialité. En d’autres termes, chaque exigence sert d’assise à l’autre.

[62] Il s’ensuit que le critère de l’impartialité institutionnelle est le même qu’à l’égard de l’indépendance. Ainsi que l’a rappelé M^{me} le juge McGillis, ce critère

out in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*³⁰

. . . the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude”.³¹

[63] It is also important to underline that the Supreme Court of Canada has recognized that there should be some flexibility in applying these principles regarding judicial independence to administrative tribunals and that these tribunals do not necessarily have to provide the same objective guarantees of independence as courts.³²

[64] It is necessary to look at the functions being performed by the Tribunal, its nature, the interests at stake and other indices of independence.³³ The practice of the Tribunal may also be relevant in this regard.³⁴

[65] Thus, when dealing with administrative agencies which have several roles to play, including many which are administrative in nature, such as the Matsqui Indian Band,³⁵ the Vancouver Stock Exchange,³⁶ or the Régie des permis d'alcool du Québec,³⁷ there needs to be more flexibility in applying the principles relating to institutional independence and impartiality.

[66] However, the requisite level of independence is different for an administrative Tribunal, such as the Canadian Human Rights Tribunal, which has purely an adjudicative role and which law it adjudicates concerns the human rights of the land recognized by the Supreme Court of Canada in *Heerspink*³⁸ to be, save the constitutional laws, more important than all other laws. Suffice to note that courts have consistently held that, by its very nature, human rights legislation requires utmost care in respect of the procedures it follows.

[67] In this respect, I fully agree with my colleague, McGillis J., in the decision referred above, as to the

est défini dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*³⁰:

[. . .] la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique»³¹.

[63] Il faut aussi souligner que la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il faut faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application de ces critères d'indépendance judiciaire aux tribunaux administratifs et que ceux-ci ne doivent pas nécessairement justifier des mêmes garanties objectives d'indépendance que les tribunaux judiciaires³².

[64] Il est nécessaire de prendre en considération les fonctions et la nature du tribunal administratif concerné, les intérêts en jeu ainsi que d'autres attributs d'indépendance³³. La pratique et la procédure du tribunal peuvent aussi entrer en ligne de compte³⁴.

[65] Ainsi donc, lorsqu'il s'agit d'organismes administratifs investis de plusieurs fonctions, dont un grand nombre est d'ordre administratif, comme la Bande indienne de Matsqui³⁵, la Bourse de Vancouver³⁶, ou la Régie des permis d'alcool du Québec³⁷, il faut faire preuve de plus de souplesse dans l'application des principes touchant l'indépendance et l'impartialité institutionnelles.

[66] Cependant, le niveau requis d'indépendance n'est pas le même pour un tribunal administratif comme le Tribunal canadien des droits de la personne, qui exerce une fonction purement juridictionnelle dans le cadre de lois qui touchent les droits de la personne du pays et que la Cour suprême du Canada a reconnues dans *Heerspink*³⁸ comme primant toute autre loi, sauf les lois constitutionnelles. Il suffit de rappeler à ce propos que selon une jurisprudence constante, la législation en matière de droits de la personne, de par sa nature même, impose de faire grande attention en ce qui concerne les procédures appliquées.

[67] À cet égard, je partage pleinement la conclusion de ma collègue M^{me} le juge McGillis dans la décision

nature of the Tribunal and its requisite level of independence:

. . . given the purely adjudicative role and the functions performed by a Tribunal in relation to rights and interests which are quasi-constitutional in nature, I am satisfied that a high level of independence is required, and that a relatively strict application of the principles in *Valente v. The Queen et al.*, *supra*, is warranted.³⁹

[68] In other words, in my opinion, the level of independence will be at the high end of the spectrum taking into account that it is not a court and as such some flexibility should be demonstrated.

4. Application to the present case

A. The Power of the Commission to Issue Guidelines Binding Upon the Tribunal

[69] The Commission has delegated legislative authority to issue guidelines, which are binding upon the Tribunal members' application and interpretation of the Act, pursuant to section 27 of the Act:

27. . . .

(2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline.

(3) A guideline issued under subsection (2) is, until it is revoked or modified, binding on the Commission and any member or panel assigned under subsection 49(2) with respect to the resolution of a complaint under Part III regarding a case falling within the description contained in the guideline.

[70] The matter before the Tribunal involves the application and the interpretation of section 11 of the Act:

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

. . .

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different

susmentionnée, au sujet de la nature du tribunal et du niveau d'indépendance nécessaire:

[. . .] compte tenu du rôle purement décisionnel des tribunaux et des fonctions qu'ils exercent à l'égard de droits et d'intérêts de nature quasi constitutionnelle, je suis convaincue qu'ils doivent bénéficier d'un haut degré d'indépendance, et qu'une application relativement stricte des principes énoncés dans l'arrêt *Valente c. La Reine et autres*, précité, est justifiée³⁹.

[68] En d'autres termes, selon moi, ce niveau d'indépendance se situe en haut de l'échelle. Il faut cependant tenir compte de ce qu'il n'est pas un tribunal judiciaire et que de ce fait, il faut faire preuve d'une certaine souplesse.

4. Application en l'espèce des principes énoncés ci-dessus

A. Le pouvoir de la Commission d'émettre des directives qui lient le tribunal

[69] L'article 27 de la Loi investit la Commission d'un pouvoir de législation déléguée l'autorisant à émettre des directives qui lient les membres du tribunal dans l'application et l'interprétation de la Loi:

27. [. . .]

(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

(3) Les ordonnances prises en vertu du paragraphe (2) lient, jusqu'à ce qu'elles soient abrogées ou modifiées, la Commission et le membre instructeur désigné en vertu du paragraphe 49(2) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie III.

[70] L'affaire dont est saisi le tribunal requiert l'application et l'interprétation de l'article 11 de la Loi, rédigé en partie comme suit:

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

[. . .]

(4) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes

wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

[71] The Commission has issued guidelines respecting the interpretation of this section, titled the *Equal Wages Guidelines, 1986* [SOR/86-1082].

[72] Counsel for the respondents submit that the recent amendments to subsection 27(2) of the Act, more particularly the removal of the words “in a particular case”, have fully addressed and resolved the issue.

[73] I disagree. In my opinion, the power of the Commission to issue binding guidelines in “a class of cases” doesn’t change the crux of the problem because the Tribunal will still be bound to apply the guidelines in these cases. McGillis J.’s serious reservations arose from the binding nature of the guidelines. In fact, she concluded that the problem would be eliminated by making the guidelines non-binding regardless of the presence (or absence) of the words “in a particular case”.

[74] Counsel for the applicant argues that the institutional structure of the Tribunal is such that it is precluded from making an independent judgment in any class of cases in which binding guidelines are issued by the Commission, a party in interest before the Tribunal. This leads to the inevitable perception of bias and lack of institutional independence.

[75] I agree with the applicant that the guidelines issued by the Commission, a party before the Tribunal, is incompatible with the guarantees of institutional independence and impartiality.

[76] It gives the Commission a special status that no other party appearing before the Tribunal could enjoy. It can influence the Tribunal in telling it how to interpret the law. This is true whether or not the

fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

[71] La Commission a émis, sous le titre d’*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* [DORS/86-1082], des directives sur l’interprétation de la disposition ci-dessus.

[72] L’avocat des défendeurs soutient que la récente modification du paragraphe 27(2) de la Loi, en particulier par la suppression des mots «dans un cas donné», a parfaitement résolu et vidé la question.

[73] Je ne suis pas de cet avis. Le pouvoir qu’a la Commission d’émettre des directives d’application obligatoire dans «une catégorie de cas donnés» ne change rien au fond du problème puisque le tribunal sera toujours tenu de s’y conformer dans ces cas. C’est le caractère obligatoire de ces directives qui a suscité les sérieuses réserves de M^{me} le juge McGillis. En fait, elle a conclu que le problème serait éliminé si ces directives n’étaient pas d’application obligatoire, nonobstant la présence (ou l’absence) des mots «dans un cas donné».

[74] L’avocat de la demanderesse soutient que la structure organique du tribunal est telle que celui-ci ne peut faire œuvre de jugement indépendant dans aucune catégorie de cas à l’égard de laquelle des directives d’application obligatoire ont été émises par la Commission, qui est une partie dans l’instance devant le tribunal. Pareille situation suscite inéluctablement une impression de partialité et de défaut d’indépendance institutionnelle.

[75] Je conviens avec la demanderesse que des directives émises par la Commission, qui est une partie devant le tribunal, ne sont pas compatibles avec les garanties d’indépendance et d’impartialité institutionnelles.

[76] Ces directives donnent à la Commission un statut spécial dont ne jouit aucune autre partie comparissant devant le tribunal. Elles peuvent influencer le tribunal en lui indiquant comment il faut interpréter la

guidelines are *intra vires* or *ultra vires*.

[77] Further, in my opinion, the Tribunal's decision-making power is unquestionably fettered by the issuance of binding guidelines on the interpretation of the Act. It restricts the Tribunal to adjudicate cases in a direction imposed by the Commission.

[78] This power is quite unique. No regulation-making power in any legislation allows a party to determine the extent and manner to which its enabling legislation is to be interpreted.

[79] The nature of the binding guidelines is different from the nature of subordinate legislation. Subordinate legislation, such as regulations, is normative in nature, and general and impersonal in scope. Subordinate legislation creates legal norms of conduct which are designed to all.⁴⁰

[80] To the contrary, the guidelines focus on giving specific directions to the Tribunal. The guidelines provide specific criteria to be applied by the Tribunal in a class of cases. The guidelines adopted by the Commission, which is a party in interest in the proceedings, put improper pressure on the Tribunal as to the outcome of a decision in a class of cases.

[81] There is no doubt in my mind that the test established by the Supreme Court of Canada in *Lippé*⁴¹ for the existence of a reasonable apprehension of institutional bias and institutional independence is met.

[82] An informed person viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through would come to this conclusion.

[83] Successive Tribunal presidents have expressed their concerns in this regard. They represent, in my opinion, strong evidence of the informed person viewing the matter realistically.

[84] Furthermore, with the exception of its conclusion that the guidelines are non-binding on the

loi. Et il en est ainsi que ces directives soient *intra vires* ou *ultra vires*.

[77] Qui plus est, le pouvoir juridictionnel du tribunal est indubitablement limité par des directives d'application obligatoire sur l'interprétation de la Loi, lesquelles le forcent à se prononcer dans le sens voulu par la Commission.

[78] Un tel pouvoir n'a son pareil nulle part. Aucune loi ne prévoit un pouvoir de réglementation qui permette à une partie d'imposer les limites et les modalités d'interprétation de sa loi habilitante.

[79] Les directives d'application obligatoire ne sont pas de même nature que les textes de législation déléguée. Ceux-ci, tels les règlements, sont normatifs par nature, et ont une portée générale et impersonnelle. La législation déléguée institue des normes légales de conduite, destinées à tous⁴⁰.

[80] Par contraste, les directives tracent une orientation précise pour le tribunal. Elles instituent des critères particuliers à appliquer par celui-ci dans une catégorie de cas donnés. Adoptées par la Commission qui est une partie à l'instance, elles exercent indûment une pression sur le tribunal quant à l'issue de l'instance dans une catégorie de cas donnés.

[81] Je ne doute pas que les conditions soient réunies en l'espèce pour susciter une crainte raisonnable de partialité institutionnelle et de défaut d'indépendance institutionnelle, selon le critère défini par la Cour suprême dans *Lippé*⁴¹.

[82] C'est la conclusion que tirerait à coup sûr une personne bien informée, qui examinerait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique.

[83] Des présidents successifs du tribunal ont exprimé leurs préoccupations sur ce point. Ils représentent parfaitement, à mon avis, le point de vue de la personne bien informée qui examinerait la question en profondeur.

[84] D'ailleurs, à part sa conclusion qu'il n'est pas lié par les directives en question, je partage entière-

Tribunal, I fully agree with the Tribunal in *Canadian Union of Public Employees (Airline Division) v. Canadian Airlines International Limited and Air Canada*⁴² on the effect of binding guidelines:

. . . then two fundamental principles of our constitutional order and democratic system would be undermined. The first principle to be undermined would be the fundamental right of all persons to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. . . .

Second, fundamental norms of our democratic system would also be compromised. In particular, the issuance of guidelines from an executive agency of government putting binding fetters on the decision-making power of a quasi-judicial body would logically undermine principles of judicial independence and the separation of powers If the guidelines issued pursuant to subsections 27(2) and (3) are binding on the Tribunal, it would not make sense for such guidelines not to be also binding in some sense on the courts supervising the Tribunal. It would be illogical to interpret the CHRA in a manner which leads to the conclusion that Parliament intended that a Human Rights Tribunal would have its quasi-judicial decision-making powers fettered by guidelines issued under subsections 27(2) and (3) of the Act, but these same guidelines could be totally ignored or ruled invalid by the reviewing Courts.⁴³

[85] In the present case the Tribunal's Vice-chairperson erred in finding that there was no problem of institutional independence or bias because it had been issued in accordance with the *Statutory Instruments Act*.⁴⁴

[86] If it was the case, no court could ever strike down statutory provisions lacking the guarantees of institutional independence. The problem stems from the provisions of the Act itself giving this power to the Commission not from the manner and procedure which the guidelines are passed.

[87] In such a case does the Tribunal have the power to declare subsections 27(2) and 27(3) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20] of the Act or the guideline issued inoperative or not binding?

[88] The respondents argue that the guidelines are nothing more than subordinate or delegated legislation,

ment l'avis exprimé par le tribunal dans *Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) c. Lignes aériennes Canadien International Limitée et Air Canada*⁴² sur l'effet des directives d'application obligatoire:

[. . .] deux principes fondamentaux de notre constitution et de notre démocratie seraient alors compromis. Le premier de ces principes à être compromis serait le droit fondamental de toutes les personnes à une audience équitable conformément aux principes de la justice fondamentale [. . .]

En second lieu, des normes fondamentales de notre système démocratique seraient également compromises. En particulier, la promulgation d'ordonnances d'un organisme exécutif du gouvernement imposant des entraves contraignantes au pouvoir de décision d'une entité quasi-judiciaire compromettrait logiquement les principes de l'indépendance judiciaire et de la séparation des pouvoirs [. . .] Si les ordonnances émises en vertu des paragraphes 27(2) et (3) sont contraignantes pour les tribunaux, il serait logique que de telles ordonnances soient également contraignantes d'une certaine façon pour les cours qui supervisent le Tribunal. Il serait illogique d'interpréter la LCDP de manière à conclure que le Parlement souhaitait que les pouvoirs de décision quasi-judiciaires du Tribunal des droits de la personne soient entravés par des ordonnances émises en vertu des paragraphes 27(2) et (3) de la Loi, mais que ces mêmes ordonnances puissent être totalement ignorées ou invalidées par les cours de révision⁴³.

[85] En l'espèce, le vice-président du tribunal a commis une erreur par sa conclusion que la question de l'indépendance ou de l'impartialité institutionnelle ne se posait pas parce que les directives en question ont été données conformément à la *Loi sur les textes réglementaires*⁴⁴.

[86] S'il en était ainsi, aucune cour ne pourrait jamais invalider des textes réglementaires dont sont absentes les garanties d'indépendance institutionnelle. Le problème tient aux dispositions de la Loi elle-même qui investissent la Commission de ce pouvoir, et non aux modalités d'adoption des directives.

[87] Dans ces conditions, le tribunal a-t-il le pouvoir de déclarer que les dispositions des paragraphes 27(2) et 27(3) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20] de la Loi ou les directives en question sont inopérantes ou qu'il n'est pas lié par elles?

[88] Les défendeurs soutiennent que ces directives ne sont rien d'autre qu'un texte de législation

akin to regulations. They rely on *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada et al.*⁴⁵ for the proposition that “although the Tribunal is said to be bound by the Commission’s Guideline, this is no more than stating that the Tribunal, together with all other statutory tribunals, is bound by law to the extent that any particular provision of such law is valid and binding”.

[89] In my opinion, the decision in *PSAC* has to be seen in light of the subsequent decision of the Supreme Court of Canada in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*.⁴⁶

[90] In *Cooper*, La Forest J. for the majority decided that given the limited jurisdiction of the Commission it follows that a Tribunal appointed under the Act must also lack the jurisdiction to declare invalid a limited provision of the Act.

[91] The Court had to determine whether or not the Commission and the Tribunal had jurisdiction to strike down a provision of the Act as being contrary to the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[92] With respect to the constitutional competence of the Tribunal, La Forest J. pointed out that the essential question was to determine if Parliament has granted the administrative tribunal through its enabling statute, either explicitly or implicitly, the power to determine questions of law. If it does have a general power to consider questions of law, then it follows by the operation of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*⁴⁷ that it must be able to address constitutional issues including the constitutional validity of its enabling statute.

[93] The respondents submit that since subsection 50(2) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27] of the Act was amended to clarify the Tribunal’s power to decide all questions of law or fact necessary to determine the matter under inquiry and that it can now do so.

déléguée, semblable à un règlement. Ils citent à l’appui cette conclusion tirée dans la cause *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada et al.*⁴⁵: «même si le tribunal est censé être lié par l’ordonnance de la Commission, il ne l’est, à l’instar de tout autre tribunal créé par la loi, que dans la mesure où la disposition particulière de ce texte législatif est valide et exécutoire».

[89] À mon avis, la décision *AFPC* doit être saisie à la lumière de la décision subséquemment rendue par la Cour suprême du Canada dans *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*⁴⁶.

[90] Dans cette dernière cause, le juge La Forest, prononçant le jugement de la majorité, conclut qu’il résulte de la compétence limitée de la Commission qu’un tribunal constitué sous le régime de la Loi n’est pas lui non plus habilité à déclarer invalide une disposition donnée de la Loi.

[91] La Cour était appelée à examiner si la Commission ou le tribunal avaient le pouvoir d’invalider une disposition de la Loi pour atteinte à la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[92] En ce qui concerne la compétence du tribunal au regard de la Constitution, le juge La Forest fait remarquer qu’il s’agissait au premier chef d’examiner si le législateur l’avait investi par sa loi habilitante, expressément ou implicitement, du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit. Le tribunal serait-il investi du pouvoir général de juger des questions de droit, cela signifierait que par l’effet du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁷, il doit être habilité à connaître des questions constitutionnelles, y compris de la validité constitutionnelle de sa propre loi habilitante.

[93] Les défendeurs soutiennent que, depuis, le paragraphe 50(2) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] de la Loi a été modifié de façon à préciser le pouvoir dont est investi le tribunal pour trancher toutes les questions de droit et de fait dans les affaires dont il est saisi et qu’il peut le faire dorénavant.

[94] I am unable to view the power conferred by subsection 50(2) as a general power to consider questions of law. Subsection 50(2) reads as follows:

50. . . .

(2) In the course of hearing and determining any matter under inquiry, the member or panel may decide all questions of law or fact necessary to determining the matter.

[95] It amounts to no more than giving the Tribunal the power to interpret and apply its enabling statute when required to resolve a complaint before it.

[96] The expertise of the Tribunal relates to fact finding and adjudication in a human right context to determine whether or not a discriminatory practice occurred, but this expertise does not extend to general questions of law.⁴⁸ There exists no pragmatic and policy concerns in the present matter that favours the Tribunal having constitutional competence.

[97] It is important to note that La Forest J. cautioned that in determining whether or not the Tribunal has jurisdiction to consider Charter arguments, various practical matters should be examined, such as the expertise of the Tribunal, the ability to accept evidence well suited for a human rights complaint determination but inappropriate when addressing the constitutionality of a legislation provision, the added complexity and other pragmatic and policy concerns that may argue for or against the Tribunal having constitutional jurisdiction.

[98] He stated:

. . . a tribunal does not have any special expertise except in the area of factual determinations in the human rights context. Second, any efficiencies that are *prima facie* gained by avoiding the court system will be lost when the inevitable judicial review proceeding is brought in the Federal Court. Third, the unfettered ability of a tribunal to accept any evidence it sees fit is well suited to a human rights complaint determination but is inappropriate when addressing the constitutionality of a legislative provision. Finally, and perhaps most decisively, the added complexity, cost, and time that would be involved when a tribunal is to hear a constitutional question would erode to a large degree the primary goal sought in creating the tribunals, i.e., the

[94] Il m'est impossible de voir dans le pouvoir prévu au paragraphe 50(2) un pouvoir général de se prononcer sur des questions de droit. Cette disposition prévoit:

50. [. . .]

(2) Il tranche les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi en vertu de la présente partie.

[95] Cette disposition ne fait qu'investir le tribunal du pouvoir d'interpréter et d'appliquer sa loi habilitante lorsqu'il est saisi d'une plainte.

[96] L'expertise du tribunal consiste à enquêter et à se prononcer sur les faits en matière de droits de la personne pour juger s'il y a eu acte discriminatoire; elle ne s'étend pas aux questions générales de droit⁴⁸. Il n'y a en l'espèce aucune considération pratique ou d'ordre public qui engage à penser que le tribunal est investi d'une compétence constitutionnelle.

[97] Il est important de se rappeler cet avertissement du juge La Forest, savoir que pour examiner si le tribunal a compétence pour entendre des arguments fondés sur la Charte, il faut prendre en compte diverses questions pratiques, comme l'expertise du tribunal, l'admissibilité des preuves propres au jugement d'une plainte d'atteinte aux droits de la personne mais inappropriées pour l'examen de la constitutionnalité d'un texte de loi, le surcroît de complexité et d'autres considérations pratiques et d'ordre public qui peuvent engager à reconnaître ou à refuser au tribunal la compétence en matière constitutionnelle.

[98] Il a conclu à ce sujet:

[. . .] un tel tribunal ne dispose pas toujours d'une expertise particulière, exception faite du domaine de l'appréciation des faits dans un contexte de droits de la personne. Deuxièmement, les gains en efficacité se semble à première vue procurer la voie permettant d'éviter le système judiciaire disparaissent lorsque les inévitables demandes de contrôle judiciaire sont déposées devant la Cour fédérale. Troisièmement, si la capacité absolue de recevoir toute preuve jugée utile peut convenir pour trancher une plainte en matière de droits de la personne, elle n'est pas appropriée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Enfin, la raison peut-être la plus déterminante est que la complexité, les coûts et les délais

efficient and timely adjudication of human rights complaints.⁴⁹

[99] These factors are all present and have not been displaced by the recent amendment conferring the power to determine questions of law.

[100] Furthermore, I do not believe that the members of the Tribunal enjoy the appropriate level of independence to arrogate powers traditionally given to the judiciary to make legal determinations regarding the constitutional validity of legislation.

[101] Only two members are permanent, others are part-time members chosen on an *ad hoc* basis who receive *per diem* remuneration for their work on cases which they are assigned. They are appointed for a relatively short-term of three years renewable at the discretion of the Minister. Many are lay persons with no training in the law. I am unable to find that these features provide sufficient safeguards to conclude that the Tribunal is well suited for the task.

[102] Logic dictates that if Parliament is not ready to bestow upon the Tribunal the same guarantees as those given to Courts, it should not enjoy the same powers.

B. The Power of the Chairperson to Approve the Acting of a Tribunal Member After the Expiry of His/Her Appointment to Conclude a Matter

[103] The Tribunal's Vice-chairperson decision found that the recent amendments to the Act permit Tribunal members to conclude hearings without executive or legislative intervention and that this addresses the problem identified in the reasons of McGillis J. regarding security of tenure.

accrus qui découleraient de la possibilité pour les tribunaux des droits de la personne d'entendre des questions constitutionnelles mineraient, dans une large mesure, l'objectif principal poursuivi par la création de ces tribunaux, savoir le traitement efficace et diligent des plaintes en matière de droits de la personne⁴⁹.

[99] Ces facteurs sont tous présents en l'espèce; ils n'ont pas été écartés par la modification récente qui investit le tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit.

[100] D'ailleurs, je ne pense pas que les membres du tribunal jouissent d'un niveau d'indépendance tel qu'ils puissent s'arroger les pouvoirs traditionnellement dévolus à la magistrature pour tirer des conclusions de droit sur la validité constitutionnelle d'un texte de loi.

[101] Le tribunal ne compte que deux membres permanents; les autres sont des membres à temps partiel choisis au fil des affaires et recevant une rémunération journalière pour leur travail dans les dossiers auxquels ils sont affectés. Ils sont nommés pour un mandat relativement court de trois années, renouvelable à la discrétion du ministre. Beaucoup d'entre eux sont des profanes sans aucune formation juridique. Il m'est impossible de voir dans ces caractéristiques des garanties propres à permettre de conclure que le tribunal est bien à la hauteur de la tâche.

[102] La logique oblige à conclure que si le législateur n'est pas prêt à conférer au tribunal les mêmes garanties que celles dont jouissent les tribunaux judiciaires, il ne doit pas jouir des mêmes pouvoirs que ces derniers.

B. Le pouvoir du président de prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal pour qu'il puisse terminer une affaire dont il a été saisi en cours de mandat

[103] Le vice-président du tribunal conclut dans sa décision que les modifications récemment apportées à la Loi permettent aux membres du tribunal dont le mandat est expiré, de siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire sans intervention du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, et résolvent ainsi le problème qu'a

[104] The Tribunal's Vice-chairperson held that the requirement for the approval of the Chairperson under subsection 48.2(2) of the Act does not lead a right-minded, fully informed person to have an apprehension of bias as to the Chairperson's discretion. It can be assumed, according to the Tribunal's Vice-chairperson, that the Chairperson will not act arbitrarily or in bad faith and will allow a Tribunal member to complete the case: "[t]he exercise of this discretion implies good faith and the discretion must be exercised within the perspective of the legislation".⁵⁰

[105] Counsel for the applicant does not accept that this is a sufficient guarantee of security of tenure.

[106] The Supreme Court of Canada emphasized that the essence of security of tenure requires that the tenure of a decision-maker must not be subject to any form of interference that is discretionary or arbitrary:

Security of tenure, because of the importance traditionally attached to it, is the first of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. The essentials of such security are that a judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.⁵¹

[107] I agree with the applicant. The recent amendments to the Act addressed, but did not cure, the problem identified by McGillis J. respecting the tenuous nature of the security of tenure afforded to the Tribunal member where appointment expires during the course of a hearing. The Minister no longer has discretion to extend the appointment of the Tribunal member; it is now the Chairperson who has the power to approve the acting of the Tribunal member after expiry of his/her appointment to conclude a matter. This does not represent, in my view, an objective guarantee of security of tenure.

relevé M^{me} le juge McGillis pour ce qui est de l'inamovibilité.

[104] À son avis, la nécessité de l'agrément du président, prévu au paragraphe 48.2(2) de la Loi, ne doit susciter chez une personne sensée et pleinement informée, aucune crainte de partialité au sujet de ce pouvoir discrétionnaire du président. On peut présumer, dit-il, que le président n'agira pas de façon arbitraire ou de mauvaise foi et permettra à un membre du tribunal, dont le mandat est expiré, d'entendre jusqu'à la fin une affaire en cours: «L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire fait appel à la bonne foi et il doit être exercé tout en respectant le point de vue de la loi»⁵⁰.

[105] L'avocat de la demanderesse refuse d'y voir une garantie suffisante d'inamovibilité.

[106] Ainsi que l'a fait observer la Cour suprême du Canada, la condition essentielle de l'inamovibilité pose que la durée du mandat du décideur soit à l'abri de toute ingérence discrétionnaire ou arbitraire:

L'inamovibilité, de par son importance traditionnelle, est la première des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Les conditions essentielles de l'inamovibilité sont que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé la possibilité pleine et entière de se faire entendre. L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations⁵¹.

[107] Je partage l'avis de la demanderesse. Les modifications récemment apportées à la Loi touchent bien mais ne remédient pas aux problèmes relevés par M^{me} le juge McGillis quant au statut précaire du membre du tribunal dont le mandat expire en cours d'audition d'une affaire. Le ministre n'a plus le pouvoir discrétionnaire de prolonger le mandat du membre, c'est le président qui est maintenant habilité à donner son agrément pour que le membre continue à siéger jusqu'à la fin de l'affaire. Je n'y vois pas une garantie objective d'inamovibilité.

[108] In *Lippé*, for the purpose of defining judicial independence, the concept of “government” has not been limited to the executive or legislative branches but extends to any person that can exert pressure over other judges. Lamer C.J. said:

By “government”, in this context, I am referring to any person or body, which can exert pressure on the judiciary through authority under the state. This expansive definition encompasses, for example, the Canadian Judicial Council or any Bar Society. I would also include any person or body within the judiciary which has been granted some authority over other judges; for example, members of the Court must enjoy judicial independence and be able to exercise their judgment free from pressure or influence from the Chief Justice. [My emphasis.]⁵²

[109] The principle of institutional independence requires that a tribunal is structured to ensure that the members are independent. In the case at bar, the ability of a member to continue a case will depend on the discretion of the Chairperson. The difficulty is not necessarily in the manner in which the discretion is exercised but rather in the existence of the discretion itself. As stated by Lamer C.J., “[i]nstitutional independence and the discretion to provide for institutional independence (or not to so provide) are very different things. Independence premised on discretion is illusory”.⁵³

[110] In my opinion, given the high level of independence required, only an objective guarantee of security of tenure will give the necessary protection and afford the member the quietude needed to render a decision free of constraint.

[111] There exists no objective guarantee that the prospect of continuance of a Tribunal member’s duties after expiry of his or her appointment would not be adversely affected by any decisions, past or present, made by that member.

[112] An example of an objective guarantee of security of tenure is the one provided for members of the Competition Tribunal.⁵⁴

[108] Il a été jugé dans *Lippé* que dans la définition de l’indépendance du pouvoir judiciaire, «gouvernement» ne s’entend pas uniquement du pouvoir exécutif ou législatif, mais embrasse quiconque peut exercer des pressions sur d’autres juges. Le juge en chef Lamer a tiré la conclusion suivante à ce sujet:

Par l’expression «gouvernement», dans ce contexte, je veux dire toute personne ou tout organisme capable d’exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l’Etat. Cette large définition englobe, par exemple, le Conseil canadien de la magistrature et tout Barreau. J’inclus aussi toute personne ou tout organisme au sein de la magistrature investis de certains pouvoirs sur les juges; par exemple, les membres de la Cour doivent jouir de l’indépendance judiciaire et être en mesure d’exercer leur jugement sans faire l’objet de pression ou d’influence de la part du Juge en chef. [Non souligné dans l’original.]

[109] Le principe de l’indépendance institutionnelle pose que la structure organique du tribunal soit propre à garantir que ses membres sont indépendants. En l’espèce, la possibilité pour un membre de continuer à siéger jusqu’à la fin d’une affaire en cours est subordonnée à la décision discrétionnaire du président. Le problème ne réside pas tant dans le mode d’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, mais dans son existence même. Ainsi que l’a fait observer le juge en chef Lamer, «[l]’indépendance institutionnelle et le pouvoir discrétionnaire de prévoir cette indépendance (ou de ne pas la prévoir) sont deux choses bien distinctes. L’indépendance qui repose sur un pouvoir discrétionnaire n’est qu’illusoire»⁵³.

[110] Étant donné le haut degré d’indépendance requis dans ce domaine, j’estime que seule une garantie objective d’inamovibilité procurera la protection nécessaire et donnera au membre concerné la sérénité requise pour rendre une décision sans contrainte.

[111] Il n’y a en ce moment aucune garantie objective que les décisions rendues jusqu’alors par ce membre ne compromettent pas la possibilité pour celui-ci de continuer à siéger après l’expiration de son mandat.

[112] On peut trouver un exemple de garantie objective dans le statut des membres du tribunal de la concurrence⁵⁴:

5. (1) Each judicial member shall be appointed for a term not exceeding seven years and holds office so long as he remains a judge of the Federal Court.

(2) Each lay member shall be appointed for a term not exceeding seven years and holds office during good behaviour but may be removed by the Governor in Council for cause.

(3) A member of the Tribunal, on the expiration of a first or any subsequent term of office, is eligible to be re-appointed for a further term.

(4) A person may continue to act as a member of the Tribunal after the expiration of his term of appointment in respect of any matter in which he became engaged during the term of his appointment.

[113] It is important to remember that the requisite level of independence of the Tribunal is at the higher end of the spectrum, given its purely adjudicative role and its functions in relation to rights and interests which are quasi-constitutional in nature. It is therefore necessary for a Tribunal member to have an objective guarantee of security of tenure.

[114] Very few administrative tribunals require the same level of independence as the Canadian Human Rights Tribunal. It is doubtful that these tribunals would require a similar objective guarantee of security of tenure.

C. The Remuneration of Tribunal Members Provided by Governor in Council

[115] McGillis J. identified the financial security of Tribunal members as a problem that needed to be cured by legislative amendment. She found the Tribunal not to be institutionally independent because the Commission, a party in all proceedings before the Tribunal, had the power under the Act to fix the rate of pay of Tribunal members and would be involved in any negotiations regarding increases in the rate of pay.

[116] The Tribunal's Vice-chairperson found that the remuneration of Tribunal members which is now fixed by the Governor in Council, pursuant to subsection 48.6(1) of the amended Act, is acceptable.

5. (1) La durée maximale du mandat des juges est de sept ans et ceux-ci occupent leur poste aussi longtemps qu'ils demeurent juges de la Cour fédérale.

(2) La durée maximale du mandat des autres membres est de sept ans et ceux-ci occupent leur poste à titre inamovible, sous réserve de révocation motivée que prononce le gouverneur en conseil.

(3) Au terme de son premier mandat ou d'un mandat subséquent, un membre peut être nommé pour un autre mandat.

(4) Une personne peut, après l'expiration de son mandat, continuer à exercer les pouvoirs d'un membre du Tribunal à l'égard de toute question dont elle était saisie au cours de son mandat.

[113] Il est important de se rappeler que le degré d'indépendance requis du tribunal est au haut de l'échelle, vu son rôle purement juridictionnel et ses fonctions vis-à-vis des droits et des intérêts d'essence quasi constitutionnelle. Il est donc nécessaire que ses membres jouissent d'une garantie objective d'inamovibilité.

[114] Très peu de tribunaux administratifs sont tenus au même degré d'indépendance que le Tribunal canadien des droits de la personne. On peut douter qu'ils aient besoin de la même garantie objective d'inamovibilité.

C. La rémunération des membres du tribunal fixée par le gouverneur en conseil

[115] M^{me} le juge McGillis voyait dans la sécurité financière des membres du tribunal un défaut à redresser par voie de modification législative: le tribunal n'était pas organiquement indépendant parce que la Commission, qui est une partie à toutes les instances dont il est saisi, tenait de la Loi le pouvoir de fixer le taux de rémunération de ses membres et participait aux négociations sur l'augmentation de ce taux.

[116] Le vice-président du tribunal a conclu par la suite que la rémunération des membres du tribunal, qui est maintenant fixée par le gouverneur en conseil en application du nouveau paragraphe 48.6(1), est acceptable.

[117] Counsel for the applicant argues that the members of the Tribunal are remunerated on a *per diem* basis. They have no statutory guarantee of any particular level of remuneration. They will be required in practice to negotiate any increased remuneration in just the purely political manner found unacceptable by the Supreme Court in *Re Provincial Court Judges*⁵⁵ and in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*⁵⁶ The Act provides no guarantees against the ability of the Governor in Council, the very essence of the federal executive, to make use of his or her power to fix the Tribunal's members' remuneration in a manner which would impair the institutional independence of the Tribunal.

[118] Counsel for the respondents argues that the financial security of Tribunal members is no longer an issue since the rate of pay is now set by the Governor in Council pursuant to section 48.6 of the Act. The Commission no longer has the power to pass by-laws prescribing the rate of remuneration, travel and living expenses for Tribunal members. Counsel rely on *Valente*⁵⁷ for the proposition that the essence of financial security is the right to salary, not the level of remuneration.

[119] With respect to the concerns respecting negotiations between the Tribunal and the Governor in Council, Counsel for the respondents CTEA and CEP argues that the principles set out in *Re Provincial Court Judges*⁵⁸ are not applicable to administrative tribunals. Even if the decision of *Re Provincial Court Judges* was applicable, Counsel submits that the possibility that the Tribunal expresses its concerns to the Governor in Council about the level of remuneration would not constitute negotiations as that word was contemplated in *Re Provincial Court Judges*.

[120] I am of the opinion that the problem identified by McGillis J. related to the fact that the rate was fixed and negotiated with a litigant.

[121] The essence of financial security is that the right to salary of a decision-maker must be established

[117] L'avocat de la demanderesse relève que les membres du tribunal sont rémunérés à la journée, et ne jouissent d'aucune garantie légale d'un niveau quelconque de rémunération. Ils devront dans les faits négocier toute augmentation de rémunération dans le mode purement politique que la Cour suprême a jugé inacceptable dans *Renvoi: juges de la Cour provinciale*⁵⁵ et dans *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*⁵⁶. La Loi ne prévoit aucune protection contre la possibilité pour le gouverneur en conseil, qui est l'incarnation même du pouvoir exécutif fédéral, d'user de son pouvoir de fixation de la rémunération des membres du tribunal de façon à compromettre l'indépendance institutionnelle de ce dernier.

[118] L'avocat des défendeurs soutient que la sécurité financière des membres du tribunal n'est plus un sujet de controverse puisque le taux de rémunération est maintenant fixé par le gouverneur en conseil conformément à l'article 48.6 de la Loi. La Commission n'est plus habilitée à fixer, par voie de règlements administratifs, le taux de rémunération ainsi que les frais de déplacement et de séjour de ses membres. Il cite l'arrêt *Valente*⁵⁷ pour soutenir que la sécurité financière consiste essentiellement dans le droit à la rémunération, et non dans le niveau de cette rémunération.

[119] En ce qui concerne le problème tenant aux négociations entre le tribunal et le gouverneur en conseil, l'avocat des défendeurs ACET et SCEP soutient que les principes définis dans *Renvoi: juges de la Cour provinciale*⁵⁸ ne s'appliquent pas aux tribunaux administratifs. À même supposer que cette jurisprudence soit applicable, dit-il, la possibilité que le tribunal fasse part au gouverneur en conseil de ses préoccupations au sujet du niveau de rémunération n'équivaut pas à des négociations au sens de l'arrêt *Renvoi: juges de la Cour provinciale*.

[120] J'estime que le problème relevé par M^hc le juge McGillis tenait à ce que le taux était fixé et négocié avec une partie aux litiges dont connaît le tribunal.

[121] Le principe de sécurité financière pose essentiellement que le droit à la rémunération des personnes

by law and there must be no way in which the Executive could interfere with that right.⁵⁹

[122] In *Alex Couture Inc.*, the Québec Court of Appeal had to determine, amongst others, whether or not the setting of the remuneration of a lay member of the Competition Tribunal by the Governor in Council and the appraisal mechanism (administrative policy setting salary ranges and remuneration rates) constituted obstacles to the perception of independence and impartiality of the Tribunal. The Court concluded that it did not:

The second condition of judicial independence for the purposes of s. 11(d) of the Charter is financial security. The essence of this security, according to Le Dain J. in *Valente*, “is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the executive in a manner that could affect judicial independence” (at p. 184).

Le Dain J. added that although it may be theoretically preferable that judicial salaries should be fixed by the legislature rather than by the executive government and should be made a charge on the Consolidated Revenue Fund rather than requiring annual appropriation, he did not think that either of these features should be regarded as essential to the financial security that may be reasonably perceived as sufficient for independence under s. 11(d) of the Charter (at p. 185).

The *Competition Tribunal Act* provides that the lay members shall be paid such remuneration as may be fixed by the Governor in Council. They are entitled to be paid the travel allowances that a judge is entitled to be paid under the *Judges Act* and are deemed to be employed in the federal public service for the purposes of the *Government Employees Compensation Act* and regulations made under s. 9 of the *Aeronautics Act* (s. 6).

...

Unlike the trial judge who found that the fact that the setting of the lay members' remuneration by the Governor in Council and the appraisal mechanism for the lay members constituted obstacles to the perception of independence and impartiality of the tribunal, it appears to me that a reasonably well-informed person could not seriously fear that the lay members of the tribunal did not enjoy, during their appointment, the guarantee of financial security required for the purposes of s. 11(d) of the Charter.⁶⁰

exerçant des fonctions juridictionnelles soit fixé par un texte de loi et que l'exécutif ne puisse y toucher de quelque façon que ce soit⁵⁹.

[122] Dans *Alex Couture inc.*, la Cour d'appel du Québec devait examiner, entre autres, si la fixation de la rémunération des membres non-juges du Tribunal de la concurrence par le gouverneur en conseil et le mécanisme d'évaluation (c'est-à-dire la politique administrative de fixation des barèmes et des taux de rémunération) empêchaient de conclure à l'indépendance et à l'impartialité de ce tribunal. Elle a conclu qu'il n'en était rien:

La deuxième condition de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la charte est la sécurité financière. Cette sécurité consiste essentiellement, selon le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*, «en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire» (à la p. 704).

Le juge Le Dain a ajouté que bien qu'il puisse être théoriquement préférable que les traitements des juges soient fixés par le corps législatif, plutôt que par le pouvoir exécutif, et qu'ils grèvent le fonds du revenu consolidé, plutôt que d'exiger une affectation de crédit annuelle, il ne pensait pas que l'une ou l'autre de ces caractéristiques devait être considérée comme essentielle à la sécurité financière qui peut être raisonnablement perçue comme suffisante pour assurer l'indépendance au sens de l'al. 11d) de la charte (à la p. 706).

La *Loi sur le Tribunal de la concurrence* prévoit que les membres non-juges reçoivent la rémunération que fixe le gouverneur en conseil. Ils ont droit aux indemnités de déplacement auxquelles un juge a droit aux termes de la *Loi sur les juges* et sont réputés faire partie de l'administration publique fédérale pour l'application de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* et des règlements en application de l'article 9 de la *Loi sur l'aéronautique* (art. 6).

[. . .]

Contrairement à l'opinion du premier juge pour qui la détermination du traitement par le gouverneur en conseil et le mécanisme d'évaluation des membres non juges constituaient des obstacles à la perception d'indépendance et d'impartialité du Tribunal, il m'apparaît qu'une personne raisonnablement bien informée et renseignée ne saurait sérieusement craindre que les membres non juges du Tribunal ne jouissent pas, pendant la durée de leur mandat, de la garantie de sécurité financière requise aux fins de l'al. 11d) de la charte⁶⁰.

[123] It is preferable that salary be fixed by the legislature rather than by the executive government but it should not be regarded as essential to the financial security. It may be fixed by Governor in Council without giving rise to a reasonable apprehension of bias.

[124] The Tribunal's Vice-Chairperson was correct in deciding that the current method of remuneration of Tribunal members is acceptable. As I stated earlier, although the level of independence required is at the high end of the spectrum, some flexibility in applying the principles of institutional independence and impartiality to the Tribunal should be demonstrated.⁶¹

[125] I am satisfied that a reasonably well-informed person could not seriously fear that the Tribunal not enjoy that guarantee of financial security.

D. Disciplinary and Remedial Measures for the Vice-chairperson and Tribunal Members

[126] With respect to the disciplinary measures introduced by the amendments, the applicant submits that members will decide in a way not to displease the Chairperson.

[127] The Tribunal's Vice-chairperson was satisfied that the new disciplinary process which parallels the process in the *Judges Act*⁶² does not give use to an apprehension of bias. I am satisfied that the decision of the Tribunal's Vice-chairperson on this issue is correct.

DECISION

[128] I conclude that the Tribunal's Vice-chairperson erred in law and was not correct in determining that it was an institutionally independent and impartial body with respect to the power of the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal and the power of the Chairperson to approve the acting of a Tribunal member after the expiry of his/her appointment to conclude a matter.

[123] Il est préférable que la rémunération soit fixée par le législateur plutôt que par le pouvoir exécutif, mais il ne faut pas y voir une condition nécessaire de la sécurité financière. La rémunération peut être fixée par le gouverneur en conseil sans que cela donne lieu à une crainte raisonnable de partialité.

[124] Le vice-président du tribunal a eu raison de conclure que le mode actuel de rémunération des membres du tribunal est acceptable. Comme noté ci-dessus, bien que le niveau d'indépendance requis se situe au haut de l'échelle, il faut faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application, à l'égard du tribunal, des principes d'indépendance et d'impartialité institutionnelles⁶¹.

[125] Je conclus qu'une personne raisonnablement bien informée ne saurait sérieusement craindre que le tribunal ne jouisse pas de la garantie requise de sécurité financière.

D. Les mesures disciplinaires et correctives en place à l'égard du vice-président et des membres du tribunal

[126] L'avocat de la demanderesse soutient qu'à la suite de l'introduction des mesures disciplinaires par la récente modification de la Loi, les membres du tribunal veilleront à ne pas contrarier le président dans leurs décisions.

[127] Le vice-président a conclu que le nouveau régime disciplinaire, qui correspond à celui prévu dans la *Loi sur les juges*⁶², ne peut susciter une crainte de partialité. Je trouve cette conclusion fondée.

DÉCISION

[128] Je conclus que le vice-président du tribunal a commis une erreur de droit et a décidé à tort que le tribunal était une entité organiquement indépendante et impartiale, eu égard au pouvoir de la Commission d'émettre des directives qui le lient et au pouvoir du président de prolonger le mandat expiré d'un membre jusqu'à la conclusion de l'affaire dont celui-ci a été saisi en cours de mandat.

[129] The remedies sought by the applicant are pursuant to the common law and paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

[130] In *MacBain v. Lederman*,⁶³ the Federal Court of Appeal determined that, although the *Canadian Bill of Rights* does not expressly address the issue of remedies for failure to comply with its provisions, there can be no right without a remedy. In *MacBain* the Court declared the offending provisions to be inoperative with regard to the complaint against the appellant.

[131] The application for judicial review is allowed. The decision of the Tribunal's Vice-chairperson dated April 26, 1999 is quashed. There shall be no further proceedings on this matter until the problems identified in these reasons are corrected. Each party will bear its own costs.

[129] Les mesures de redressement recherchées par la demanderesse relèvent de la common law et de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

[130] Dans *MacBain c. Lederman*⁶³, la Cour d'appel fédérale, tout en relevant que la *Déclaration canadienne des droits* ne prévoyait pas expressément de recours en cas de violation de ses dispositions, a jugé qu'il ne saurait y avoir de droit sans voie de recours. Elle a déclaré les dispositions fautives inopérantes à l'égard de la plainte contre l'appellant.

[131] La Cour fait droit au recours en contrôle judiciaire, et annule la décision en date du 26 avril 1999 du vice-président du tribunal. Aucune nouvelle procédure ne sera engagée en l'espèce tant qu'il ne sera pas remédié aux vices relevés par les présents motifs. Chaque partie assumera ses propres frais et dépens.

¹ Applicant's application record, Vol. III, Tab 70; (26 April 1999), decision No. T503/2098 (C.H.R.T.) (hereinafter Tribunal's Vice-chairperson decision).

² R.S.C., 1985, c. H-6 (hereinafter Act).

³ R.S.C., 1985, App. III.

⁴ S. 49 of the Act, as amended by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66.

⁵ S. 40(4) of the Act, as amended by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62.

⁶ (1998), 143 F.T.R. 81 (F.C.T.D.) (hereinafter *Bell Canada* decision No. 1).

⁷ Application for judicial review discontinued in Court file No. T-1985-96.

⁸ Applicant's book of authorities, Schedule "B", Vol. 1, Tab 4 (hereinafter *Bell Canada* decision No. 2).

⁹ Respondent Canadian Telephone Employees Association's book of authorities, Appendix "A" and "B" of the memorandum of fact and law, Tab A-4 (hereinafter *Bell Canada* decision No. 3).

¹⁰ *Bell Canada* decision No. 1, *supra*, note 6.

¹¹ *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 (T.D.) (hereinafter *Bell Canada* decision No. 4).

¹² *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.) (hereinafter *Bell Canada* decision No. 5).

¹³ [1999] S.C.C.A. No. 1 (QL).

¹ Dossier de la demande de la demanderesse, vol. III, languette 70, décision n° T503/2098 du 26 avril 1999 (C.C.D.P.) (ci-après «décision du vice-président du tribunal»).

² L.R.C. (1985), ch. H-6 (ci-après la Loi).

³ L.R.C. (1985), app. III.

⁴ Art. 49 de la Loi, modifié par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 66.

⁵ Art. 40(4) de la Loi, modifié par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 62.

⁶ (1998), 143 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après décision *Bell Canada* n° 1).

⁷ *Bell Canada* s'est désistée par la suite de ce recours, dossier n° T-1985-96.

⁸ Cahier de la jurisprudence et de la doctrine compilé par la demanderesse, annexe «B», vol. 1, languette 4 (ci-après décision *Bell Canada* n° 2).

⁹ Cahier de la jurisprudence et de la doctrine compilé par la défenderesse Association canadienne des employés de téléphone, annexes «A» et «B» du mémoire des points de fait et de droit, languette A-4 (ci-après décision *Bell Canada* n° 3).

¹⁰ Décision *Bell Canada* n° 1, *supra*, note 6.

¹¹ *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244 (1^{re} inst.) (ci-après décision *Bell Canada* n° 4).

¹² *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.) (ci-après décision *Bell Canada* n° 5).

¹³ [1999] S.C.C.A. n° 1 (QL).

- ¹⁴ Tribunal's Vice-chairperson decision, *supra*, note 1.
- ¹⁵ *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association et al.* (1999), 246 N.R. 368 (F.C.A.), at pp. 369-370.
- ¹⁶ See, e.g. *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 585 (hereinafter *Mossop*).
- ¹⁷ *Bell Canada* decision No. 2, *supra*, note 8.
- ¹⁸ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11.
- ¹⁹ *Bell Canada* decision No. 3, *supra*, note 9.
- ²⁰ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11.
- ²¹ *Ibid.*
- ²² *Bell Canada* decision No. 5, *supra*, note 12.
- ²³ Tribunal's Vice-chairperson decision, *supra*, note 1.
- ²⁴ J. Sopinka, S. N. Lederman, A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Markham: Butterworths, 1999), at p. 1078.
- ²⁵ *Ibid.*, at pp. 1084-1085.
- ²⁶ [1997] 3 S.C.R. 3, at pp. 77-78 (hereinafter *Re Provincial Court Judges*).
- ²⁷ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11, at p. 301.
- ²⁸ *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 (hereinafter *Lippé*).
- ²⁹ *Ibid.*, at p. 140.
- ³⁰ [1978] 1 S.C.R. 369.
- ³¹ *Ibid.*, at p. 394.
- ³² *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 692 (hereinafter *Valente*); *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at pp. 961-962 (hereinafter *Régie des permis d'alcool du Québec*).
- ³³ *Régie des permis d'alcool du Québec*, *supra*, note 32.
- ³⁴ *Katz v. Vancouver Stock Exchange* (1995), 128 D.L.R. (4th) 424 (B.C.C.A.); aff'd [1996] 3 S.C.R. 405, at p. 406 (hereinafter *Vancouver Stock Exchange*).
- ³⁵ *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3 (hereinafter *Matsqui Indian Band*).
- ³⁶ *Vancouver Stock Exchange*, *supra*, note 34.
- ³⁷ *Régie des permis d'alcool du Québec*, *supra*, note 32.
- ³⁸ *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145.
- ³⁹ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11, at p. 305.
- ⁴⁰ P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1991), at pp. 391-393.
- ⁴¹ *Supra*, note 28.
- ⁴² (1998), 99 CLLC 145,021 (C.H.R.T.).
- ⁴³ *Ibid.*, at p. 145,028.
- ⁴⁴ S. 50(2) of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22.
- ⁴⁵ (1991), 48 F.T.R. 55 (F.C.T.D.), at p. 58, aff'd (4 December 1991), A-921-91 (F.C.A.).
- ⁴⁶ [1996] 3 S.C.R. 854 (hereinafter *Cooper*).
- ⁴⁷ [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- ⁴⁸ *Mossop*, *supra*, note 16.
- ¹⁴ Décision du vice-président du tribunal, *supra*, note 1.
- ¹⁵ *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone et al.* (1999), 246 N.R. 368 (C.A.F.), aux p. 369 et 370.
- ¹⁶ Voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 585 (ci-après *Mossop*).
- ¹⁷ Décision *Bell Canada* n° 2, *supra*, note 8.
- ¹⁸ Décision *Bell Canada* n° 4, *supra*, note 11.
- ¹⁹ Décision *Bell Canada* n° 3, *supra*, note 9.
- ²⁰ Décision *Bell Canada* n° 4, *supra*, note 11.
- ²¹ *Ibid.*
- ²² Décision *Bell Canada* n° 5, *supra*, note 12.
- ²³ Décision du vice-président du tribunal, *supra*, note 1.
- ²⁴ J. Sopinka, S. N. Lederman, A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. (Markham: Butterworths, 1999), à la p. 1078.
- ²⁵ *Ibid.*, aux p. 1084 et 1085.
- ²⁶ [1997] 3 R.C.S. 3, aux p. 77 et 78 (ci-après *Renvoi: juges de la Cour provinciale*).
- ²⁷ Décision *Bell Canada* n° 4, *supra*, note 11, à la p. 301.
- ²⁸ *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 (ci-après *Lippé*).
- ²⁹ *Ibid.*, à la p. 140.
- ³⁰ [1978] 1 R.C.S. 369.
- ³¹ *Ibid.*, à la p. 394.
- ³² *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 692 (ci-après *Valente*); *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, aux p. 961 et 962 (ci-après *Régie des permis d'alcool du Québec*).
- ³³ *Régie des permis d'alcool du Québec*, *supra*, note 32.
- ³⁴ *Katz v. Vancouver Stock Exchange* (1995), 128 D.L.R. (4th) 424 (C.A.C.-B.); conf. par [1996] 3 R.C.S. 405, à la p. 406 (ci-après *Vancouver Stock Exchange*).
- ³⁵ *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3 (ci-après *Bande indienne de Matsqui*).
- ³⁶ *Vancouver Stock Exchange*, *supra*, note 34.
- ³⁷ *Régie des permis d'alcool du Québec*, *supra*, note 32.
- ³⁸ *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145.
- ³⁹ Décision *Bell Canada* n° 4, *supra*, note 11, à la p. 305.
- ⁴⁰ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1990), aux p. 445 à 448.
- ⁴¹ *Supra*, note 28.
- ⁴² (1998), 99 CLLC 145,021 (T.C.D.P.).
- ⁴³ *Ibid.*, à la p. 145,028.
- ⁴⁴ Art. 50(2) de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22.
- ⁴⁵ (1991), 48 F.T.R. 55 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 58, conf. par (4 décembre 1991), A-921-91 (C.A.F.).
- ⁴⁶ [1996] 3 R.C.S. 854 (ci-après *Cooper*).
- ⁴⁷ Annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- ⁴⁸ *Mossop*, *supra*, note 16.

- ⁴⁹ *Cooper, supra*, note 46, at p. 897.
- ⁵⁰ Tribunal's Vice-chairperson decision, *supra*, note 1, at p. 8.
- ⁵¹ *Valente, supra*, note 32, at p. 675.
- ⁵² *Lippé, supra*, note 28, at p. 138.
- ⁵³ *Matsqui Indian Band, supra*, note 35, at p. 61.
- ⁵⁴ S. 5 of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19.
- ⁵⁵ *Re Provincial Court Judges, supra*, note 26.
- ⁵⁶ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11.
- ⁵⁷ *Valente, supra*, note 32.
- ⁵⁸ *Re Provincial Court Judges, supra*, note 26.
- ⁵⁹ *Valente, supra*, note 32, at p. 706.
- ⁶⁰ *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (Que. C.A.), at pp. 666-668, leave to appeal to S.C.C. refused (1991); 91 D.L.R. (4th) vii.
- ⁶¹ *Valente, supra*, note 32, at p. 692; *Régie des permis d'alcool du Québec, supra*, note 32, at pp. 961-962.
- ⁶² R.S.C., 1985, c. J-1.
- ⁶³ [1985] 1 F.C. 856 (C.A.).
- ⁴⁹ *Cooper, supra*, note 46, à la p. 897.
- ⁵⁰ Décision du vice-président du tribunal, *supra*, note 1, à la p. 8.
- ⁵¹ *Valente, supra*, note 32, à la p. 675.
- ⁵² *Lippé, supra*, note 28, à la p. 138.
- ⁵³ *Bande indienne de Matsqui, supra*, note 35, à la p. 61.
- ⁵⁴ Art. 5 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19.
- ⁵⁵ *Renvoi: juges de la Cour provinciale, supra*, note 26.
- ⁵⁶ Décision *Bell Canada* n^o 4, *supra*, note 11.
- ⁵⁷ *Valente, supra*, note 32.
- ⁵⁸ *Renvoi: juges de la Cour provinciale, supra*, note 26.
- ⁵⁹ *Valente, supra*, note 32, à la p. 706.
- ⁶⁰ *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (C.A. Qué.), aux p. 2599 à 2601, demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée; (1991), 91 D.L.R. (4th) vii.
- ⁶¹ *Valente, supra*, note 32, à la p. 692; *Régie des permis d'alcool du Québec, supra*, note 32, aux p. 961 et 962.
- ⁶² L.R.C. (1985), ch. J-1.
- ⁶³ [1985] 1 C.F. 856 (C.A.).