

A-796-85

A-796-85

**In re the jurisdiction of a Human Rights Tribunal to continue its inquiry and in re a complaint of Local 916 of the Energy and Chemical Workers' Union dated April 27, 1979, filed pursuant to section 11 of the *Canadian Human Rights Act* (S.C. 1976-77, c. 33 as amended) against Atomic Energy of Canada Limited**

Court of Appeal, Pratte, Marceau and MacGuigan JJ.—Ottawa, December 5 and 23, 1985.

*Human rights — Whether jurisdiction in Human Rights Tribunal to continue inquiry into discrimination complaint in view of recent Federal Court of Appeal decision in MacBain declaring Canadian Human Rights Act s. 39(1) and (5) inoperative on ground adjudicative structure of Act raising reasonable apprehension of bias — Whether bias found in MacBain so fundamental as to create total lack of jurisdiction — Courts not approaching issues of bias in terms of jurisdiction — Effect of express and implied waiver, before Tribunal, of right to challenge jurisdiction of Tribunal by party now invoking such right — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 35, 36(3), 39(1),(5), 41(1) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 2(c),(e),(f),(g) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(4).*

*Jurisdiction — Human Rights Tribunal — Effect on jurisdiction of Tribunal of recent Federal Court of Appeal decision in MacBain declaring Canadian Human Rights Act s. 39(1) and (5) inoperative on ground adjudicative structure of Act raising reasonable apprehension of bias — Whether Tribunal lacking jurisdiction ab initio — Whether bias found in MacBain so fundamental as to create total lack of jurisdiction — Courts not approaching issues of bias in terms of jurisdiction — Party who expressly and impliedly waived, before Tribunal, right to challenge jurisdiction of Tribunal, cannot now invoke such right — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 35, 36(3), 39(1),(5), 41(1).*

*Bill of Rights — Impartial hearing in accordance with principles of natural justice — Effect on jurisdiction of Human Rights Tribunal of recent Federal Court of Appeal decision in MacBain declaring Canadian Human Rights Act s. 39(1) and (5) inoperative on ground adjudicative structure of Act raising reasonable apprehension of bias — Nature of Bill of Rights s. 2(e) — Nature of declaration of inoperability under Bill of Rights — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 35, 36(3), 39(1),(5), 41(1) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 2(c),(e),(f),(g).*

**Affaire intéressant la compétence d'un tribunal des droits de la personne pour continuer son enquête et la plainte de la section locale 916 du Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie en date du 27 avril 1979 présentée en vertu de l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (S.C. 1976-77, chap. 33 et modifications) contre Énergie atomique du Canada Limitée**

Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et MacGuigan—Ottawa, 5 et 23 décembre 1985.

*Droits de la personne — Le Tribunal des droits de la personne a-t-il compétence pour continuer son enquête relative à la plainte de discrimination compte tenu de la décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt MacBain qui a déclaré que l'art. 39(1) et (5) était inopérant parce que la structure décisionnelle de la Loi soulevait une crainte raisonnable de partialité? — La partialité trouvée dans l'arrêt MacBain était-elle tellement fondamentale qu'elle créait une absence totale de compétence? — Les tribunaux n'ont pas examiné les questions de partialité en termes de compétence — L'effet de la renonciation expresse et implicite, devant le Tribunal, du droit de contester la compétence du Tribunal, par la partie qui invoque maintenant un tel droit — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 35, 36(3), 39(1),(5), 41(1) — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 2(c),e),f),g) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28(4).*

*Compétence — Tribunal des droits de la personne — Effet sur la compétence du Tribunal des droits de la personne de la décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt MacBain qui a déclaré que l'art. 39(1) et (5) de la Loi canadienne sur les droits de la personne était inopérant parce que la structure décisionnelle de la Loi soulevait une crainte raisonnable de partialité — Le Tribunal est-il sans compétence dès le début? — La partialité trouvée dans l'arrêt MacBain était-elle tellement fondamentale qu'elle créait une absence totale de compétence? — Les tribunaux n'ont pas examiné les questions de partialité en termes de compétence — La partie qui renonce expressément et implicitement devant le Tribunal, au droit de contester la compétence du Tribunal, ne peut maintenant invoquer un tel droit — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 35, 36(3), 39(1),(5), 41(1).*

*Déclaration des droits — Audition impartiale conforme aux principes de justice naturelle — Effet sur la compétence du Tribunal des droits de la personne de la décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt MacBain qui a déclaré que l'art. 39(1) et (5) de la Loi canadienne sur les droits de la personne était inopérant parce que la structure décisionnelle de la Loi soulevait une crainte raisonnable de partialité — Nature de l'art. 2(e) de la Déclaration des droits — Nature de la déclaration qu'une loi est inopérante en vertu de la Déclaration des droits — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 35, 36(3), 39(1),(5), 41(1) — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 2(c),e),f),g).*

A complaint filed before the Canadian Human Rights Commission ("the Commission") by Local 916 of the Energy and Chemical Workers' Union against Atomic Energy of Canada Limited ("AECL") for alleged discrimination was being inquired into by a Human Rights Tribunal when this Court's decision in *MacBain* was handed down. That case having decided that subsections 39(1) and (5) of the *Canadian Human Rights Act* (where an essential part of the adjudicative powers of the Commission is provided for) were inoperative in so far as the complaint therein was concerned, a majority of the Tribunal in the present case ordered a reference to this Court under subsection 28(4) of the *Federal Court Act* to determine whether the Tribunal had jurisdiction to continue its inquiry.

Unlike the appellant/applicant in *MacBain* who alleged bias even before the first meeting of the Tribunal, AECL both expressly and impliedly waived its right to challenge the jurisdiction of the Tribunal here. While admitting that, at common law, even an implied waiver of objection to an adjudicator at the initial stages is sufficient to invalidate a later objection, AECL argued that the bias here was so fundamental as to create a total lack of jurisdiction.

AECL argued that in *MacBain*, the Court found that the Act gave rise to a reasonable apprehension of bias both as to the "double" substantiation it required and as to the appointment of the Tribunal by the Commission which is required to act as a prosecutor before it; that both defects rendered the scheme of the Act inherently biased in its adjudicative structure; that despite the Court's attempt to limit the inoperability of the statute to that complaint, logic dictated that, in all cases, Tribunals set up under the Act were lacking in jurisdiction *ab initio*; and finally, that such want of jurisdiction was incapable of being cured by waiver.

*Held*, the answer to the question should be yes, the Tribunal has jurisdiction to continue its inquiry.

*Per* MacGuigan J.: It was established by the Supreme Court of Canada in *Law Society of Upper Canada v. French*, where the Bill of Rights was not invoked, that bias which would otherwise render proceedings contrary to natural justice may be authorized by legislation. In *MacBain* the statutory authority for the Commission to act as it did was express, and, apart from the Bill of Rights, would certainly have precluded any challenge based on reasonable apprehension of bias.

While the Bill of Rights was successfully invoked in *MacBain*, the result here is different. The protection afforded by the Bill of Rights from infringement by federal statute has been held not to avail a person who does not initially invoke his rights thereunder. The courts have not approached issues of bias in terms of jurisdiction at all even though, in logic, it may be said that "in principle, all *ultra vires* administrative actions are void, not voidable, and there are no degrees of invalidity". Perhaps the courts have been restrained by concern about the practical consequences of an overly rigid application of logic. In the final analysis, the *MacBain* decision can apply only where

Au moment où la décision de cette Cour dans l'arrêt *MacBain* a été rendue, le Tribunal des droits de la personne examinait une plainte de discrimination déposée devant la Commission canadienne des droits de la personne («la Commission») par la section locale 916 du Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie contre Énergie atomique du Canada Limitée («EACL»). Cet arrêt ayant décidé que les paragraphes 39(1) et (5) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (dans laquelle on prévoit une partie essentielle des pouvoirs décisionnels de la Commission) étaient inopérants en ce qui concerne la plainte en cause, le Tribunal, à la majorité, a ordonné un renvoi à cette Cour en vertu du paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* afin de déterminer si le Tribunal avait compétence pour continuer son enquête.

Contrairement à l'appelant/requérant dans l'arrêt *MacBain* qui a allégué la partialité même avant la première audition par le Tribunal, EACL a, tant de manière expresse que de manière implicite, renoncé à son droit de contester la compétence du Tribunal en l'espèce. Bien qu'elle admette que, en *common law*, même une renonciation implicite à s'opposer à un arbitre au premier stade d'une affaire constitue un motif suffisant pour invalider une opposition ultérieure, EACL a soutenu que la partialité en l'espèce était tellement fondamentale qu'elle créait une absence totale de compétence.

EACL a soutenu que dans l'arrêt *MacBain*, la Cour a jugé que la Loi donne lieu à une présomption raisonnable de partialité en ce qui a trait tant à la «double» conclusion sur le bien-fondé qu'elle exigeait qu'à la nomination du tribunal par la Commission même qui est tenue d'agir à titre de poursuivant devant celui-ci; que ces deux défauts rendent l'esprit de la Loi empreint de partialité de façon inhérente dans sa structure décisionnelle; que, malgré la tentative de cette Cour de limiter à cette plainte-là le caractère inopérant de la loi, la logique de son raisonnement entraîne la conclusion que, dans tous les cas, les tribunaux constitués en vertu de la Loi sont sans compétence dès le début; et enfin, qu'une telle absence de compétence ne peut être corrigée par une renonciation.

*Arrêt*: la réponse à la question est affirmative, le Tribunal est compétent pour continuer son enquête.

Le juge MacGuigan: La Cour suprême du Canada a établi dans *Law Society of Upper Canada c. French*, où la Déclaration des droits n'a pas été invoquée, que la partialité qui pourrait autrement rendre les procédures contraires à la justice naturelle peut être autorisée par la loi. Dans l'affaire *MacBain*, la Loi conférait expressément le pouvoir à la Commission d'agir comme elle l'a fait et, abstraction faite de la Déclaration des droits, aurait certainement empêché toute contestation fondée sur la crainte raisonnable de partialité.

Bien que la Déclaration des droits ait été invoquée avec succès dans l'affaire *MacBain*, le résultat en l'espèce est différent. On a jugé qu'une personne qui n'avait pas dès le départ la protection de la Déclaration des droits pour empêcher la violation de ses droits par une loi fédérale ne pouvait plus, par la suite, bénéficier de cette protection. Les tribunaux n'ont pas du tout examiné les questions de partialité en termes de compétence, même si, en toute logique, on peut dire que, «en principe toutes les mesures administratives *ultra vires* de leur auteur sont nulles, et non annulables, et il n'y a aucun degré d'invalidité». Sans doute les tribunaux ont-ils été limités parce qu'ils se

the party affected asserted its rights from the earliest practicable time.

*Per Marceau J.:* The basic distinction between the situation in *MacBain* and the present one is the moment at which the issue of bias was raised. The argument of AECL is that the *MacBain* case decided that all Tribunals set up under the Act necessarily lack jurisdiction *ab initio* and that such a want of jurisdiction is incapable of being cured by waiver.

However, the *MacBain* decision does not stand for that proposition. It merely decides that where a complaint has been substantiated after investigation, the selection by the Commission itself of the Tribunal can raise a reasonable apprehension of bias and therefore violates the right of the individual to be judged by a Tribunal whose objectivity is above all reasonable doubt. But a Tribunal appointed so as to give rise to an apprehension of bias is susceptible only of being disqualified. The individual's right to object to being judged by that Tribunal exists only until he expressly or impliedly submits to it. *MacBain* was successful only because he raised his objections at the outset.

A declaration of "inoperability", such as is found in *MacBain*, is a remedy applicable when the protection given by the Bill of Rights is relied upon. The authority of such a declaration depends on whether the statute is directly and by itself in breach of a protected right or whether it merely contributed to a breach of such a right. In any event, a declaration of inoperability is not a declaration that the statute is of no force and effect.

*Per Pratte J.:* The *MacBain* case did not decide that subsections 39(1) and (5) of the Act were inherently objectionable. All it did was to declare that those provisions would not operate so as to deprive *MacBain* of his right, under the Bill of Rights, not to be tried without his consent, by a Tribunal appointed in a manner that gave rise to a reasonable apprehension of bias. *MacBain* therefore has no application in the present case where there was an express and implied waiver of the right to challenge the Tribunal's jurisdiction.

préoccupaient des conséquences pratiques d'une application trop rigide de la logique. En dernière analyse, la décision dans l'arrêt *MacBain* ne peut s'appliquer que lorsque les parties visées ont affirmé leur droit à la première occasion.

<sup>a</sup> Le juge Marceau: La distinction fondamentale entre la situation dans l'affaire *MacBain* et l'espèce est le moment auquel la question de la partialité a été soulevée. EACL soutient que l'affaire *MacBain* a conclu que tous les tribunaux établis en vertu de la Loi sont nécessairement sans compétence dès le début et qu'aucune renonciation ne saurait remédier à ce défaut.

<sup>b</sup> Toutefois, tel n'est pas le sens de la décision dans l'affaire *MacBain*. Elle a simplement pour effet d'établir que lorsqu'une plainte a été considérée comme fondée après enquête, la constitution du Tribunal par la Commission elle-même peut soulever une crainte raisonnable de partialité et par conséquent violer le droit d'un particulier d'être jugé par un tribunal dont l'objectivité est établie hors de tout doute raisonnable. Cependant, un tribunal nommé de manière à donner lieu à une crainte de partialité est seulement susceptible de perdre qualité. Le droit d'un particulier de s'opposer à être jugé par le tribunal n'existe que jusqu'à ce qu'il accepte expressément ou implicitement sa compétence. *MacBain* n'a eu gain de cause que parce qu'il a soulevé ses objections dès le départ.

<sup>c</sup> Une déclaration que la loi est «inopérante», comme dans l'affaire *MacBain*, est un redressement applicable lorsqu'on se fonde sur la protection accordée par la Déclaration des droits. La force jurisprudentielle d'une telle déclaration variera selon que la loi viole directement et par elle-même un droit garanti ou qu'elle ne fait qu'y contribuer. De toute façon, la déclaration qu'une loi est inopérante ne signifie pas que la loi n'a aucune valeur et aucun effet.

<sup>d</sup> Le juge Pratte: L'affaire *MacBain* n'a pas décidé que les paragraphes 39(1) et (5) de la Loi étaient de manière inhérente contestables. Tout ce qu'elle a fait c'est de déclarer que ces dispositions ne s'appliquaient pas de manière à priver *MacBain* de son droit, que prévoit la Déclaration des droits, de ne pas être jugé sans son consentement, par un tribunal nommé d'une manière qui donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Par conséquent, l'arrêt *MacBain* ne s'applique pas à l'égard d'une affaire comme l'espèce où il y avait une renonciation expresse et implicite au droit de contester la compétence du Tribunal.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 62 N.R. 117 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R. 767; *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814.

##### REFERRED TO:

*Re Thompson and Local 1026 of International Union of Mine, Mill and Smelter Workers et al.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 333 (Man. C.A.); *Rex v. Byles and others; Ex parte*

#### JURISPRUDENCE

##### <sup>h</sup> DISTINCTION FAITE AVEC:

*MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 62 N.R. 117 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

<sup>i</sup> *Law Society of Upper Canada c. French*, [1975] 2 R.C.S. 767; *Ringrose c. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 R.C.S. 814.

##### DÉCISIONS CITÉES:

<sup>j</sup> *Re Thompson and Local 1026 of International Union of Mine, Mill and Smelter Workers et al.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 333 (C.A. Man.); *Rex v. Byles and others; Ex parte*

*Hollidge* (1912), 108 L.T. 270 (Eng. K.B.D.); *Regina v. Nailsworth Licensing Justices. Ex parte Bird*, [1953] 1 W.L.R. 1046 (Eng. Q.B.D.); *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (Sask. Q.B.); *Ghirardosi v. Minister of Highways for British Columbia*, [1966] S.C.R. 367; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Miller et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Morin* (1980), 64 C.C.C. (2d) 90 (Alta. C.A.); *Jumaga v. R.*, [1977] 1 S.C.R. 486; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561.

## COUNSEL:

*T. Gregory Kane* and *J. Bourinot* for Human Rights Tribunal.

*R. G. Juriansz* and *J. Hendry* for the Canadian Human Rights Commission.

*Eric B. Durnford* and *Harvey L. Morrison* for Atomic Energy of Canada Limited.

## SOLICITORS:

*Stikeman, Elliott*, Ottawa, for Human Rights Tribunal.

*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, on its own behalf.

*McInnes, Cooper & Robertson*, Halifax, for Atomic Energy of Canada Limited.

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

PRATTE J.: I agree that the question that has been referred to the Court for determination must be answered in the manner suggested by my brothers MacGuigan and Marceau. However, as their reasons for reaching the same conclusion differ somewhat, I feel the necessity of stating briefly my own.

At the hearing, counsel for Atomic Energy of Canada Limited took the position that the Tribunal here in question had no jurisdiction to continue its inquiry since it had been constituted in the same manner and under the same statutory provisions as the Tribunal that had been the subject of the Court's decision in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 62 N.R. 117 (C.A.). The only argument that he put forward in support of that contention, as I understood it, was that the Court, in that case, had declared subsections 39(1) and (5) of the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33] to be inoperative

*Hollidge* (1912), 108 L.T. 270 (K.B.D. Ang.); *Regina v. Nailsworth Licensing Justices. Ex parte Bird*, [1953] 1 W.L.R. 1046 (Q.B.D. Ang.); *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (B.R. Sask.); *Ghirardosi v. Minister of Highways for British Columbia*, [1966] R.C.S. 367; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Miller et autres c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. v. Morin* (1980), 64 C.C.C. (2d) 90 (C.A. Alb.); *Jumaga c. R.*, [1977] 1 R.C.S. 486; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

## AVOCATS:

*T. Gregory Kane* et *J. Bourinot* pour le Tribunal des droits de la personne.

*R. G. Juriansz* et *J. Hendry* pour la Commission canadienne des droits de la personne.

*Eric B. Durnford* et *Harvey L. Morrison* pour Énergie atomique du Canada Limitée.

## PROCUREURS:

*Stikeman, Elliott*, Ottawa, pour le Tribunal des droits de la personne.

*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour son propre compte.

*McInnes, Cooper & Robertson*, Halifax, pour Énergie atomique du Canada Limitée.

*Ce qui suit est la version française des motifs de la décision rendus par*

LE JUGE PRATTE: Je conviens que la question qui a été renvoyée à la Cour pour être tranchée doit recevoir la réponse proposée par mes collègues MacGuigan et Marceau. Toutefois, comme leurs motifs pour parvenir à la même conclusion sont quelque peu différents, j'estime qu'il est nécessaire d'énoncer brièvement les miens.

À l'audience, l'avocat d'Énergie atomique du Canada Limitée a adopté la position selon laquelle le Tribunal visé n'avait pas compétence pour continuer son enquête puisqu'il avait été constitué de la même manière et en vertu des mêmes dispositions législatives que le Tribunal qui avait fait l'objet de l'arrêt de la Cour *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 62 N.R. 117 (C.A.). Le seul argument qu'il a présenté à l'appui de cette thèse, selon mon interprétation, portait que la Cour avait déclaré dans cet arrêt que les paragraphes 39(1) et (5) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, chap. 33] étaient inopé-

on the ground that these subsections provided for the appointment of Tribunals in a manner such, in the opinion of the Court, as to give rise to a reasonable apprehension of bias. As the Court, according to the argument, based its decision on the finding that subsections 39(1) and (5) were inherently objectionable, it logically follows that the appointment of any Tribunal under the same provisions is vitiated.

In my view, that argument is based on a misinterpretation of the *MacBain* decision. In that case, the Court did not declare subsections 39(1) and (5) to be invalid but [at page 889 F.C.; 137 N.R.] to be "inoperative in so far as the complaint filed against the appellant/applicant Alistair MacBain by the respondent Kristina Potapczyk is concerned." By that declaration, the Court merely said that subsections 39(1) and (5) would not operate so as to deprive MacBain of his right, under the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III], not to be tried without his consent, by a Tribunal appointed in a manner that gave rise to a reasonable apprehension of bias. The *MacBain* decision, therefore, has no application in a case like the present one where the person to be tried by the Tribunal has, as my brother MacGuigan says, expressly and impliedly waived his right to challenge the jurisdiction of the Tribunal.

\* \* \*

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

MARCEAU J.: Like my brother MacGuigan J., whose reasons for decision I have had the advantage of reading, I would answer the question referred to the Court in this proceeding in the affirmative. The Tribunal here has jurisdiction to continue its inquiry even if it "has been constituted in the same manner, by the same process, and pursuant to the same statutory scheme as that described in the case of *MacBain v. The Canadian Human Rights Commission et al.*", now reported, *sub nomine MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 62 N.R. 117 (C.A.). Like him too, I think the basic distinction between the situation in *MacBain* and the present one is that Mr. MacBain whose conduct was being investigated had right at

rants pour le motif qu'ils prévoyaient la constitution de tribunaux d'une manière qui, selon l'opinion de la Cour, donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité. Comme la Cour, selon l'argumentation, a fondé sa décision sur la conclusion que les paragraphes 39(1) et (5) étaient de manière inhérente contestables, il en découle logiquement que la constitution de tout tribunal en vertu des mêmes dispositions est viciée.

À mon avis, cet argument est fondé sur une mauvaise interprétation de l'arrêt *MacBain*. Dans cet arrêt, la Cour n'a pas déclaré que les paragraphes 39(1) et (5) n'étaient pas valides mais [à la page 889 C.F.; 137 N.R.] qu'ils étaient «inopérants en ce qui concerne la plainte déposée en l'espèce contre l'appelant/requérant Alistair MacBain par l'intimée Kristina Potapczyk». Par cette déclaration, la Cour a simplement dit que les paragraphes 39(1) et (5) ne s'appliquaient pas de manière à priver MacBain de son droit, que prévoit la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III], de ne pas être jugé sans son consentement, par un tribunal nommé d'une manière qui donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Par conséquent, l'arrêt *MacBain* ne s'applique pas à l'égard d'une affaire comme l'espèce où la personne qui doit être jugée par le Tribunal a, comme mon collègue MacGuigan le dit, renoncé de manière expresse et implicite à son droit de contester la compétence du Tribunal.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs de la décision rendus par*

LE JUGE MARCEAU: Comme mon collègue le juge MacGuigan, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs, je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la question qui a été renvoyée devant la Cour en l'espèce. Le Tribunal visé a compétence pour continuer son enquête même s'il «a été constitué de la même manière, par la même procédure et en vertu des mêmes dispositions législatives que le tribunal décrit dans l'arrêt *MacBain c. Commission canadienne des droits de la personne et autres*», maintenant publié *sub nomine MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 62 N.R. 117 (C.A.). Comme lui également, je crois que la distinction fondamentale entre la situation dans l'affaire *MacBain* et l'espèce est que M. MacBain dont la

the outset alleged bias on the part of the Tribunal, whereas here, the party involved, Atomic Energy of Canada Limited ("AECL"), has acknowledged both expressly and impliedly, its complete confidence in the objectivity of the Tribunal. Nevertheless, I realize that my view of the matter differs somewhat from the view of my colleague, especially in dealing with the position taken by AECL, and the difference is, I believe, significant enough to require me to set out quickly my own views on the issues raised.

The position taken by AECL is that the Tribunal is without jurisdiction regardless of whether it might have waived its right to object or not. Its contention is based on the premise that the *ratio decidendi* of the *MacBain* decision is that defects in the legislation were then rendering the scheme of the Act inherently biased in its adjudicative structure. The argument in effect is that in view of such constitutive shortcomings, Tribunals set up under the Act, as it then was, were necessarily lacking in jurisdiction *ab initio* and a want of jurisdiction *ab initio* is obviously incapable of being cured afterwards by waiver.

If the *MacBain* decision were to be interpreted as contended by AECL, the validity of the argument would, I believe, be practically indisputable. A scheme "inherently biased" can only produce a result where actual bias or at least a real likelihood of bias will be found. Such a direct breach of the *nemo iudex in causa sua* maxim by a Tribunal where actual bias or real likelihood of bias is present cannot, I believe, be cured by the mere silence of the aggrieved party until the hearing is over: the breach of natural justice may be too fundamental and its decision always open to impeachment (see de Smith's *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed.), page 273). But I do not think the *MacBain* decision can be interpreted as suggested by AECL.

As I read the reasons for judgment of Mr. Justice Heald, the basic conclusion of the Court in that case was that the selection by the Commission itself of the members of the Tribunal called upon

conduite faisait l'objet d'une enquête avait, dès le début, allégué la partialité du Tribunal, alors qu'en l'espèce, la partie en cause, Énergie atomique du Canada Limitée («EACL»), a reconnu de manière expresse et implicite qu'elle avait entièrement confiance dans l'objectivité du Tribunal. Néanmoins, je constate que mon opinion sur la question diffère quelque peu de l'opinion de mon collègue, particulièrement en ce qui a trait à la position adoptée par EACL et, à mon avis, la différence est suffisamment importante pour que j'expose brièvement mes opinions sur les questions soulevées.

Selon la position adoptée par EACL, le Tribunal n'est pas compétent, peu importe si elle avait renoncé ou non à son droit de s'opposer. Son argument est fondé sur la prémisse selon laquelle la *ratio decidendi* de l'arrêt *MacBain* porte que des défauts dans la Loi rendaient alors son plan empreint de partialité de façon inhérente, soit dans sa structure décisionnelle même. Elle fait valoir en effet que compte tenu de ces vices de constitution, les tribunaux établis en vertu de la Loi telle qu'elle était alors rédigée étaient nécessairement sans compétence *ab initio* et, de toute évidence, une absence de compétence de cette nature ne saurait être couverte par une renonciation subséquente.

Si l'arrêt *MacBain* devait être interprété comme le soutient EACL, la validité de l'argument serait à mon avis, pratiquement incontestable. Une loi dont le plan serait «empreint de partialité d'une manière inhérente» ne peut que produire un résultat dans lequel on trouverait sinon une partialité réelle du moins une vraisemblance réelle de partialité. À mon avis, le simple silence de la partie lésée avant que l'audience ne prenne fin ne pourrait remédier à une violation aussi directe de la maxime *nemo iudex in causa sua* par un tribunal qui serait de fait empreint de partialité ou paraîtrait réellement l'être: la violation de la justice naturelle serait trop fondamentale et la décision resterait toujours sujette à contestation (voir de Smith's *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed.), page 273). Mais, je ne crois pas que l'arrêt *MacBain* puisse être interprété comme le propose EACL.

Selon mon interprétation des motifs du jugement du juge Heald, la conclusion fondamentale de la Cour dans cet arrêt est que le choix par la Commission elle-même des membres du Tribunal

to inquire into the complaint laid against Mr. MacBain, when that complaint had already been the subject of an investigation and a "substantiation" in accordance with sections 35 and 36 of the Act, had rightly created in the mind of the "accused" a reasonable apprehension of bias and therefore contravened rules of natural justice. The Court gave no indication that actual bias or a real likelihood of bias was present; on the contrary it took pains in discarding such an interpretation of its views. It is true that the Court added to its basic conclusion a declaration of "inoperability" of the statute but such declaration has to be correctly understood. A declaration of inoperability, as I see it, is merely a type of remedy applicable when the protection given by the Bill of Rights is relied upon, which was the case here since the allegation of apprehension of bias was of course to be countered by the consideration that the legislation itself was responsible for it. It is indeed only since the Bill of Rights and because of the protection this special statute assures to basic rights that Courts are entitled to remedy a breach of natural justice arising from the legislation itself (see: *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R. 767 and *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814, where the statutory scheme prevailed at least in part because the Bill of Rights was not invoked and therefore did not come into play). And when the courts do so provide a remedy, they usually speak of "inoperability" of the legislation, a term drawn from section 2 of the Bill (see: Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd edition), 1985, pages 640-645). Such a declaration of inoperability, although always formally limited to the case at bar, may be, in practice, more or less authoritative, depending on whether the legislation is found to be directly and by itself in breach of a protected right or whether it is found to have only contributed towards causing a breach of such a right. In any case, a declaration of inoperability is not a declaration that the statute is invalid or has no force and effect (as in the case of a statute which is found to run afoul of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] enshrined in the Constitution). Counsel's argument that what is inoperative at the outset cannot become operative afterwards is obvi-

chargés d'examiner la plainte portée contre M. MacBain, alors que cette plainte avait déjà fait l'objet d'une enquête et d'une «vérification» aux termes des articles 35 et 36 de la Loi, avait à juste titre créé dans l'esprit de l'«accusé» une crainte raisonnable de partialité et par conséquent portait atteinte aux règles de justice naturelle. La Cour n'a donné aucune indication de l'existence réelle de partialité ou de vraisemblance de partialité; au contraire elle s'est efforcée de rejeter une telle interprétation de ses opinions. Il est vrai que la Cour a ajouté à sa conclusion fondamentale une déclaration à l'effet que la loi était «inopérante», mais cette déclaration doit être interprétée correctement. D'après moi, une telle déclaration est simplement un type de redressement applicable lorsqu'on se fonde sur la protection accordée par la Déclaration des droits, ce qui était le cas en l'espèce puisque l'allégation de crainte de partialité devait évidemment être écartée par la considération selon laquelle la loi elle-même était responsable de cette situation. C'est en effet seulement depuis la Déclaration des droits et à cause de la protection que cette loi spéciale assure aux droits fondamentaux que les tribunaux ont le pouvoir de remédier à une violation de la justice naturelle qui découle de la loi elle-même (voir: *Law Society of Upper Canada c. French*, [1975] 2 R.C.S. 767 et *Ringrose c. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 R.C.S. 814 où le plan législatif a prévalu, du moins en partie, parce que la Déclaration des droits n'avait pas été invoquée et par conséquent n'était pas en jeu). Et lorsque les tribunaux accordent un tel redressement, ils disent habituellement que la loi est «inopérante», un terme tiré de l'article 2 de la Déclaration (voir: Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd édition), 1985, pages 640 à 645). Bien qu'elle soit toujours strictement limitée à l'affaire en question, une telle déclaration que la loi est inopérante peut en pratique avoir plus ou moins valeur d'autorité selon qu'il a été considéré que la loi était directement et par elle-même en violation avec un droit garanti ou qu'elle n'avait que contribué à causer la violation d'un tel droit. De toute façon, une déclaration que la loi est inopérante n'est pas une déclaration que la loi n'est pas valide ou n'a aucune valeur et aucun effet (comme dans le cas d'une loi qui est jugée en contradiction avec la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui cons-

ously not valid, if the term "operative" is taken in its proper sense.

So, the *MacBain* decision, in my view, is simply to the effect that when under the Act a complaint has been substantiated after investigation, the selection by the Commission itself of the Tribunal which will enquire into it can raise a reasonable apprehension of bias, and violates, as a result, the right of the individual against whom the complaint was made to be judged by a Tribunal whose objectivity is above all reasonable doubt. The question, then, is what is the situation of a Tribunal set up in such a way that a reasonable apprehension of bias may arise: is the Tribunal without jurisdiction? It cannot seriously be contended that it be so. Actual bias almost certainly affects the capacity of the Tribunal to act and could possibly be seen as going, for that reason, to jurisdiction, the more so since the decision of such a biased Tribunal would likely never be allowed to stand; but simple apprehension of bias is another matter altogether in that it does not strike at the very capacity of the Tribunal to act properly. A Tribunal appointed so as to give rise to an apprehension of bias is, as I understand the jurisprudence, only susceptible of being disqualified. Correlatively, the right of the individual who apprehends bias on the part of the Tribunal before which he is brought has always been, again as I understand the jurisprudence, a right to object to being judged by the Tribunal, but a right that exists only until he expressly or impliedly submits to it. It is only because Mr. MacBain raised his objections at the outset that his attack on the proceedings could be successful. (See on this point the opinion expressed by Wade, in his article "*Unlawful Administrative Action: Void or Voidable? Part I*" (1967), 83 L.Q.R. 499 and (*Part II*) (1968), 84 L.Q.R. 95, at pages 108 et seq.).

titue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] enchâssée dans la Constitution). L'argument de l'avocat selon lequel ce qui est  
 a inopérant dès le début ne peut devenir opérant par la suite n'est de toute évidence pas valide si le terme «opérant» est pris dans son sens propre.

b Ainsi, à mon avis, l'arrêt *MacBain*, a simplement pour effet d'établir que, lorsque en vertu de la Loi une plainte a été considérée comme fondée après enquête, le choix par la Commission elle-même du tribunal qui sera chargée de considérer  
 c la plainte peut soulever une crainte raisonnable de partialité et violer par conséquent le droit d'un particulier contre qui la plainte a été portée d'être jugé par un tribunal dont l'objectivité est établie  
 d hors de tout doute raisonnable. La question qui se pose alors est de savoir quelle est la situation d'un tribunal établi de telle manière qu'il peut susciter une crainte raisonnable de partialité: le tribunal est-il incompetent? On ne peut sérieusement soutenir que ce soit le cas. La partialité réelle a presque certainement un effet sur la capacité du tribunal d'agir et pourrait peut-être, pour cette raison, atteindre sa compétence, d'autant plus que la décision d'un tel tribunal partial ne pourrait vraisemblablement jamais se voir reconnaître quelque force; mais une simple crainte de partialité constitue une toute autre affaire car elle ne se rapporte pas à la capacité même du tribunal d'agir correctement. Un tribunal nommé de manière à donner  
 e lieu à une crainte de partialité est, selon mon interprétation de la jurisprudence, seulement susceptible de se voir enlever sa capacité d'agir. Corrélativement, le droit de celui qui craint que le tribunal devant lequel il se présente ne soit partial  
 f a toujours été, encore une fois selon mon interprétation de la jurisprudence, le droit de s'opposer à être jugé par le tribunal, mais un droit qui ne subsiste que jusqu'à ce qu'il se soumette à lui de manière expresse ou implicite. C'est seulement parce que M. MacBain a soulevé ses objections au début de l'affaire que sa contestation à l'égard des procédures pouvait réussir. (Voir sur ce point l'opinion exprimée par Wade dans son article "*Unlawful Administrative Action: Void or Voidable? Part I*" (1967), 83 L.Q.R. 499 et (*Part II*) (1968), 84 L.Q.R. 95, aux pages 108 et suiv.).  
 g  
 h  
 i  
 j



These are my views of the matter on the basis of which I see no merit in AECL's argument and agree with Mr. Justice MacGuigan that the question referred to the Court must be answered in the affirmative.

\* \* \*

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

MACGUIGAN J.: The question referred to this Court in this proceeding arises directly from our recent decision in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 62 N.R. 117, which involved three proceedings (two appeals and one application) by the same party.

In the *MacBain* case Mr. Justice Heald held for the Court that the appellant/applicant had a reasonable apprehension of bias arising out of the fact that the Canadian Human Rights Commission ("the Commission") investigated and substantiated the complaint therein and then prosecuted the complaint before a three-member Tribunal which it itself selected and appointed, a procedure which offended against paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* that "no law of Canada shall be construed or applied so as to . . . deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations". The Court therefore granted a declaration that the provisions of subsections 39(1) and 39(5)<sup>1</sup> of the *Canadian Human Rights Act* ("the Act") were inoperative in so far as the particular complaint filed against the appellant/applicant was concerned. The relief granted on the appeal concerning declaratory relief was drawn so as to have the least possible impact on other proceedings:

<sup>1</sup> 39. (1) The Commission may, at any stage after the filing of a complaint, appoint a Human Rights Tribunal (hereinafter in this Part referred to as a "Tribunal") to inquire into the complaint.

(5) In selecting any individual or individuals to be appointed as a Tribunal, the Commission shall make its selection from a panel of prospective members, which shall be established and maintained by the Governor in Council.

Voilà donc mes vues sur la question et les raisons pour lesquelles j'estime que l'argument d'EAEL n'est pas fondé et je partage l'avis du juge MacGuigan qu'il faut répondre par l'affirmative à la question qui a été renvoyée à cette Cour.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs de la décision rendus par*

LE JUGE MACGUIGAN: La question présentée à cette Cour en l'espèce découle directement de notre arrêt récent *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 62 N.R. 117, qui comportait trois instances (deux appels et une demande) par la même partie.

Dans l'arrêt *MacBain*, le juge Heald a statué au nom de la Cour que l'appelant/requérant éprouvait une crainte raisonnable de partialité qui résultait du fait que la Commission canadienne des droits de la personne («la Commission») avait fait enquête sur la plainte et avait conclu qu'elle était fondée et avait alors institué des procédures relativement à la plainte devant un tribunal composé de trois membres qu'elle avait elle-même choisis et désignés. Il s'agissait d'une procédure qui portait atteinte à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* selon lequel «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme . . . privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations». Par conséquent, la Cour a rendu un jugement déclaratoire portant que les paragraphes 39(1) et 39(5)<sup>1</sup> de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* («la Loi») étaient inopérants en ce qui concerne la plainte déposée contre l'appelant/requérant. Le redressement accordé relativement à l'appel concernant le jugement déclaratoire a été rédigé de manière à avoir le moins d'effet possible sur les autres instances:

<sup>1</sup> 39. (1) La Commission peut, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, constituer un tribunal des droits de la personne (ci-après dénommé, à la présente Partie, le «tribunal») chargé d'examiner la plainte.

(5) La Commission choisit, sur une liste établie par le gouverneur en conseil, les membres du tribunal.

The appeal is allowed with costs both in this Court and in the Trial Division. It is declared that the provisions of subsections (1) and (5) of section 39 of the *Canadian Human Rights Act* are inoperative insofar as the complaint filed herein against the appellant Alistair MacBain by Kristina Potapczyk under date of April 27, 1983, is concerned.

Nevertheless, when the public hearings of the Tribunal in the present matter (which involves a complaint laid by Local 916 of the Energy and Chemical Workers' Union on August 27, 1979, that Atomic Energy of Canada Limited ("AECL") engages in discrimination on the grounds of sex under section 11 of the Act in that the wages of members of the local, who are primarily women, are not justly comparable to those paid to other unionized workers, primarily men) resumed on October 16, following argument, a majority of the Tribunal ordered a reference to this Court pursuant to subsection 28(4) of the *Federal Court Act*<sup>2</sup> [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] of the following question:

Does this Human Rights Tribunal, having been constituted in the same manner, by the same process, and pursuant to the same statutory scheme as that described in the case of *MacBain v. The Canadian Human Rights Commission et al.*, (Federal Court of Appeal, October 7, 1985, A-966-84), have jurisdiction to continue its inquiry?

Unlike the appellant/applicant in the *MacBain* case, who commenced proceedings alleging bias even before the first hearing of the Tribunal on the complaint against him and in fact withdrew from the hearing, AECL, in the view I take of the facts, both expressly and impliedly waived its right to challenge the jurisdiction of the Tribunal here. AECL was in possession of all the pertinent facts which formed the basis of this Court's decision in the *MacBain* case before the first public hearing in this matter in December, 1984. In fact, the anomalous role of the Commission vis-à-vis the Tribunal was very much on the mind of counsel for the AECL on the first day of the hearing, when he

<sup>2</sup> Subsection 28(4) of the *Federal Court Act* is as follows:

28. ...

(4) A federal board, commission or other tribunal to which subsection (1) applies may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Court of Appeal for hearing and determination.

L'appel est accueilli avec dépens aussi bien devant cette Cour qu'en Division de première instance. Il est déclaré que les paragraphes (1) et (5) de l'article 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont inopérants en ce qui concerne la plainte déposée en l'espèce contre l'appellant Alistair MacBain par Kristina Potapczyk, le 27 avril 1983.

Néanmoins, lorsque les audiences publiques du Tribunal en l'espèce (qui portent sur une plainte déposée par la section locale 916 du Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, le 27 août 1979 selon laquelle Énergie atomique du Canada Limitée («EACL») fait de la discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 11 de la Loi car les traitements des membres de la section locale, principalement des femmes, ne sont pas à juste titre comparables à ceux qui sont versés aux autres travailleurs syndiqués, principalement des hommes) ont pris fin le 16 octobre, après l'argumentation, le Tribunal à la majorité a ordonné que la question suivante soit renvoyée devant cette Cour en vertu du paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>2</sup> [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10]:

[TRADUCTION] Ce Tribunal des droits de la personne, ayant été constitué de la même manière, par la même procédure et en vertu des mêmes dispositions législatives que le tribunal décrit dans l'arrêt *MacBain c. Commission canadienne des droits de la personne et autres*, (Cour d'appel fédérale, 7 octobre 1985, A-966-84), a-t-il compétence pour continuer son enquête?

Contrairement à l'appellant/requérant dans l'arrêt *MacBain*, qui a engagé des procédures en alléguant la partialité même avant la première audition de la plainte portée contre lui par le tribunal et qui s'est en fait retiré de l'audience, EACL selon mon interprétation des faits, a, de manière expresse et implicite, renoncé à son droit de contester la compétence du Tribunal en l'espèce. EACL disposait de tous les faits pertinents qui constituaient le fondement de l'arrêt *MacBain* de cette Cour avant la première audience publique de cette affaire en décembre 1984. En fait, l'avocat d'EACL avait bien à l'esprit le premier jour de l'audience le rôle irrégulier de la Commission à

<sup>2</sup> Voici le texte du paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*:

28. ...

(4) Un office, une commission ou un autre tribunal fédéral auxquels s'applique le paragraphe (1) peut, à tout stade de ses procédures, renvoyer devant la Cour d'appel pour audition et jugement, toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

argued that the Commission was not entitled to take an advocate's position before a Tribunal unless the complainant could not carry the case. However, in the course of his extensive submission on this point, counsel for the AECL said to the Commission (Appeal Book, page 35):

[W]e do not dispute . . . your independence—we are not challenging your independence . . . We are not saying that you are going to be biased or in any way tainted by the fact that you get your life from my opponent . . .

However, even apart from this express waiver, AECL's whole course of conduct before the Tribunal constituted an implied waiver of any assertion of a reasonable apprehension of bias on the part of the Tribunal. The only reasonable course of conduct for a party reasonably apprehensive of bias would be to allege a violation of natural justice at the earliest practicable opportunity. Here, AECL called witnesses, cross-examined the witnesses called by the Commission, made many submissions to the Tribunal, and took proceedings before both the Trial Division and this Court, all without challenge to the independence of the Commission. In short, it participated fully in the hearing, and must therefore be taken impliedly to have waived its right to object.

At common law, even an implied waiver of objection to an adjudicator at the initial stages is sufficient to invalidate a later objection: *Re Thompson and Local 1026 of International Union of Mine, Mill and Smelter Workers et al.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 333 (Man. C.A.); *Rex v. Byles and others; Ex parte Hollidge* (1912), 108 L.T. 270 (Eng. K.B.D.); *Regina v. Nailsworth Licensing Justices. Ex parte Bird*, [1953] 1 W.L.R. 1046 (Eng. Q.B.D.); *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (Sask. Q.B.). The principle is stated as follows in Halsbury's, *Laws of England* (4th ed.), volume 1, paragraph 71, page 87:

The right to impugn proceedings tainted by the participation of an adjudicator disqualified by interest or likelihood of bias may be lost by express or implied waiver of the right to object. There is no waiver or acquiescence unless the party entitled to object to an adjudicator's participation was made fully aware of the nature of the disqualification and had an adequate opportunity of objecting. Once these conditions are present, a party will

l'égard du Tribunal lorsqu'il a soutenu que la Commission n'avait pas le droit d'adopter la position d'un avocat devant un Tribunal à moins que le plaignant ne puisse présenter sa cause. Toutefois, au cours de son argumentation approfondie sur ce point, l'avocat d'AECL a dit à la Commission (dossier d'appel, page 35):

[TRADUCTION] [N]ous ne contestons pas . . . votre indépendance—nous ne remettons pas en cause votre indépendance . . . Nous ne disons pas que vous allez être partiaux ou que vous aurez de quelque façon un parti pris du fait que vous gagnez votre vie au service de mon opposant . . .

Toutefois, même si l'on écarte cette renonciation expresse, toute la manière d'agir d'AECL devant le Tribunal constituait une renonciation implicite de toute affirmation d'une crainte raisonnable de partialité de la part du Tribunal. La seule manière d'agir raisonnable pour une partie qui éprouve une crainte raisonnable de partialité serait d'alléguer la violation d'un principe de justice naturelle à la première occasion. En l'espèce, EACL a cité des témoins, a contre-interrogé les témoins cités par la Commission, a présenté un grand nombre d'arguments au Tribunal et a engagé des procédures devant la Division de première instance et cette Cour sans contester l'indépendance de la Commission. Bref, elle a participé d'une manière complète à l'audience et, par conséquent, on doit tenir pour acquis qu'elle a implicitement renoncé à son droit de s'opposer.

En *common law*, même une renonciation implicite à s'opposer à un arbitre au premier stade d'une affaire constitue un motif suffisant pour invalider une opposition ultérieure: *Re Thompson and Local 1026 of International Union of Mine, Mill and Smelter Workers et al.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 333 (C.A. Man.); *Rex v. Byles and others; Ex parte Hollidge* (1912), 108 L.T. 270 (K.B.D. Ang.); *Regina v. Nailsworth Licensing Justices. Ex parte Bird*, [1953] 1 W.L.R. 1046 (Q.B.D. Ang.); *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (B.R. Sask.). Le principe est énoncé de la manière suivante dans Halsbury, *Laws of England* (4th ed.), volume 1, paragraphe 71, page 87:

[TRADUCTION] Le droit de contester des procédures viciées par la participation d'un arbitre qui n'a plus qualité en raison de l'intérêt ou de la vraisemblance de partialité peut être perdu par une renonciation expresse ou implicite au droit de s'opposer. Il n'y a aucune renonciation ou acceptation à moins que la partie qui a le droit de s'opposer à la participation d'un arbitre ne soit entièrement au courant de la nature de la perte de

be deemed to have acquiesced in the participation of a disqualified adjudicator unless he has objected at the earliest practicable opportunity.

Cartwright J. put the rule as follows, by way of dicta, in delivering the judgment of the Supreme Court in *Ghirardosi v. Minister of Highways for British Columbia*, [1966] S.C.R. 367, at page 372:

There is no doubt that, generally speaking, an award will not be set aside if the circumstances alleged to disqualify an arbitrator were known to both parties before the arbitration commenced and they proceeded without objection.

Counsel for AECL did not dispute this view of the law but argued that the bias here was so fundamental as to create a total lack of jurisdiction. Halsbury, *supra*, paragraph 72, page 88, adds to the former statement that "if the decision were absolutely null and void in relation to the person aggrieved, he would not be precluded from impugning it because of waiver or acquiescence". Professor de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., pages 153-154, declares:

(1) *Consent, waiver and acquiescence.* The general rule is that want of jurisdiction cannot be cured by such conduct on the part of the person over whom the purported jurisdiction is exercised, whereas voidable acts may become unimpeachable as a result of such conduct. But the distinction is in fact blurred. In the first place, the courts have sometimes distinguished between total want of jurisdiction, which cannot be waived, and contingent (less serious) jurisdictional defects which can be waived.

In support of its allegation of a total want of jurisdiction in the Commission, AECL urges this interpretation of the *MacBain* decision: that this Court there found that the Act gives rise to a suspicion of influence or dependency in two ways, the initial substantiation of the complaint under subsection 36(3) amounting to the same determination required of the Tribunal under subsection 41(1),<sup>3</sup> and the direct connection between the Commission as prosecutor and the Tribunal as the

<sup>3</sup> 36. . . .

(3) On receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission

(a) may adopt the report if it is satisfied that the complaint to which the report relates has been substantiated and should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv); or

(Continued on next page)

qualité et ait eu une possibilité raisonnable de s'opposer. Lorsque ces conditions sont remplies, une partie est réputée avoir accepté la participation d'un arbitre qui n'a plus qualité à moins qu'elle ne se soit opposée à la première occasion.

a Le juge Cartwright a énoncé la règle de la manière suivante, par voie d'opinion incidente, lorsqu'il a rendu l'arrêt de la Cour suprême *Ghirardosi v. Minister of Highways for British Columbia*, [1966] R.C.S. 367, à la page 372:

b [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'en général, une sentence arbitrale ne sera pas rejetée si les circonstances avancées pour prouver l'incapacité d'un arbitre étaient connues des deux parties avant le début de l'arbitrage et que la procédure s'est poursuivie sans qu'il y soit fait objection.

L'avocat d'EACL n'a pas contesté cette interprétation du droit mais a soutenu que la partialité en l'espèce était tellement fondamentale qu'elle créait une absence totale de compétence. Halsbury, précité, paragraphe 72, page 88, ajoute à la déclaration précédente que [TRADUCTION] «si la décision était absolument nulle et non avenue en ce qui a trait à la personne lésée, celle-ci ne serait pas empêchée de la contester à cause d'une renonciation ou d'une acceptation». Le professeur de Smith dans *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., aux pages 153 et 154, déclare:

[TRADUCTION] (1) *Consentement, renonciation et acceptation.* Selon la règle générale, la conduite de la personne à l'égard de laquelle on prétend exercer une compétence ne peut corriger l'absence de compétence, alors que des actes annulables peuvent devenir inattaquables par suite de cette conduite. Toutefois, en fait, la distinction est floue. Tout d'abord, les tribunaux ont quelquefois établi une distinction entre l'absence de compétence totale, à laquelle on ne peut renoncer, et les vices de compétence contingents (moins graves) auxquels on peut renoncer.

g À l'appui de son allégation d'absence totale de compétence de la Commission, EACL présente l'interprétation suivante de l'arrêt *MacBain*: dans cet arrêt, cette Cour a jugé que la Loi donne lieu à une présomption d'influence ou de dépendance de deux manières, la conclusion initiale sur le bien-fondé de la plainte en vertu du paragraphe 36(3) équivaut à la même détermination exigée de la part du tribunal en vertu du paragraphe 41(1)<sup>3</sup> et la relation directe entre la Commission à titre de

<sup>3</sup> 36. . . .

(3) Dans les cas où, au reçu du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission est convaincue

a) que la plainte est fondée, qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer conformément au paragraphe (2), ni de la rejeter pour les motifs énoncés aux sous-alinéas 33b)(ii) à (iv), elle peut accepter le rapport; ou

(Suite à la page suivante)

decision-maker; that both defects preceded the commencement of the inquiry and so rendered the scheme of the Act inherently biased in its adjudicative structure; that, despite this Court's attempt to limit the inoperability of the statute to the complaint filed by the complainant, the logic of its reasoning as to the constitutive shortcomings of the Act compels the conclusion that, in all cases, tribunals set up under the Act are lacking in jurisdiction *ab initio*; and finally, that such a want of jurisdiction is incapable of being cured by waiver. To evaluate the merits of such an interpretation of the *MacBain* decision, I must locate it in the larger context of the law.

First, the law should be looked at apart from the *Canadian Bill of Rights*, and, second in the light of the Bill of Rights as applied in *MacBain*.<sup>4</sup>

In the first case, without reference to the Bill of Rights, it was established by a divided Supreme Court in *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R. 767 that bias which would otherwise render proceedings contrary to natural justice may be authorized by legislation. In that case two benchers who were members of a Law Society's discipline committee which had found a solicitor guilty of seven complaints with a recommendation of a three-month suspension participated in the convocation of all the benchers at which the report was adopted. In upholding the procedure in question Spence J. said for the majority of the Court (at pages 783-784):

(Continued from previous page)

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied that the complaint has not been substantiated or should be dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv).

41. (1) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is not substantiated, it shall dismiss the complaint.

<sup>4</sup> In the present case as in the *MacBain* decision counsel made no argument based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

poursuivant et le tribunal à titre d'instance décisionnelle; que ces deux défauts ont précédé le début de l'enquête et ont ainsi rendu l'esprit de la Loi empreint de partialité de façon inhérente dans sa structure décisionnelle; que, malgré la tentative de cette Cour de limiter à la plainte déposée par le plaignant le caractère inopérant de la Loi, la logique de son raisonnement quant aux défauts constitutifs de la Loi entraîne la conclusion que, dans tous les cas, les tribunaux constitués en vertu de la Loi sont sans compétence dès le début; et enfin, qu'une telle absence de compétence ne peut être corrigée par une renonciation. Pour évaluer le bien-fondé d'une telle interprétation de l'arrêt *MacBain*, je dois la situer dans le contexte plus étendu du droit.

Tout d'abord, on doit examiner le droit en faisant abstraction de la *Déclaration canadienne des droits* et, ensuite, en le rapprochant de la Déclaration des droits telle qu'elle a été appliquée dans l'arrêt *MacBain*.<sup>4</sup>

Dans le premier cas, abstraction faite de la Déclaration des droits, la Cour suprême, divisée sur la question, a établi dans *Law Society of Upper Canada c. French*, [1975] 2 R.C.S. 767 que la partialité qui pourrait autrement rendre les procédures contraires à la justice naturelle peut être autorisée par la loi. Dans cet arrêt, deux *benchers*, membres du comité de discipline de la Law Society qui avaient conclu à la culpabilité d'un procureur relativement à sept plaintes et avaient recommandé sa suspension pour une période de trois mois, ont participé à une assemblée de tous les *benchers* au cours de laquelle le rapport a été adopté. En maintenant la procédure en question, le juge Spence a dit au nom de la Cour à la majorité (aux pages 783 et 784):

(Suite de la page précédente)

(b) que la plainte n'est pas fondée ou qu'il y a lieu de la rejeter pour les motifs énoncés aux sous-alinéas 33b)(ii) à (iv), elle doit rejeter la plainte

41. (1) A l'issue de son enquête, le tribunal rejette la plainte qu'il juge non fondée.

<sup>4</sup> En l'espèce comme dans l'affaire *MacBain* l'avocat n'a présenté aucun argument fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.

A consideration of the provisions of *The Law Society Act*, however, moves me to the conclusion that the duplication of members of the tribunal between the court of first instance and the appellate court in this particular case has been, at any rate, implicitly accepted by the legislature.

However, although the minority of the Court took issue with the majority over what might rightly be implied from the statute, it accepted the power of the legislature to vary the normal application of the rules of natural justice. Laskin C.J. acknowledged for the minority (at page 775):

Equally unthinkable, in the absence of express authorization, is that Convocation should include members who had already fixed the solicitor with guilt as members of the Discipline Committee. An adjudicator may not properly sit in further proceedings based upon his adjudication any more than can an accuser sit as a member of the tribunal hearing his accusation, unless authorized by statute. [Emphasis added.]

This conclusion that procedures prescribed by legislation are by definition free from bias was reinforced by the Supreme Court in *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814, where a member of the executive committee which suspended a medical practitioner pending investigation by the discipline committee was also a member of that committee. It was sufficient for the result that this member of the executive committee was not privy to its decision to suspend the practitioner. Nevertheless, the majority (*per de Grandpré J.* at pages 824-825) saw fit to add a second reason:

But there is an additional reason to dismiss this appeal. As decided by this Court in *The Law Society of Upper Canada v. French*, no reasonable apprehension of bias is to be entertained when the statute itself prescribes overlapping of functions. Such is exactly the situation under *The Medical Profession Act*. . . . Thus, the same council, the members of which are by law entitled to take part in all its decisions, is by statute authorized at the same time to suspend during investigation and to appoint a discipline committee staffed by at least three of its midst. Thus, it is clear that the legislator has created the conditions forcing upon members of the council overlapping capacities.

The Court of Appeal, quite rightly so, found that the conduct of Dr. McCutcheon, even if he had sat, had been implicitly authorized by legislation.

In the *MacBain* case the statutory authority for the Commission to act as it did was express, and, apart from the Bill of Rights (which does not appear to have been argued in either the *French* or

Une étude des dispositions du *Law Society Act*, cependant, me porte à la conclusion que le cumul par des membres du tribunal en première instance et en appel en l'espèce présente a été, de toute manière, implicitement accepté par la législature.

<sup>a</sup> Toutefois, bien que la minorité de la Cour ait été en désaccord avec la majorité sur le contenu implicite de la Loi, elle a admis que l'Assemblée législative était compétente pour modifier l'application normale des règles de justice naturelle. Le juge en chef Laskin a reconnu au nom de la minorité (à la page 775):

<sup>c</sup> Il est également impensable, en l'absence d'autorisation expresse, que l'assemblée pût inclure des membres qui avaient déjà taxé le procureur de culpabilité en tant que membres du comité de discipline. Celui qui juge ne peut régulièrement siéger dans des procédures ultérieures fondées sur son jugement pas plus qu'un accusateur ne peut siéger comme membre du tribunal qui instruit son accusation, sauf autorisation d'une loi. [C'est moi qui souligne.]

<sup>d</sup> Cette conclusion que des procédures prescrites par la loi sont par définition libres de toute partialité a été renforcée par la Cour suprême dans l'arrêt *Ringrose c. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 R.C.S. 814 dans lequel un membre du comité exécutif qui a suspendu un praticien en attendant l'enquête du conseil de discipline était également membre de ce conseil. Il suffisait, aux fins de l'arrêt que ce membre du conseil exécutif n'ait pas participé à la décision de suspendre le praticien. Néanmoins, les juges de la majorité (par le juge de Grandpré aux pages 824 et 825) ont jugé bon d'ajouter un second motif:

<sup>g</sup> Un motif supplémentaire justifie le rejet de ce pourvoi. Comme l'a décidé cette Cour dans *The Law Society of Upper Canada c. French*, il ne peut être question d'une crainte raisonnable de partialité lorsque la loi même prévoit un cumul des fonctions. Or c'est exactement le cas de *The Medical Profession Act*. . . . Donc, le conseil, dont les membres sont autorisés par la loi à participer à toutes ses décisions, est aussi habilité par la loi à prononcer une suspension durant l'enquête et à instituer un conseil de discipline composé d'au moins trois de ses membres. Il est donc clair que le législateur a créé des conditions propres à forcer les membres du Conseil à cumuler des fonctions.

<sup>i</sup> La Cour d'appel a donc à juste titre conclu que la présence du Dr McCutcheon au conseil de discipline, même s'il avait siégé au comité exécutif, était implicitement autorisée par la loi.

<sup>j</sup> Dans l'affaire *MacBain*, la loi conférait expressément le pouvoir à la Commission d'agir comme elle l'a fait et, abstraction faite de la Déclaration des droits (qui ne paraît pas avoir été soulevée

the *Ringrose* cases), would certainly have precluded any challenge based on reasonable apprehension of bias.

However, in the aftermath of the recent Supreme Court decision in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, of which Heald J. (*MacBain, supra*, at page 877 F.C.; 129-130 N.R.) remarked that “one of the consequences of that landmark decision has been to reinvigorate the *Canadian Bill of Rights*”, this Court felt justified in *MacBain* in applying paragraph 2(e) of the Bill, which protects a person from being deprived of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice.

The protection afforded by the Bill of Rights is, nevertheless, a limited one, particularly where, as in paragraphs 2(c) and 2(e) to (g), it is formulated in the terms “no law of Canada shall . . . deprive a person . . .”, because it does not purport to confer rights but merely to inhibit their deprivation. In *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693, at page 702, affirmed by *Miller et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at pages 703-704, Martland J. put it this way [at page 702 *Burnshine*]:

The Bill did not purport to define new rights and freedoms. What it did was to declare their existence in a statute, and, further, by s. 2, to protect them from infringement by any federal statute.

The protection from infringement by federal statute has been held not to avail a person who does not initially invoke his rights under these subsections. In *R. v. Morin* (1980), 64 C.C.C. (2d) 90 (Alta C.A.), at page 94, Clement J.A. said of the right to counsel:

A right of this kind attaches to an individual but does not achieve judicial significance until circumstances arise which in fact are within its ambit. In the absence of such circumstances, the right remains suspended, its operation not called upon. In short, it does not work in a vacuum, and must be invoked in some appreciable way to show that its operation is sought. . . . “To deprive”, connotes some interference with, or some prevention of the exercise of the right. If the right, although known, is not asserted or put forward, or claimed in some comprehensible way, I am unable to see how he has been deprived of it. He has, rather, chosen to waive the right.

dans les affaires *French* ou *Ringrose*), aurait certainement empêché toute contestation fondée sur la crainte raisonnable de partialité.

a Toutefois, comme conséquence de l'arrêt récent de la Cour suprême *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à l'égard duquel le juge Heald (*MacBain*, précité, à la page 877 C.F.; 129 et 130 N.R.) a fait remarquer que «l'une des conséquences de cet arrêt de principe a sans doute été d'insuffler une vigueur nouvelle à la *Déclaration canadienne des droits*», cette Cour s'est sentie justifiée dans l'arrêt *MacBain* d'appliquer l'alinéa 2e) de la *Déclaration* qui protège une personne contre la privation du droit à une audition impartiale selon les principes de justice fondamentale.

d La protection accordée par la *Déclaration des droits* est néanmoins limitée, particulièrement lorsque, comme dans les alinéas 2c) et 2e) à g), elle est formulée dans les termes «nulle loi du Canada ne doit . . . priver une personne . . .», parce qu'elle ne veut pas conférer des droits mais simplement empêcher qu'on en prive quelqu'un. Dans l'arrêt *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693, à la page 702, confirmé par l'arrêt *Miller et autres c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, aux pages 703 et 704, le juge Martland a dit [à la page 702 *Burnshine*]:

f Le but de la *Déclaration* n'est pas de définir de nouveaux droits ou de nouvelles libertés. Ce qu'elle fait est de proclamer leur existence dans une loi, et, de plus, par l'art. 2, de les protéger contre la transgression par une loi fédérale, quelle qu'elle soit.

g On a jugé qu'une personne qui n'avait pas au départ invoqué les droits que lui confèrent ces alinéas ne pouvait plus profiter de la protection contre la violation par une loi fédérale. Dans l'arrêt *R. v. Morin* (1980), 64 C.C.C. (2d) 90 (C.A. Alb.), à la page 94, le juge Clement a dit au sujet du droit à un avocat:

[TRADUCTION] Un droit de ce genre profite à un particulier, mais n'a aucune importance devant les tribunaux tant que les circonstances qu'il vise ne se présentent pas. En l'absence de ces circonstances, le droit demeure suspendu, son application n'est pas demandée. Bref, il ne s'applique pas dans l'absolu et doit être invoqué d'une manière évidente pour démontrer que l'on demande son application . . . L'expression «en privants», dénote une certaine interférence ou un certain empêchement relativement à l'exercice du droit. Si le droit, bien qu'il soit connu, n'est pas affirmé, avancé ou demandé d'une manière évidente, je suis incapable de voir comment il y a eu privation. Il a plutôt choisi de renoncer au droit.

Pigeon J., speaking for a majority in the Supreme Court in *Jumaga v. R.*, [1977] 1 S.C.R. 486, at page 497, said simply:

I cannot see how the appellant can say he was "deprived" of that which he did not ask for.

Unfortunately, therefore, for AECL's contention that the error in the *MacBain* case goes to the inherent jurisdiction of the Commission and so cannot be waived, the Courts have not approached issues of bias in terms of jurisdiction at all, even when as in the *French* and *Ringrose* cases, they could easily have done so.

From the point of view of logic there may well be a certain ambiguity in this approach. The most recent Canadian text, Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law*, Carswell, 1985, page 97, asserts that "In principle, all *ultra vires* administrative actions are void, not voidable, and there are no degrees of invalidity", but acknowledges, at page 98, that the view of the Supreme Court majority in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561 is to the contrary. The same ambiguity runs through Halsbury, *supra*, and de Smith, *supra*, as well as through the Supreme Court of Canada cases themselves in that most of those on point have issued from a divided Court. Perhaps the Courts have been restrained by a concern about the practical consequences of an overly rigid application of logic. One of the wisest common lawyers, Mr. Justice Holmes, wrote a century ago in his book, *The Common Law*, page 1, that "The life of the law has not been logic: it has been experience."

In any event, counsel for the AECL, when challenged by the Court, was unable to cite any case which supported his legal contention. He was forced rather to rely solely on his interpretation of the logical necessity inherent in the Court's holding in the *MacBain* case. Such an interpretation cannot stand in the face of either the express holding in *MacBain* or the general law.

Le juge Pigeon s'exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Jumaga c. R.*, [1977] 1 R.C.S. 486, à la page 497 a dit simplement:

Je ne vois pas comment l'appellant peut prétendre avoir été «privé» de ce qu'il n'a jamais réclamé.

Par conséquent, malheureusement pour l'argument d'EAEL selon lequel l'erreur dans l'arrêt *MacBain* touche la compétence inhérente de la Commission et qu'elle ne peut donc pas faire l'objet d'une renonciation, les tribunaux n'ont pas du tout examiné les questions de partialité en termes de compétence, même si, comme dans les arrêts *French* et *Ringrose*, ils auraient pu facilement le faire.

Du point de vue de la logique cette attitude peut bien comporter une certaine ambiguïté. L'ouvrage canadien le plus récent, Jones et de Villars, *Principles of Administrative Law*, Carswell, 1985, page 97, affirme que [TRADUCTION] «En principe, toutes les mesures administratives *ultra vires* de leur auteur sont nulles, non annulables et il n'y a aucun degré d'invalidité», mais reconnaît à la page 98 que les juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, sont à la majorité d'opinion contraire. On retrouve la même ambiguïté dans Halsbury, précité, et de Smith, précité, ainsi que dans les arrêts de la Cour suprême du Canada eux-mêmes, car la plupart de ceux qui portent sur ce point ont été rendus par une cour divisée. Sans doute les tribunaux ont-ils été limités parce qu'ils se préoccupaient des conséquences pratiques d'une application trop rigide de la logique. L'un des auteurs de *common law* les plus érudits, le juge Holmes, a écrit il y a un siècle dans son ouvrage *The Common Law*, à la page 1 que [TRADUCTION] «L'existence du droit n'est pas fondée sur la logique; elle est fondée sur l'expérience».

De toute façon, lorsque l'avocat d'EAEL a été mis en demeure par la Cour, il n'a pas été en mesure de citer de jurisprudence à l'appui de sa thèse juridique. Il a plutôt été obligé de se fonder uniquement sur son interprétation de la nécessité logique inhérente dans l'arrêt *MacBain* de cette Cour. Une telle interprétation n'a aucune valeur tant devant le texte exprès de l'arrêt *MacBain* que devant le droit général.



Taken against the background of the law as a whole, the *MacBain* decision can therefore be put in context in three simple propositions: (1) had it not been for the Bill of Rights, the legislative scheme alone would have been a complete answer to the allegation of reasonable apprehension of bias; (2) the Bill of Rights applies to nullify such a legislative infringement of rights to the extent that the rights have been invoked in time; and, (3) because the Bill of Rights here acts only negatively, by preventing deprivation of rights, it affords no protection to those who even impliedly waive their rights. In the result, the reasoning of the *MacBain* decision, based as it is on the effect of the *Canadian Bill of Rights*, cannot apply to AECL, which until now has never claimed its fundamental right to be free from a reasonable apprehension of bias. Thus the *MacBain* decision will, in its own words (*supra*, at page 888 F.C.; 136 N.R.), "affect only the appellant/applicant in this case and possibly several other cases where the fact situation is identical to this case." Those other identical fact situations can be only those where the party affected asserted its rights from the earliest practicable time.

I would, therefore, answer the question posed as follows: yes, in the light of both the express and the implied waiver by AECL of any challenge to the Tribunal on the basis of reasonable apprehension of bias.

Si on examine l'arrêt *MacBain* dans le cadre du droit dans son ensemble, on peut, par conséquent, en établir le contexte au moyen de trois simples propositions: 1) n'eût été la Déclaration des droits, l'esprit de la loi seule aurait constitué une réponse complète à l'allégation de crainte raisonnable de partialité; 2) la Déclaration des droits s'applique pour annuler une telle violation des droits par la loi dans la mesure où les droits ont été invoqués en temps opportun; et 3) parce que la Déclaration des droits en l'espèce agit seulement de façon négative, pour empêcher la privation de droits, elle n'accorde aucune protection à ceux qui renoncent à leurs droits, même de façon implicite. En définitive, le raisonnement de l'arrêt *MacBain*, fondé sur l'effet de la *Déclaration canadienne des droits*, ne peut s'appliquer à EACL qui jusqu'à maintenant n'avait jamais réclamé son droit fondamental d'échapper à toute crainte raisonnable de partialité. Donc l'arrêt *MacBain*, selon ses propres termes (précité, à la page 888 C.F.; 136 N.R.), «s'adresse uniquement à l'appelant/requérant dans la présente affaire et, il est possible, à des parties dans d'autres affaires dont les faits sont identiques à ceux de l'espèce». Ces autres situations dont les faits sont identiques ne peuvent être que celles où les parties visées ont affirmé leurs droits à la première occasion.

Par conséquent, je suis d'avis de répondre à la question qui a été posée de la manière suivante: oui, compte tenu de la renonciation expresse et implicite d'EACL à toute contestation de la compétence du Tribunal fondée sur la crainte raisonnable de partialité.