

T-1326-90

T-1326-90

**Canadian Human Rights Commission (Applicant)****Commission canadienne des droits de la personne (requérante)**

v.

a c.

**Robert W. Kerr, Elizabeth Leighton and Harish C. Jain, as members of the Canadian Human Rights Tribunal and Sydney Lederman, as President of the Human Rights Tribunal Panel (Respondents)**

**Robert W. Kerr, Elizabeth Leighton et Harish C. Jain, membres du Tribunal canadien des droits de la personne, et Sydney Lederman, président du Comité du tribunal des droits de la personne (intimés)**

and

et

**Her Majesty the Queen, Peter Cranston, Dennis Bisson, Paul Carson, Robert Caskie, Robert Graham, Leonard Murray, Harvey Powell, Donald Williams, John Woodley, Donald J. Allin, Gary Brown, Joe Czaja, William Devine, Pierre Laliberté, Marcel Laroche, William L. MacInnis, John Thrope, Lorne Vickers, Albert J. Chiasson, Charles L. Empey, Robert Bisson, Jacques H. Brulé, John G. Burke, Lyman H. Gilks, David Falardeau and John D. Squires (Mis en cause)**

**Sa Majesté la Reine, Peter Cranston, Dennis Bisson, Paul Carson, Robert Caskie, Robert Graham, Leonard Murray, Harvey Powell, Donald Williams, John Woodley, Donald J. Allin, Gary Brown, Joe Czaja, William Devine, Pierre Laliberté, Marcel Laroche, William L. MacInnis, John Thrope, Lorne Vickers, Albert J. Chiasson, Charles L. Empey, Robert Bisson, Jacques H. Brulé, John G. Burke, Lyman H. Gilks, David Falardeau et John D. Squires (mis en cause)**

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

*e RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. KERR (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, June 20 and July 11, 1990.

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 20 juin et 11 juillet 1990.

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Executive Flight Service transferred from Department of Transport to D.N.D. — Pilots laid off because average age exceeding mandatory retirement age in Queen's Regulations and Orders — Complaining to Canadian Human Rights Commission of discriminatory employment practice based on age — Chairman ruling constitutional validity of Q.R. & O. not properly before Tribunal as no prior notice of challenge — Chairman involved in organization providing funding for S.C.C. Charter challenge on mandatory retirement issue — Denying reasonable apprehension of bias as matter not before Tribunal — Commission arguing Chairman going too far in effort to counterbalance involvement with mandatory retirement issue — Situation such that Chairman might be suspected of "reverse bias" — Tribunal's decision vitiated where likelihood any member — and especially Chairman — participating in decision biased.*

*f Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Transfert du Service de vols d'affaires du ministère des Transports au ministère de la Défense nationale — Congédiement de pilotes dont l'âge moyen dépassait l'âge de la retraite obligatoire prescrit dans les Ordonnances et Règlements royaux — Dépôt auprès de la Commission canadienne des droits de la personne d'une plainte de discrimination dans l'emploi fondée sur l'âge — Le président a décidé que la question de la validité constitutionnelle des O.R.R. n'avait pas été dûment soumise au tribunal, en raison de l'absence de préavis de contestation — Le président a joué un rôle au sein d'une organisation qui a fourni des fonds aux fins d'un litige porté devant la C.S.C. et lié à la Charte et à la retraite obligatoire — La crainte raisonnable de partialité n'a pas été reconnue, étant donné que cette question n'a pas été soumise au tribunal — La Commission a soutenu que le président était allé trop loin dans les efforts qu'il a déployés pour contrebalancer son rôle dans le litige portant sur la retraite obligatoire — La situation était telle que le président pouvait être soupçonné de «partialité à rebours» — La décision du tribunal est viciée lorsqu'il est probable qu'un membre, et à plus forte raison le président, qui a pris part à la décision avait un préjugé.*

*Human rights — Pilots laid off when function transferred from Department of Transport to D.N.D. — Issue as to validity of Queen's Regulations and Orders stipulating mandatory retirement age raised just prior to commencement of Canadian Human Rights Tribunal hearing into complaint of*

*j Droits de la personne — Des pilotes ont été congédiés lorsque leur poste a été muté du ministère des Transports au ministère de la Défense nationale — La question de la validité des Ordonnances et Règlements royaux, qui prescrivent l'âge de retraite obligatoire, a été soulevée juste un peu avant le*

*discriminatory employment practice based on age — Chairman, who admitted involvement in organization providing funding for Charter challenge on mandatory retirement issue, holding issue not properly before Tribunal as no prior notice — Tribunal's decision set aside as reasonable apprehension of bias — Canadian Human Rights Act, s. 53 limiting Tribunal's jurisdiction to deciding merits "at conclusion of inquiry" — Denial of right to argue Regulations not meeting requirements of s. 15(b) effectively dismissing complaints of eleven pilots over age 55.*

*début de l'audience du tribunal canadien des droits de la personne au sujet de la plainte de discrimination dans l'emploi fondée sur l'âge — Le président, qui a admis avoir joué un rôle au sein d'une organisation qui a fourni des fonds aux fins d'un litige portant sur la Charte et la retraite obligatoire, a décidé que la question n'avait pas été dûment soumise au tribunal, en raison de l'absence de préavis — La décision du tribunal a été infirmée, en raison de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité — Selon l'art. 53 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, la compétence du tribunal se limite à statuer sur le bien-fondé d'un litige «à l'issue de son enquête» — Le refus du droit de soutenir que les Règlements ne respectent pas les exigences de l'art. 15(b) a eu pour effet de rejeter les plaintes de onze pilotes âgés de plus de 55 ans.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 7(a), 10, 15(b), 40(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 62), 53.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 3, 7a), 10, 15b), 40(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 62), 53.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*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; *Gariepy v. Canada (Administrator of Federal Court)*, [1989] 2 F.C. 353; (1988), 24 F.T.R. 216 (T.D.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*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; *Gariepy c. Canada (Administrateur de la Cour fédérale)*, [1989] 2 C.F. 353; (1988), 24 F.T.R. 216 (1<sup>re</sup> inst.).

##### REFERRED TO:

*Weimer v. Symons et al.* (1987), 57 Sask. R. 155; 25 Admin. L.R. 111 (Q.B.); *International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27; 48 W.W.R. 15 (B.C.C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Weimer v. Symons et al.* (1987), 57 Sask. R. 155; 25 Admin. L.R. 111 (B.R.); *International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27; 48 W.W.R. 15 (C.A.C.-B.).

#### COUNSEL:

*René Duval* for applicant.  
No one appearing for respondents.  
*Brian Evernden* for mis en cause.

#### AVOCATS:

*René Duval* pour la requérante.  
Personne n'a comparu pour les intimés.  
*Brian Evernden* pour les mis en cause.

#### SOLICITORS:

*Senior Legal Counsel, Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for applicant.

#### PROCUREURS:

*Conseiller juridique principal, Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour la requérante.

No solicitors of record for respondents.

*Deputy Attorney General of Canada* for mis en cause.

Aucun procureur au dossier pour les intimés.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les mis en cause.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

DUBÉ J.: The issue to be resolved in this matter is whether the October 11, 1989 decision of the Canadian Human Rights Tribunal ("the Tribunal") constitutes reviewable error justifying the granting of *certiorari* or prohibition in that it gave rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the Tribunal Chairperson and, through his influence, the other Tribunal members.

Peter Cranston, one of the complainants affected by the Tribunal's decision, was a pilot for the Executive Flight Service ("the Service") operated by the Department of Transport, from 1966 to June 30, 1986. All members of the Service were laid off as of the latter date as a result of its transfer to the Department of National Defence ("the Department"). They were informed there was no possibility of their transfer to the Department because the average age of the pilots was above the age acceptable to the Department.

At the time of the lay-offs, the mean age of the pilots was 51. Cranston was 58; ten of the other complainants were over 55. The military's mandatory retirement age of 55 is stipulated in paragraphs 15.17 and 15.31 of the Queen's Regulations and Orders.<sup>1</sup>

In November and December 1985, the pilots filed complaints with the Canadian Human Rights Commission ("the Commission") alleging discrimination in employment based on age, contrary to subsection 3(1) and paragraph 7(a) and section 10 of the *Canadian Human Rights Act*<sup>2</sup> ("the Act") which read:

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

<sup>1</sup> 1968 revision, issued under the authority of the *National Defence Act*.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

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

LE JUGE DUBÉ: Il s'agit de savoir si la décision que le tribunal canadien des droits de la personne («le tribunal») a rendue le 11 octobre 1989 constitue une erreur révisable justifiant la délivrance d'un bref de *certiorari* ou de prohibition, pour le motif qu'elle a soulevé une crainte raisonnable de partialité de la part du président du tribunal et, en raison de l'influence de celui-ci, de la part des autres membres du tribunal.

Peter Cranston, un des plaignants touchés par la décision du tribunal, était pilote pour le Service de vols d'affaires («le Service») que le ministère des Transports a exploité de 1966 jusqu'au 30 juin 1986, date à laquelle tous les membres du Service ont été congédiés à la suite du transfert dudit Service au ministère de la Défense nationale («le ministère»). Les plaignants ont été avisés qu'ils ne pouvaient être mutés au ministère, parce que l'âge moyen des pilotes dépassait l'âge acceptable pour celui-ci.

À la date des congédiements, l'âge moyen des pilotes était de 51 ans. Cranston était âgé de 58 ans et dix des autres plaignants étaient âgés de plus de 55 ans. L'âge de retraite obligatoire des militaires est de 55 ans, conformément aux paragraphes 15.17 et 15.31 des Ordonnances et Règlements royaux<sup>1</sup>.

En novembre et décembre 1985, les pilotes ont déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne («la Commission») des plaintes de discrimination dans l'emploi fondée sur l'âge, laquelle discrimination est contraire au paragraphe 3(1) et à l'alinéa 7a) et à l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>2</sup> («la Loi»), qui se lisent comme suit:

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

<sup>1</sup> Révision de 1968, publiée sous l'autorité de la *Loi sur la défense nationale*.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. H-6.

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

The hearings before the Tribunal culminating in the decision giving rise to this motion took place in May and October 1989. The transcript of proceedings shows that the arguments and objections leading up to this decision by the Chairman were at times untidy and chaotic. Although counsel for the Commission was well aware at the outset of the Department's intention to use as a defence the military's mandatory retirement age of 55, it was not until shortly prior to the commencement of the actual hearings that he advanced his challenge to the constitutional validity of the above-cited Queen's Regulations and Orders. After much debate the Chairman, the respondent Robert W. Kerr, ruled that the validity of the mandatory retirement age in the Canadian Forces was not properly before the Tribunal as there had been no prior notice, and that it was not apparent from the complaints that the interpretation of paragraph 15(b) of the Act would have to be addressed. The paragraph reads:

15. It is not a discriminatory practice if

(b) employment of an individual is refused or terminated because that individual has not reached the minimum age, or has reached the maximum age, that applies to that employment by law or under regulations, which may be made by the Governor in Council for the purposes of this paragraph.

Earlier, at the outset of the hearings, during the course of a meeting in chambers, Chairman Kerr had informed counsel of his involvement in an

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

a

10. Constitue un acte de discrimination, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale:

b

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

c

Les audiences qui ont été tenues devant le tribunal et qui ont abouti à la décision visée par la présente requête ont eu lieu en mai et octobre 1989. Une lecture de la transcription et des actes de procédure indique que les arguments et les objections qui ont mené à la décision du président étaient parfois confus et chaotiques. Même si l'avocat de la Commission était bien au courant, dès le départ, de l'intention du ministre d'invoquer comme moyen de défense l'âge de retraite obligatoire de 55 ans des militaires, ce n'est que peu avant le début des audiences proprement dites qu'il a soulevé l'invalidité constitutionnelle des Ordonnances et Règlements royaux susmentionnés. Après un long débat, le président, en l'occurrence, Robert W. Kerr (un des intimés), a décidé que la validité de l'âge de retraite obligatoire dans les Forces canadiennes n'avait pas été soulevée en bonne et due forme devant le Tribunal, puisque cette question n'avait pas fait l'objet d'un avis préalable et qu'il n'était pas évident, à la lumière des plaintes, que le tribunal serait appelé à interpréter l'alinéa 15b) de la Loi, dont le libellé est le suivant:

d

e

f

g

h

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

i

b) le fait de refuser ou de cesser d'employer un individu qui n'a pas atteint l'âge minimal ou qui a atteint l'âge maximal prévu, dans l'un ou l'autre cas, pour l'emploi en question par la loi ou les règlements que peut prendre le gouverneur en conseil pour l'application du présent alinéa;

j

Plus tôt, au début des audiences, au cours d'une réunion en chambre, le président Kerr avait avisé les avocats de son rôle au sein d'une organisation

organization providing major funding for a Charter challenge before the Supreme Court of Canada on the issue of mandatory retirement.

Following the above ruling, counsel for the Commission requested an adjournment to consult with the Commission as, in his view, the Chairman's denial of his right to challenge the validity of the above Regulations effectively annihilated the cases of the eleven complainants who had been over 55 at the time of the lay-offs.

In January 1990, prior to the filing of the instant motion, the Tribunal reconvened in order to consider the Commission's offer of the opportunity for Mr. Kerr to resign. The Tribunal was presented with Cranston's affidavit in which he stated his belief (paragraphs 52 to 56) that the Tribunal's ruling was the result of the Chairperson's "uneasiness with issues relating to age limitations" because of his involvement in the Charter challenge before the Supreme Court of Canada.

The Commission's position is that Chairman Kerr had bent over backwards in an effort to counterbalance his involvement with the mandatory retirement issue: he had gone too far in the opposite direction.

The Chairman admitted (at page 221 of the motion record) that "if the issue of mandatory retirement were before this Tribunal it might well be a situation where a reasonable apprehension of bias would arise, given the Chair's involvement with respect to that issue in another forum". But, the Chairman continued (at pages 221-222):

... because there was no indication in the complaints ... that the issue of mandatory retirement was involved, it never occurred to me as Chair that any question of possible bias arose, until the exchange of correspondence between counsel in the spring of 1989, when Mr. Duval for the first time made reference to the issue ... I drew this matter to the attention of counsel at the beginning of the May hearing ... At that time counsel for [the Commission] raised no argument based on possible bias ... If the Tribunal decides the issue is properly before it, it must then, of course, decide whether to disqualify itself ... The mandatory retirement issue did, we accept, arise naturally out of the case ... The problem being that it arose very late in the proceedings: too late, in our view, for fairness to

qui fournit un financement important aux fins d'un litige lié à la Charte et à la retraite obligatoire et porté devant la Cour suprême du Canada.

a Après la décision susmentionnée, l'avocat de la Commission a demandé un ajournement afin de consulter la Commission, étant donné que, à son avis, en lui refusant le droit de contester la validité des Règlements susmentionnés, le président a annihilé à toutes fins pratiques les causes des onze plaignants qui étaient âgés de plus de 55 ans au moment des congédiements.

c En janvier 1990, avant le dépôt de la présente requête, le tribunal a tenu une autre réunion pour déterminer s'il était souhaitable de proposer à M. Kerr de démissionner, suivant l'offre de la Commission. On a présenté au tribunal l'affidavit de Cranston dans lequel ce dernier a déclaré être convaincu (paragraphes 52 à 56) que la décision du tribunal découlait de la [TRADUCTION] «gêne du président face aux questions concernant les limites d'âge», en raison de son rôle dans le litige lié à la Charte et porté devant la Cour suprême du Canada.

f De l'avis de la Commission, le président Kerr avait fait de son mieux pour contrebalancer son rôle dans le litige concernant la retraite obligatoire: il était allé trop loin dans la direction opposée.

h Le président a admis (à la page 221 du dossier de la requête) que [TRADUCTION] «si la question de la retraite obligatoire était soulevée devant notre tribunal, il pourrait bien s'agir d'un cas où une crainte raisonnable de partialité existerait, compte tenu du rôle du président dans un litige porté devant une autre tribune et lié à cette question». Cependant, le président a poursuivi en ces termes (aux pages 221 et 222):

i [TRADUCTION] ... comme il n'était nullement indiqué dans les plaintes ... que la question de la retraite obligatoire était soulevée, je n'ai jamais pensé, comme président, qu'une question de partialité pouvait être soulevée, avant l'échange de correspondance entre les avocats au printemps de 1989, lorsque M<sup>e</sup> Duval a fait allusion à cette question pour la première fois ... J'ai souligné cette question aux avocats au début de l'audience tenue en mai ... L'avocat [de la Commission] n'a alors soulevé aucun argument concernant la partialité possible ... Si le tribunal décide que la question est dûment soulevée devant lui, il lui faudra évidemment déterminer s'il doit se déclarer inhabile à statuer sur le litige ... Nous reconnaissons que la question de la retraite obligatoire découlait naturellement de la

allow it to be considered, which is the basis for our preliminary ruling.

It appears that in a 1989 case involving VIA Rail's mandatory retirement policy, representations were made to the effect that Chairman Kerr had been personally involved with the issue of mandatory retirement and that a reasonable apprehension of bias arose therefrom. At that time, Kerr resigned his appointment.

The classic test for determining the apprehension of bias is the one enunciated by Mr. Justice de Grandpré in his dissenting judgment in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*<sup>3</sup> (at page 394):

The proper test to be applied in a matter of this type was correctly expressed by the Court of Appeal. As already seen by the quotation above, 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. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

More recently, in *Gariepy v. Canada (Administrator of Federal Court)*,<sup>4</sup> I had to apply that test to the presence on a selection board of a chairman who had discussed the substance of a pending court action between the two parties. I found there was a reasonable apprehension of bias on the part of the chairman against the plaintiff. I said (at page 361):

The plaintiff does have valid grounds for harbouring a reasonable apprehension of bias. A realistic view of the situation by any reasonable person must be that the Chairman of the Selection Board is more likely than not, consciously or unconsciously, to be biased *vis-à-vis* the candidacy of the plaintiff.

In the present case, I also find that there are valid grounds to sustain a reasonable apprehension of bias in the minds of the complainants. It is apparent that a situation had been created in which the Chairman might be suspected of what I would call a "reverse bias". As mentioned earlier,

cause . . . Le problème, c'est que cette question a été soulevée très tard dans le déroulement du litige, trop tard, à notre avis, pour que l'équité nous permette de l'examiner; c'est ce qui constitue le fondement de notre décision préliminaire.

Apparemment, dans un cas de 1989 concernant la politique de VIA Rail sur la retraite obligatoire, on a soutenu que le président Kerr avait lui-même examiné la question de la retraite obligatoire et qu'une crainte raisonnable de partialité découlait de cette situation antérieure. À cette époque, Kerr s'était retiré.

Le critère classique à appliquer à l'égard de la crainte de partialité est celui qu'a énoncé le juge de Grandpré dans le jugement dissident qu'il a rendu dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie*<sup>3</sup> (à la page 394):

La Cour d'appel a défini avec justesse le critère applicable dans une affaire de ce genre. Selon le passage précité, 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. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Plus récemment, dans *Gariepy c. Canada (Administrateur de la Cour fédérale)*<sup>4</sup>, j'ai dû appliquer ce critère à l'égard de la présence, au sein d'un comité de sélection, d'un président qui avait examiné le fond d'une action judiciaire en cours entre les deux parties. J'ai jugé que l'on pouvait craindre raisonnablement que le président se montre partial à l'endroit du demandeur. Voici ce que j'ai dit (à la page 361):

Le demandeur a effectivement des motifs valables de nourrir une crainte raisonnable de partialité. Toute personne raisonnable regardant la situation de façon réaliste se rendrait compte qu'il est plus que probable que, consciemment ou non, le président du comité de sélection est prévenu contre la candidature du demandeur.

Dans la présente affaire, je suis également d'avis que les plaignants ont des motifs valables de nourrir une crainte de partialité. Il est évident qu'on a créé une situation dans laquelle le président pourrait être soupçonné de ce que j'appellerais la «partialité à rebours». Comme je l'ai déjà mentionné,

<sup>3</sup> [1978] 1 S.C.R. 369.

<sup>4</sup> [1989] 2 F.C. 353 (T.D.).

<sup>3</sup> [1978] 1 R.C.S. 369.

<sup>4</sup> [1989] 2 C.F. 353 (1<sup>re</sup> inst.).

in a somewhat similar situation involving VIA Rail complainants, Chairman Kerr resigned without hesitation. In this instance, he admits himself that “if the issue of mandatory retirement were before this Tribunal it might well be a situation where a reasonable apprehension of bias would arise”.

The Chairman seemed to think that he could not be suspected of bias in the instant proceedings merely because the issue of mandatory retirement was not raised at the proper time. Obviously, that cannot be the applicable criterion. Again, the test is whether or not the complainants, who are informed persons — they know about mandatory retirement, they claim they are victims of that requirement and they know that the Chairman was involved, albeit on their side, in similar matters before the Supreme Court of Canada — could realistically and practically conclude that Mr. Kerr, consciously or unconsciously, was bending over backwards, to their detriment, so as to show his impartiality in the matter.

A reading of the transcript shows that in the course of the proceedings the Chairman elected a very legalistic approach to extricate himself from the corner into which he had boxed himself. It is very likely that if the issue of mandatory retirement had been raised by the Commission at the outset, the Chairman would have acted in this case exactly as he did in the VIA Rail case. The mere fact that the issue arose later on in the hearing is not a valid defence against an application for judicial review on the basis of reasonable apprehension of bias.

No reasonable apprehension of bias has been raised directly against the other members of the Tribunal, but the jurisprudence is clearly to the effect that the decision of a Tribunal consisting of more than one member will be vitiated if the circumstances establish a likelihood that any member, and more particularly the Chairman, participating in the decision is biased in favour of or against one of the parties.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> See *Weimer v. Symons et al.* (1987), 57 Sask. R. 155 (Q.B.), at p. 160 and *International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (B.C.C.A.).

dans une situation assez semblable concernant des plaintes portées contre VIA Rail, le président Kerr s'est retiré sans hésiter. En l'espèce, il a admis lui-même que [TRADUCTION] «si la question de la retraite obligatoire était soulevée devant notre tribunal, il pourrait bien s'agir d'un cas où une crainte raisonnable de partialité existerait».

Le président semblait croire qu'il ne pouvait être soupçonné de partialité en l'espèce simplement parce que la question de la retraite obligatoire n'a pas été soulevée au moment approprié. De toute évidence, ce n'est pas là le critère applicable. Encore une fois, le critère est celui de savoir si les plaignants, qui sont des personnes informées (ils sont au courant de la retraite obligatoire, ils soutiennent être victimes de cette exigence et ils savent que le président a joué un rôle, bien que favorable à leur position, dans un litige semblable porté devant la Cour suprême du Canada), pourraient conclure de façon réaliste que M. Kerr, consciemment ou non, faisait de son mieux, à leur détriment, pour démontrer son impartialité dans la cause.

Une lecture de la transcription indique que, au cours de l'audience, le président a adopté un raisonnement très formaliste pour se tirer de la situation difficile dans laquelle il s'était placé. Il est fort probable que, si la Commission avait soulevé la question de la retraite obligatoire dès le début, le président aurait agi en l'espèce exactement comme il l'a fait dans l'affaire VIA Rail. Le simple fait que la question a été soulevée plus tard au cours de l'audience n'est pas un moyen de défense valable opposable à une demande de contrôle judiciaire fondée sur une crainte raisonnable de partialité.

Aucune crainte raisonnable de partialité n'a été soulevée directement contre les autres membres du tribunal, mais la jurisprudence indique clairement que la décision d'un tribunal composé de plusieurs membres sera viciée si les circonstances indiquent qu'il est probable qu'un membre, et à plus forte raison le président, ayant pris part à la décision a un préjugé en faveur ou à l'encontre d'une des parties<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Voir *Weimer v. Symons et al.* (1987), 57 Sask. R. 155 (B.R.), à la p. 160 et *International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (C.A.C.-B.).

Moreover, pursuant to section 53 of the *Canadian Human Rights Act*, the Tribunal's jurisdiction is limited to deciding the merits of the complaint "at the conclusion of its inquiry". The Tribunal's decision of October 11, 1989 denying counsel for the Commission the right to argue that the Department's regulations do not meet the requirements of paragraph 15(b) of the Act, did in fact settle the fate of the eleven complainants over the age of 55. Again, had that argument been made by the Commission at the complaint stage, rather than much later in the proceedings, the present situation might have been avoided. A new hearing will afford all parties concerned the opportunity for a clean start.

Counsel for the respondents, who forcefully denied any bias on the part of the Chairman, suggested that if I should find in favour of the applicant and the complainants, I might sever the proceedings under subsection 40(4) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62] of the Act and allow the proceedings to continue with reference to the complainants who are under the age of 55. I have seriously considered that proposal, but find it impractical and possibly unfair to some of the complainants who are not yet 55 but will be in the near future: the difficulty is to draw a line without creating any injustice.

Consequently, I will allow the motion and quash the decision rendered by the Canadian Human Rights Tribunal on October 11, 1989. I also order the respondent Sydney Lederman to appoint a new Tribunal to hear the complaints. The notice of motion seeks no costs and none will be awarded.

En outre, conformément à l'article 53 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la compétence du tribunal se limite à déterminer le bien-fondé de la plainte «à l'issue de son enquête». La décision qu'a rendue le tribunal le 11 octobre 1989 et qui a eu pour effet de refuser à l'avocat de la Commission le droit de soutenir que les règlements du ministère ne respectent pas les exigences de l'alinéa 15b) de la Loi a effectivement réglé le sort des onze plaignants âgés de plus de 55 ans. Encore une fois, si la Commission avait soulevé cet argument lors du dépôt de la plainte au lieu d'attendre comme elle l'a fait, la situation actuelle aurait pu être évitée. Une nouvelle audience permettra à toutes les parties concernées de recommencer à neuf.

L'avocat des intimés, qui a nié énergiquement toute partialité de la part du président, a indiqué que, si je rendais une décision en faveur de la requérante et des plaignants, je pourrais séparer les procédures conformément au paragraphe 40(4) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 62] de la Loi et permettre la poursuite du débat dans le cas des plaignants âgés de moins de 55 ans. J'ai examiné cette proposition avec soin, mais je suis d'avis qu'elle n'est pas pratique et qu'elle est peut-être injuste pour certains des plaignants qui ne sont pas encore âgés de 55 ans, mais qui le seront sous peu; il est difficile de tirer une ligne sans créer d'injustice.

En conséquence, j'accorde la requête et j'annule la décision que le tribunal canadien des droits de la personne a rendue le 11 octobre 1989. J'ordonne également à l'intimé Sydney Lederman de nommer un nouveau tribunal pour statuer sur les plaintes. Comme il n'y a pas de demande de dépens dans l'avis de requête, aucuns dépens ne seront adjugés.