

Public Service Alliance of Canada *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen represented by the
Attorney General of Canada** *Respondent*

and

Econosult Inc. *Mis en cause*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PUBLIC
SERVICE ALLIANCE OF CANADA

File No.: 21393.

1990: May 22; 1991: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Labour relations — Public Service — Employment —
Teachers working in penitentiary pursuant to govern-
ment contract with private corporation — Teachers pro-
vided by private corporation doing same work as those
in service of Solicitor General — Public Service Staff
Relations Board concluding that teachers provided by
private corporation were Government employees for
purposes of collective bargaining — Whether Board had
jurisdiction to determine who is employee of Public Ser-
vice — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970,
c. P-35, ss. 2, 33, 98.*

*Administrative law — Judicial review — Jurisdic-
tional error — Standard of review.*

When educational programs for inmates of federal penitentiaries were instituted by the Solicitor General, the teachers hired became part of the Solicitor General's staff, were classified as civil servants and formed part of a bargaining unit known as the Educational Group. The Solicitor General later decided to privatize the educational programs. Accordingly, the Government entered into a contract with Seradep Inc. for the supply of teachers to provide instruction at one of its penitentiaries. The duties of these teachers were precisely defined by the

* Chief Justice at the time of judgment.

**Alliance de la Fonction publique du
Canada** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine représentée par le
procureur général du Canada** *Intimée*

b et

Econosult Inc. *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) c.
ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA

N° du greffe: 21393.

1990: 22 mai; 1991: 21 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Relations de travail — Fonction publique — Emploi
— Enseignants travaillant dans un pénitencier aux
termes d'un contrat avec une société privée — Les
enseignants fournis par la société privée accomplis-
saient le même travail que les enseignants au service du
Solliciteur général — La Commission des relations de
travail dans la Fonction publique a conclu que les
enseignants fournis par la société privée étaient des
employés du gouvernement pour les fins de la négocia-
tion collective — La Commission a-t-elle compétence
pour déterminer qui est employé de la Fonction
publique? — Loi sur les relations de travail dans la
Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-35, art. 2, 33, 98.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Erreur
jurisdictionnelle — Norme de contrôle.*

Quand le Solliciteur général a mis sur pied des programmes de formation pour les détenus des pénitenciers fédéraux, les enseignants engagés faisaient partie de son personnel, étaient classés comme fonctionnaires et faisaient partie d'une unité de négociation connue sous le nom de groupe de l'enseignement. Plus tard, le Solliciteur général a décidé de privatiser les programmes de formation. En conséquence, le gouvernement a conclu un contrat avec Seradep Inc. qui devait embaucher des enseignants afin de fournir la formation à l'un de ses

* Juge en chef à la date du jugement.

Government. They were under the control of a supervisor employed by Seradep Inc. but it was a member of the correctional service who monitored the quality of instruction. When the contract with Seradep Inc. expired, a similar contract was concluded with Econosult Inc. Both contracts contained a clause stating expressly that the teachers were not hired as employees of the Crown. While the contract with Seradep Inc. was still in force, the appellant filed an application with the Public Service Relations Board seeking a declaration that first, all teaching employees at the penitentiary, including those provided by Seradep Inc., were employees of the Government, and second, that these teachers were members of the Educational Group for which the appellant was the certified bargaining agent. The application was based upon ss. 33 and 98 of the *Public Service Staff Relations Act*. The Board adopted the view that in the context of labour relations, the "substance" rather than the "form" of the relationship must be examined. It concluded that a true employer/employee relationship existed between the Solicitor General and the teachers supplied by Econosult Inc. in spite of the existence of the contract and granted appellant's application. The Federal Court of Appeal set aside the Board's decision. The majority held that the Board did not have the jurisdiction to decide who was an employee of the Public Service. Rather, the Board's authority applied only to public servants recognized as such by legislation other than its enabling statute and by the authority of a body other than itself.

Held (Cory J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: The standard of review will depend on whether the interpretation of s. 33 of the *Public Service Staff Relations Act* and, in particular, the word "employees" contained therein, was intended by Parliament to be left to the Board or whether it is a provision limiting jurisdiction. If it is the latter then the Board's interpretation is reviewable if it is wrong. If, however, the interpretation of s. 33 and more specifically the meaning of the term "employees", was intended to be left to the Board then its decision is not reviewable unless the interpretation placed upon those provisions is patently unreasonable and the Board thereby exceeded its jurisdiction. In determining whether there has been a simple error in interpreting a provision conferring or limiting jurisdiction as in deter-

établissements. Les tâches de ces enseignants étaient précisément définies par le gouvernement. Ils étaient soumis au contrôle d'un surveillant employé de Seradep Inc., mais c'est un fonctionnaire du Service correctionnel qui surveillait la qualité de l'enseignement. Quand le contrat de Seradep Inc. a pris fin, un contrat semblable est intervenu avec Econosult Inc. Les deux contrats comportaient une clause qui prévoyait expressément que les enseignants n'étaient pas engagés à titre d'employés de Sa Majesté. Pendant que le contrat avec Seradep Inc. était encore en vigueur, l'appelante a présenté à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique une demande visant à obtenir une déclaration que tous les enseignants qui travaillaient au pénitencier, y compris ceux que fournissait Seradep Inc., étaient des employés du gouvernement et que ces enseignants étaient membres du groupe de l'enseignement dont l'appelante était l'agent négociateur accrédité. La demande était fondée sur les art. 33 et 98 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. La Commission a adopté le point de vue qu'en matière de relations de travail, il faut s'attacher au «contenu» plutôt qu'à la «forme» de la relation. Elle a conclu qu'il existait une véritable relation employeur-employé entre le Solliciteur général et les enseignants fournis par Econosult Inc. malgré l'existence d'un contrat; elle a donc accordé la déclaration demandée. La Cour d'appel fédérale a annulé la décision de la Commission. La Cour, à la majorité, a conclu que la Commission n'était pas compétente pour décider qui était un employé de la Fonction publique. Plus exactement, l'autorité de la Commission ne s'appliquait qu'aux fonctionnaires reconnus comme tels par une loi autre que sa loi habilitante et par un organisme autre qu'elle-même.

Arrêt (le juge Cory est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: La norme de contrôle dépend de la question de savoir si le Parlement avait l'intention de laisser à la Commission le soin d'interpréter l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail* et, en particulier, le mot «employés» qu'il comporte, ou s'il s'agit d'une disposition limitative de compétence. Dans la seconde hypothèse, l'interprétation donnée par la Commission est susceptible de contrôle judiciaire si elle est erronée. Toutefois, si le législateur a voulu laisser à la Commission le soin d'interpréter l'art. 33 et, plus précisément, le sens du mot «employés», alors la décision de cette dernière n'est pas susceptible de contrôle judiciaire à moins que l'interprétation donnée à ces dispositions ne soit manifestement déraisonnable et que la Commission n'ait, par le fait

mining whether jurisdiction has been exceeded by a patently unreasonable error a pragmatic and functional approach must be adopted.

The application of the pragmatic and functional approach to the construction of these provisions leads to the conclusion that Parliament did not intend to confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who are not members of the Public Service.

First, the Board's function under s. 33 is to determine whether employees, as defined in the Act, are included in a bargaining unit. By expressly defining the word "employee" in s. 2, Parliament clearly indicated its intention to limit the Board's jurisdiction to persons employed in the Public Service and who are not covered by the *Canada Labour Code*.

Second, the creation of a category of *de facto* public servant is not in keeping with the purpose of the legislation. The *Public Service Staff Relations Act*, the *Public Service Employment Act* and the *Financial Administration Act*, when read with the *Canada Labour Code*, reveal a scheme to create two separate and distinct labour regimes for two categories of federal employees. There is no place in this legal structure for a public servant without a position created by the Treasury Board and without an appointment made by the Public Service Commission. Moreover, the reason for the Board's existence in this scheme of labour relations is the resolution of labour management disputes between the Federal Government and its employees. Those who are authorized to bring disputes before the Board are employees, employee organizations and employers as defined in the legislation which clearly confines the ambit of these disputes to the Public Service. No purpose is served by extending its jurisdiction to employees outside the Public Service who have recourse to other labour relations legislation, either federal or provincial.

Third, in providing a clear definition of the employees and the employer who are subject to the Board's jurisdiction, Parliament clearly showed its intention that

même, excédé sa compétence. Pour déterminer s'il y a eu une simple erreur d'interprétation d'une disposition qui confère ou limite la compétence, tout comme pour déterminer s'il y a eu excès de compétence en raison d'une erreur manifestement déraisonnable, il faut avoir recours à une méthode pragmatique et fonctionnelle.

La façon pragmatique et fonctionnelle d'interpréter ces dispositions mène à la conclusion que le Parlement n'a pas eu l'intention d'attribuer à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui ne sont pas membres de la Fonction publique.

Premièrement, en vertu de l'art. 33, le rôle de la Commission consiste à déterminer si les employés qui répondent à la définition de la Loi appartiennent à une unité de négociation. En définissant expressément le mot «employé» à l'art. 2, le Parlement a clairement manifesté son intention de limiter la compétence de la Commission aux personnes qui sont employées dans la Fonction publique et qui ne sont pas assujetties au *Code canadien du travail*.

Deuxièmement, la création d'une catégorie de fonctionnaires de fait est incompatible avec l'objet des dispositions législatives. La *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et la *Loi sur la gestion des finances publiques*, considérées avec le *Code canadien du travail*, révèlent une intention de créer deux régimes séparés et distincts de relations de travail pour deux catégories d'employés fédéraux. Dans cette construction juridique, il n'y a pas de place pour un fonctionnaire sans poste créé par le Conseil du Trésor et sans nomination faite par la Commission de la Fonction publique. De plus, la raison d'être de la Commission dans ce régime de relations de travail est le règlement des conflits de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés. Ceux qui peuvent soumettre des litiges à la Commission sont des employés, des organisations d'employés et des employeurs au sens des dispositions législatives qui restreignent manifestement ces litiges à la Fonction publique. Il ne servirait à rien d'étendre la compétence de la Commission à des employés qui ne font pas partie de la Fonction publique et qui peuvent invoquer d'autres dispositions législatives, fédérales ou provinciales, en matière de relations de travail.

Troisièmement, en fournissant une définition claire des employés et de l'employeur qui sont assujettis à la compétence de la Commission, le Parlement a clairement manifesté son intention de ne pas s'en remettre à l'expertise générale de la Commission dans le domaine

the Board should not rely on its general labour expertise to extend the reach of this definition.

The conclusion that Parliament did not confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who are not members of the Public Service is not at variance with previous decisions of this Court. No case gives the Board the authority to decide that persons hired by a private contract fall within the definition of "employee" in the *Public Service Staff Relations Act* notwithstanding that they have not been appointed as public servants in accordance with the established statutory requirements.

Per Cory J. (dissenting): The application of the functional and pragmatic approach set forth in *Bibeault* clearly establishes that the Board had jurisdiction under s. 33 of the *Public Service Staff Relations Act* to decide whether the Econosult Inc. teachers were members of the bargaining unit.

The purpose of the Act, as reflected by s. 98, is to provide the means for achieving the speedy resolution of disputes arising out of a collective agreement between the Federal Government and its employees. While the Board is required under s. 33 to determine who are the members of a bargaining unit, it was not necessary in this case for the Board, in carrying out its assigned role under that section, to determine whether an employee was a member of the Public Service—i.e., an employee as defined in s. 2. A person can well be a member of a bargaining unit for collective bargaining purposes, and yet not be a public servant entitled to all the special benefits and perquisites that flow from membership in the Public Service. Here, in making its decision as to whether teachers doing the same work in the same institution should belong to the same bargaining unit, the Board carried out a function which lay logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board by the Act. The wording of s. 98 itself made it incumbent on the Board to make a finding on this issue.

Further, it is apparent that the Board's *raison d'être* is the resolution of labour management disputes that may erupt between the Federal Government and its employees, and the Board acted within its area of expertise in that field and carried out its mandate in deciding that the Econosult Inc. teachers were members of the bargaining unit. The Board has been given wide powers and its decisions, which are protected by a privative clause, require the utilization of expert skill or knowledge in the

des relations ouvrières pour étendre la portée de cette définition.

La conclusion que le Parlement n'a pas attribué à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui n'appartiennent pas à la Fonction publique ne s'écarte pas des décisions antérieures de notre Cour. Aucun arrêt n'affirme que la Commission a la compétence de décider que des personnes engagées en vertu d'un contrat privé relèvent de la définition d'«employé» au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, même si elles n'ont pas été nommées fonctionnaires conformément aux exigences légales établies.

Le juge Cory (dissent): L'application de l'analyse fonctionnelle et pragmatique énoncée dans l'arrêt *Bibeault* établit clairement que la Commission, en vertu de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, avait le pouvoir de décider si les enseignants d'Econosult Inc. faisaient partie de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement.

Comme son art. 98 l'indique, la Loi a pour objet de fournir le moyen de résoudre avec célérité les différends qui surviennent entre le gouvernement fédéral et ses employés. Bien que l'art. 33 exige de la Commission qu'elle détermine quels sont les membres d'une unité de négociation, il n'était pas nécessaire, en l'espèce, que la Commission, en exerçant le rôle qui lui était attribué en vertu de cet article, détermine si un employé était membre de la Fonction publique, c'est-à-dire un employé au sens de l'art. 2. Une personne peut bien être membre d'une unité de négociation à des fins de négociation collective et ne pas être un fonctionnaire qui a droit à tous les avantages spéciaux et les émoluments qui découlent de l'appartenance à la Fonction publique. En l'espèce, pour décider si les enseignants qui exécutaient le même travail dans le même établissement devaient faire partie de la même unité de négociation, la Commission a exercé une fonction qui, logiquement, est au cœur de la compétence spécialisée que la Loi lui a conférée. Selon les termes de l'art. 98, il incombait à la Commission de rendre une décision sur cette question.

De plus, il ressort que la Commission a pour raison d'être de résoudre les différends ouvriers-patronaux qui peuvent survenir entre le gouvernement fédéral et ses employés et que la Commission a agi dans le cadre de son domaine d'expertise et a exercé son mandat lorsqu'elle a conclu que les enseignants d'Econosult Inc. étaient membres de l'unité de négociation. La Commission a obtenu des pouvoirs étendus et ses décisions, qui sont protégées par une clause privative, font appel à des

field of labour relations involving the Federal Government and its employees. The question of whether a person can be an employee, for the purposes of collective bargaining, without going through the formalities set out in the *Public Service Employment Act*, is a substantive question that the Board was required to consider in order to attain the aim of the *Public Service Staff Relations Act* and to fulfill its role.

The Board's decision was not patently unreasonable. A person need not be appointed by the Public Service Commission pursuant to s. 8 of the *Public Service Employment Act* in order to be classified as an employee of the Federal Government and a member of a bargaining unit under s. 33 of the *Public Service Staff Relations Act*. It is not the form of the arrangement or the expressed intent of the Government which is determinative of the issue; rather, it is the substance of the relationship that must govern the decision. Here, it was apparent that, quite apart from appointments made under s. 8 of the *Public Service Employment Act*, government officials could *de facto* create a position. The Board, after carefully examining the situation of the contract workers, determined that they were employees of the Federal Government for collective bargaining purposes. The Board's decision was consistent with the facts presented, the decided cases and with the provisions of the *Public Service Staff Relations Act*, and appeared to be a reasonable one.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; **referred to:** *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 346; *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc.*, [1984] O.L.R.B. Rep. July 931; *Brantwood Manor Nursing Homes Ltd.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332; *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489; *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, [1989] 1 F.C. 176.

By Cory J. (dissenting)

Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen, [1978] 1 F.C. 346; *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503; *Anisminic Ltd. v. Foreign*

connaissances et des compétences spécialisées en matière de relations de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés. La question de savoir si une personne peut être un employé, aux fins de la négociation collective, sans passer par les formalités établies par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* constitue une question de fond que la Commission était tenue d'examiner pour réaliser l'objectif de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et remplir son rôle.

La décision de la Commission n'était pas manifestement déraisonnable. Il n'est pas nécessaire qu'une personne soit nommée par la Commission de la Fonction publique conformément à l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* pour être qualifiée d'employé du gouvernement fédéral et appartenir à une unité de négociation en vertu de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Ce n'est pas la forme de l'entente, ni l'intention exprimée par le gouvernement qui est déterminante de la question, c'est plutôt le contenu de la relation qui doit régir la décision. En l'espèce, il était évident que, outre les nominations faites en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, les fonctionnaires du gouvernement peuvent en fait créer un poste. Après avoir attentivement examiné la situation des contractuels, la Commission a déterminé qu'ils étaient des employés du gouvernement fédéral aux fins de la négociation collective. La décision de la Commission était compatible avec les faits présentés, la jurisprudence et les dispositions de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et paraissait raisonnable.

Jurisprudence

g Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; **arrêts mentionnés:** *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 346; *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc.*, [1984] O.L.R.B. Rep. July 931; *Brantwood Manor Nursing Homes Ltd.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332; *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489; *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, [1989] 1 C.F. 176.

Citée par le juge Cory (dissident)

Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine, [1978] 1 C.F. 346; *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503; *Anisminic Ltd. v. Foreign*

Compensation Commission, [1969] 2 A.C. 147; *Re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374; *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 A.C. 237; *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941); *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944); *Udall v. Tallman*, 380 U.S. 1 (1965); *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Blanco v. Rental Commission*, [1980] 2 S.C.R. 827; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489.

Compensation Commission, [1969] 2 A.C. 147; *Re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374; *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 A.C. 237; *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941); *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944); *Udall v. Tallman*, 380 U.S. 1 (1965); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 5, 6, 16.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, f s. 28.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(2) [am. c. 9 (1st Supp.), s. 22(2)], (3).
Industrial Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 34(1) [am. 1987, c. 24, s. 24].
Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27, s. 39 [am. 1983, c. 22, s. 21].
Labour Relations Act, R.S.M. 1987, c. L10, s. 142(5).
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 106(2).
Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 11(3). h
Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 2 "employee", "Public Service", 8, 22 to 27.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, ss. 2 "employee", "employer", "Public Service", 3, 7, 33, 57, 98 [am. 1974-75-76, c. 67, s. 27].
Trade Union Act, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 19(1).

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 5, 6, 16.
Code du travail, L.R.Q. 1977, ch. C-27, art. 39 [mod. 1983, ch. 22, art. 21].
Industrial Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 34(1) [mod. 1987, ch. 24, art. 24].
Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 11(3). g
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 28.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2) [mod. ch. 9 (1^{er} suppl.), art. 22(2)], (3).
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 2 «employé», «Fonction publique», 8, 22 à 27.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 106(2). i
Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-35, art. 2 «employé», «employeur», «Fonction publique», 3, 7, 33, 57, 98 [mod. 1974-75-76, ch. 67, art. 27].
Loi sur les relations du travail, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 142(5). j
Trade Union Act, R.S.N.S. 1989, ch. 475, art. 19(1).

Authors Cited

Craig, Paul P. *Administrative Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Schwartz, Bernard and H. W. R. Wade. *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States*. Oxford: Clarendon Press, 1972.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 633, allowing respondent's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board (1988), 13 P.S.S.R.B. Decisions 6. Appeal dismissed, Cory J. dissenting.

Dianne Nicholas, for the appellant.

Raymond Piché and *Gaspard Côté*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

SOPINKA J.—The question raised by this appeal is whether the Public Service Staff Relations Board (the "Board") had jurisdiction to decide that teachers working in the Cowansville Penitentiary pursuant to a government contract with the mis en cause Econosult Inc. ("Econosult") were employees in the Public Service within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35 ("*Staff Relations Act*"). I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Cory J. and with respect, I cannot agree with the conclusion that he has reached.

1. Facts and Proceedings

In 1971, the Solicitor General for Canada instituted educational programs for the inmates of federal penitentiaries. The educational services were to be provided by Government employees. In 1984, the Solicitor General decided to privatize the educational programs by having recourse to agencies in the private sector to provide the required teaching services.

Doctrine citée

Craig, Paul P. *Administrative Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Schwartz, Bernard and H. W. R. Wade. *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States*. Oxford: Clarendon Press, 1972.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 633, qui a accueilli la demande, présentée par l'intimée en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, de révision et d'annulation d'une décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (1988), 13 Décisions de la C.R.T.F.P. 6. Pourvoi rejeté, le juge Cory est dissident.

Dianne Nicholas, pour l'appelante.

Raymond Piché et *Gaspard Côté*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (la «Commission») avait compétence pour statuer que des enseignants qui travaillaient au pénitencier de Cowansville, conformément à un contrat du gouvernement conclu avec la mise en cause Econosult Inc. («Econosult») étaient des employés de la Fonction publique au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-35 («*Loi sur les relations de travail*»). J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne puis partager la conclusion qu'il a tirée.

1. Les faits et les procédures

En 1971, le solliciteur général du Canada a mis sur pied des programmes de formation pour les détenus des pénitenciers fédéraux. Les services d'enseignement devaient être fournis par des employés du gouvernement. En 1984, le Solliciteur général a décidé de privatiser les programmes de formation en faisant appel à des agences du secteur privé pour fournir les

There were several reasons motivating this decision. In addition to ensuring the high quality of the programs by requiring that the education of the inmates be provided by teachers from accredited Boards of Education, colleges and universities, it was hoped that the privatization would bring about certain advantages such as lower cost, efficiency and flexibility as to the variety of courses available to inmates.

Accordingly, in May of 1985, Supply and Services Canada entered into a contract with Seradep Inc. ("Seradep") for the supply of teachers to provide instruction at the Cowansville Penitentiary in Quebec. The duties of the employees of Seradep were precisely defined by the Government, but they were nonetheless to be under the control of a supervisor employed by Seradep. A member of the correctional service was to monitor the quality of instruction.

When the contract with Seradep expired in July 1987, a similar contract was concluded with Econosult. Both contracts contained a clause stating expressly that the teachers were not hired as employees of the Crown:

This is a Contract for the performance of a service and the Contractor is engaged as an independent Contractor for the sole purpose of providing a service. Neither the Contractor nor any of his personnel is engaged as an employee, servant or agent of Her Majesty. The Contractor further agrees to be solely responsible for any and all payments and/or deductions required to be made respecting Unemployment Insurance, Workmen's Compensation, Income Tax or such payment deductions falling within this particular category. [Emphasis added.]

While the first contract with Seradep was still in force, the appellant, the Public Service Alliance of Canada ("P.S.A.C."), filed an application with the Board seeking first, a declaration that all teaching employees at the Cowansville Penitentiary, including those provided by Seradep, were employees of the Federal Government and second, that these teachers were members of the Educational Group for which the P.S.A.C. was the certified bargaining agent. The specific findings which the Board was asked to make were as follows:

services pédagogiques requis. Plusieurs motifs étaient à l'origine de cette décision. En plus d'assurer la haute qualité des programmes en exigeant que la formation des détenus soit réalisée par des enseignants de commissions scolaires, de collèges et d'universités accrédités, on espérait que la privatisation procurerait certains avantages comme la diminution des coûts, l'efficacité et la souplesse dans le choix des cours offerts aux détenus.

En conséquence, en mai 1985, Approvisionnement et Services Canada a conclu avec Seradep Inc. («Seradep») un contrat en vue d'obtenir les services d'enseignants qui seraient chargés de la formation au pénitencier de Cowansville au Québec. Le gouvernement définissait précisément les tâches que devaient remplir les employés de Seradep, mais ceux-ci étaient néanmoins soumis au contrôle d'un surveillant au service de Seradep. Un membre du Service correctionnel devait vérifier la qualité de l'enseignement.

Lorsque le contrat de Seradep a pris fin en juillet 1987, un contrat semblable est intervenu avec Econosult. Les deux contrats comportaient une clause qui prévoyait expressément que les enseignants n'étaient pas engagés à titre d'employés de Sa Majesté:

Les présentes constituent un contrat souscrit en vue de la prestation d'un service et l'entrepreneur n'est engagé que pour fournir un service. Ni l'entrepreneur ni son personnel n'est engagé à titre d'employé, de fonctionnaire ou de mandataire de Sa Majesté. C'est d'autre part à l'entrepreneur seul qu'incombe la charge d'effectuer tous paiements ou retenues au titre de l'assurance-chômage, de l'assurance contre les accidents du travail ou de l'impôt sur le revenu et autres retenues tombant dans cette même catégorie. [Je souligne.]

Pendant que le premier contrat avec Seradep était encore en vigueur, l'appelante, l'Alliance de la Fonction publique du Canada («A.F.P.C.») a présenté à la Commission une demande visant, premièrement, à obtenir une déclaration que tous les enseignants au pénitencier de Cowansville, y compris ceux fournis par Seradep, étaient des employés du gouvernement fédéral et, deuxièmement, que ces enseignants étaient membres du groupe de l'enseignement dont l'A.F.P.C. était l'agent négociateur accrédité. Plus précisément, on demandait que la Commission:

[TRANSLATION]

- | | |
|--|---|
| <p>(a) find that all teaching employees at the Cowansville Penitentiary are employees of the respondent employer (Her Majesty the Queen in right of Canada, represented by the Treasury Board), including those providing their services through Seradep Inc.;</p> | <p>a) déclare que tous les employés enseignants à l'Institution de Cowansville sont les employés de l'employeur-intimée (Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le Conseil du Trésor) y compris ceux prodiguant leurs services par le truchement de Seradep Inc.;</p> |
| <p>(b) find that all employees teaching at the Cowansville Penitentiary are members of the Education Group (ED) of the bargaining unit;</p> | <p>b) déclare que tous les employés enseignant à l'Institution de Cowansville sont membres de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement (ED);</p> |
| <p>(c) find that the Public Service Alliance of Canada is the certified bargaining agent for all employees teaching at Cowansville Penitentiary;</p> | <p>c) déclare que l'Alliance de la Fonction publique du Canada est l'agent négociateur accrédité de tous les employés enseignant à l'Institution de Cowansville;</p> |
| <p>(d) find that the respondent employer must comply with clause 10 of the collective agreement concerning the withholding of union dues</p> | <p>d) déclare que l'employeur-intimée doit se conformer à l'article 10 de la Convention collective, portant sur la retenue syndicale . . .</p> |

Decision of the Board

The Board acknowledged at the outset that if it were to be limited by what it considered to be mere "form", there would be no controversy that the teachers in question were employees of Econosult. Moreover, it was not disputed that there were differences in the hiring process and working conditions of the Econosult employees as opposed to Government employees. First, a supervisor employed by Econosult was responsible for overseeing the services provided by the latter as opposed to the Government employees who were under the supervision of a member of the correctional service. Second, only the Government employees were sworn in as public servants under oath of office. Third, the working conditions of the Government employees were to be negotiated collectively pursuant to the *Staff Relations Act* in contrast to the teachers from the private sector whose working conditions were negotiated on an individual basis with Econosult. Finally, the contract between the Government and Econosult provided explicitly that the latter was responsible for the hiring of the teachers as opposed to Government employees who are hired following the procedure provided for in the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32 ("*Employment Act*").

La décision de la Commission

La Commission a reconnu au départ que si elle devait se limiter à ce qu'elle considère comme une question de pure «forme», il n'y aurait aucun doute que les enseignants en cause étaient des employés d'Econosult. De plus, personne n'a contesté qu'il y avait des différences entre le processus d'embauche et les conditions de travail des employés d'Econosult et ceux des employés du gouvernement. Premièrement, un surveillant employé par Econosult était chargé de surveiller les services fournis par les employés de celle-ci alors que les employés du gouvernement étaient sous la surveillance d'un membre du Service correctionnel. Deuxièmement, seuls les employés du gouvernement avaient prêté un serment d'office en tant que fonctionnaires. Troisièmement, les conditions de travail des employés du gouvernement devaient être négociées collectivement, conformément à la *Loi sur les relations de travail*, alors que pour les enseignants du secteur privé les conditions de travail étaient établies par des négociations individuelles avec Econosult. Enfin, le contrat conclu entre le gouvernement et Econosult mentionnait expressément que celle-ci était chargée d'embaucher les enseignants, alors que les employés du gouvernement étaient embauchés selon la procédure prescrite dans la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32 ("*Loi sur l'emploi*").

Notwithstanding these significant differences, the Board concluded that the true employer of the said teachers was the Government of Canada. As employees of the Government of Canada it was not contested that they were members of the bargaining unit (Educational Group). The Board adopted the view that in the context of labour relations, the "substance" rather than the "form" of the relationship must be examined. The Board was of the opinion that the evidence revealed that Econosult played a rather "marginal" role in the work-life of the teachers.

The Board made the findings which were requested in the following terms:

Having regard to all the above conclusions, my decision is as follows:

- (a) I declare that the teachers working at the Correctional Service Canada Cowansville Institution as "contract workers" for Econosult Inc., including Mrs. Lise Côté, the supervisor of education, are included in the teaching group bargaining unit, for which the Applicant is the bargaining agent under the Public Service Staff Relations Act;
- (b) I declare that the same persons were included in that bargaining unit in the month of February 1987;
- (c) I declare that the Treasury Board is obligated to comply with section 10 of the basic agreement, relating to union check off, with respect to these employees, commencing with the month of February 1987;
- (d) I order the Treasury Board to pay to the Applicant an amount equal to the amount that the latter would have collected if the Treasury Board had complied with section 10 of the agreement in question between February 1 and September 30, 1987; and
- (e) I shall retain jurisdiction over the reference under section 98 for the purpose of settling possible problems with respect to the calculation of the amount due to the Applicant.

Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 633

Marceau J.A., writing for the majority, made three observations leading to the conclusion that the Board

Malgré ces différences importantes, la Commission a conclu que le gouvernement du Canada était le véritable employeur desdits enseignants. On n'a pas contesté qu'à titre d'employés du gouvernement du Canada, les enseignants étaient membres de l'unité de négociation (groupe de l'enseignement). La Commission a adopté le point de vue qu'en matière de relations de travail, il faut s'attacher au «contenu» plutôt qu'à la «forme» de la relation. La Commission a été d'avis que la preuve révélait qu'Econosult jouait un rôle plutôt «marginal» dans la vie active des enseignants.

La Commission a rendu la décision qu'on lui avait demandé de rendre dans les termes suivants:

Eu égard à toutes les conclusions qui précèdent, ma décision est la suivante:

- a) je déclare que les enseignants qui travaillent à l'établissement Cowansville du Service correctionnel du Canada comme «contractuels» au service d'Econosult Inc., y compris Madame Lise Côté, le superviseur pédagogique, font partie de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement, pour laquelle la requérante est l'agent négociateur en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique;
- b) je déclare que les mêmes personnes faisaient partie de cette unité de négociation au mois de février 1987;
- c) je déclare que le Conseil du Trésor est obligé de se conformer à l'article 10 de la convention cadre, relative à la retenue syndicale, à l'égard de ces employés, et ceci à partir du mois de février 1987;
- d) j'ordonne au Conseil du Trésor de payer à la requérante un montant égal au montant que celle-ci aurait touché si le Conseil du Trésor s'était conformé à l'article 10 de ladite convention entre le 1^{er} février et le 30 septembre 1987; et
- e) je demeurerai saisi du renvoi en vertu de l'article 98 aux fins de régler des problèmes éventuels au sujet du calcul du montant dû à la requérante.

La Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 633

Le juge Marceau, qui a rédigé les motifs de la majorité, fait trois observations qui l'amènent à con-

had exceeded its jurisdiction in this case. First, public servants constitute a separate regime of labour relations and must be distinguished from employees of the private and semi-private sector. For example, s. 6 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, states expressly that Part I, dealing with "Industrial Relations", does not apply in respect of the employment of public servants. Marceau J.A. observed that the Public Service regime is defined in three statutes which must be read together and interpreted accordingly: the *Employment Act*, the *Staff Relations Act* and the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (previously R.S.C. 1970, c. F-10). Second, Marceau J.A. distinguished this case from those involving a dispute as to whether a person is an independent contractor or employee. There was no dispute in the case at bar that the teachers provided by Econosult were employees rather than independent contractors. The only controversy was whether they were Government employees or employees of Econosult. Finally, Marceau J.A. emphasized that in the case of employees of the private or semi-private sector, the legal relationship may be inferred from a situation of fact and no particular form is necessary to give rise to the relationship of employer/employee. On the other hand, the status of a public servant cannot be inferred from a mere situation of fact, as employment in the Public Service is subject to a comprehensive set of rules which are strictly enforced. For example, the *Staff Relations Act* defines precisely when a position will be considered to be part of the "Public Service". The *Financial Administration Act* confers on the Treasury Board the exclusive power to approve the creation of new positions and to determine their classification as well as their distribution amongst the various organs of the public administration. By virtue of the *Employment Act*, the Public Service Commission is entrusted with the exclusive power to appoint persons to the Public Service by way of nominations based on merit.

These observations led Marceau J.A. to the finding that the Board did not have jurisdiction to determine who is a member of the Public Service. He concluded

clure que la Commission a excédé sa compétence en l'espèce. D'abord, les fonctionnaires sont soumis à un régime distinct de relations de travail et doivent être distingués des employés du secteur privé ou semi-privé. Par exemple, l'art. 6 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, dit expressément que la partie I, qui vise les «Relations du travail», ne s'applique pas aux fonctionnaires. Le juge Marceau fait remarquer que le régime de relations de travail dans la Fonction publique est défini par trois lois qu'il faut interpréter comme un tout: la *Loi sur l'emploi*, la *Loi sur les relations de travail* et la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (auparavant la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10). Ensuite, le juge Marceau établit une distinction entre l'espèce et les affaires où le litige porte sur la question de savoir si une personne est un entrepreneur indépendant ou un employé. Il n'est pas contesté ici que les enseignants fournis par Econosult étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants. Le seul point en litige était de savoir s'ils étaient des employés du gouvernement ou des employés d'Econosult. Enfin, le juge Marceau souligne que, dans le cas des employés du secteur privé ou semi-privé, il est permis de conclure à l'existence d'un lien juridique à partir d'une situation de fait et qu'aucune formalité particulière n'est requise pour donner naissance à la relation employeur-employé. Par contre, il n'est pas possible de conclure à l'existence du statut de fonctionnaire à partir d'une simple situation de fait, car l'emploi dans la Fonction publique est assujéti à un ensemble complet de règles qu'il faut observer de façon stricte. Par exemple, la *Loi sur les relations de travail* définit précisément quand un poste est considéré comme faisant partie de la «Fonction publique». La *Loi sur la gestion des finances publiques* confère au Conseil du Trésor le pouvoir exclusif d'approuver la création de nouveaux postes et de déterminer leur classification ainsi que leur répartition entre les différents organes de l'administration publique. En vertu de la *Loi sur l'emploi*, la Commission de la Fonction publique a le pouvoir exclusif de nommer des personnes à la Fonction publique en vertu du régime du mérite.

Ces observations amènent le juge Marceau à conclure que la Commission n'avait pas compétence pour décider qui est membre de la Fonction publique.

that the Board's authority extends only to public servants recognized as such by a statute other than its governing statute and appointed by the authority of a body other than itself. The majority therefore referred the matter back to the Board for a determination of the application on the basis that the teachers employed by Econosult are not employees within the meaning of the *Staff Relations Act*.

Hugessen J.A. differed from the majority. He found support for the jurisdiction of the Board to decide the matter for the reasons given in *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 346. Hugessen J.A. also considered the decision of this Court in *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, as determinative that the decision as to what constitutes the creation of a position and the appointment to a position must be reached by means of an assessment of the facts in each case and not simply by looking to the intention of the employer.

2. Relevant Statutory Provisions

The application by the P.S.A.C. was based on ss. 33 and 98 of the *Staff Relations Act*:

33. Where, at any time following the determination by the Board of a group of employees to constitute a unit appropriate for collective bargaining, any question arises as to whether any employee or class of employees is or is not included therein or is included in any other unit, the Board shall, on application by the employer or any employee organization affected, determine the question.

98. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and

(a) the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the collective agreement or arbitral award, and

(b) the obligation, if any, is not an obligation the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the collective agreement or arbitral award applies,

either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board, which shall hear and determine whether there is an obligation

Il conclut que la compétence de la Commission s'étend exclusivement aux fonctionnaires reconnus comme tels en vertu d'une loi autre que sa loi habilitante et nommés par un organisme autre qu'elle-même. La majorité a donc renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle statue sur la demande en tenant compte du fait que les enseignants engagés par Econosult ne sont pas des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail*.

Le juge Hugessen a été dissident. Il a estimé que la Commission avait compétence pour se prononcer sur la question qui lui était soumise pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 346. Le juge Hugessen a aussi estimé que l'arrêt de notre Cour *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, établit qu'il faut décider ce qui constitue la création d'un poste et la nomination à un poste en procédant à une évaluation des faits de chaque cas et non seulement en considérant l'intention de l'employeur.

2. Les dispositions législatives pertinentes

La demande de l'A.F.P.C. est fondée sur les art. 33 et 98 de la *Loi sur les relations de travail*:

33. Lorsque, à un moment quelconque après que la Commission a décidé qu'un groupe d'employés constitue une unité habile à négocier collectivement, se pose la question de savoir si un employé ou une classe d'employés en fait ou n'en fait pas partie ou fait partie d'une autre unité, la Commission doit, sur demande de l'employeur ou de toute association d'employés concernée, trancher la question.

98. (1) Lorsque l'employeur et un agent négociateur ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale et

a) que l'employeur ou l'agent négociateur cherche à faire exécuter une obligation qu'on prétend découler de la convention collective ou de la décision arbitrale, et

b) que l'obligation, s'il en est, n'est pas une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief d'un employé de l'unité de négociation visée par la convention collective ou la décision arbitrale,

l'employeur ou l'agent négociateur peut, de la manière prescrite, renvoyer l'affaire à la Commission qui doit l'entendre et décider si l'obligation alléguée existe et,

as alleged and whether, if there is, there has been a failure to observe or to carry out the obligation.

dans l'affirmative, s'il y a eu inobservation ou inexécution.

(2) The Board shall hear and determine any matter referred to it pursuant to subsection (1) as though the matter were a grievance, and subsection 95(2) and sections 96 and 97 apply to the hearing and determination of that matter.

(2) La Commission doit entendre et trancher l'affaire qui lui est ainsi renvoyée en conformité du paragraphe (1) comme s'il s'agissait d'un grief, et le paragraphe 95(2) ainsi que les articles 96 et 97 s'appliquent à son audition et à la décision à rendre en l'espèce.

"Employee" and "employer" are defined in the *Staff Relations Act* as follows:

Les mots «employé» et «employeur» sont ainsi définis dans la *Loi sur les relations de travail*:

2. In this Act

2. Dans la présente loi

"employee" means a person employed in the Public Service, other than [exceptions not applicable] . . .

«employé» désigne une personne employée dans la Fonction publique, sauf [les exceptions ne s'appliquent pas] . . .

"employer" means Her Majesty in right of Canada as represented by,

«employeur» désigne Sa Majesté du chef du Canada représentée,

(a) in the case of any portion of the public service of Canada specified in Part I of Schedule I, the Treasury Board, and

a) dans le cas de tout élément de la fonction publique du Canada que spécifie la Partie I de l'annexe I, par le conseil du Trésor, et

(b) in the case of any portion of the public service of Canada specified in Part II of Schedule I, the separate employer concerned;

b) dans le cas de tout élément de la fonction publique du Canada que spécifie la Partie II de l'annexe I, par l'employeur distinct qui est en cause;

"Public Service" means the several positions in or under any department or other portion of the public service of Canada specified from time to time in Schedule I;

«Fonction publique» désigne l'ensemble des postes qui sont compris dans un ministère, département ou autre élément de la fonction publique du Canada que spécifie à l'occasion l'annexe I, ou qui en relèvent;

7. Nothing in this Act shall be construed to affect the right or authority of the employer to determine the organization of the Public Service and to assign duties to and classify positions therein.

7. Rien dans la présente loi ne doit s'interpréter comme portant atteinte au droit ou à l'autorité que possède l'employeur de déterminer comment doit être organisée la Fonction publique, d'attribuer des fonctions aux postes et de classer ces derniers.

The *Employment Act* provides:

La *Loi sur l'emploi* prévoit:

2. (1) In this Act

2. (1) Dans la présente loi

"employee" means a person employed in that part of the Public Service to which the [Public Service] Commission has the exclusive right and authority to appoint persons;

«employé» désigne une personne employée dans une partie de la Fonction publique relativement à laquelle la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de faire des nominations;

“Public Service” has the same meaning as in the *Public Service Staff Relations Act*.

«Fonction publique» a le même sens que dans la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*;

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

^a 8. Sous réserve de la présente loi, la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination.

Financial Administration Act

Loi sur la gestion des finances publiques

11. . . .

11. . . .

(2) Subject to the provisions of any enactment respecting the powers and functions of a separate employer but notwithstanding any other provision contained in any enactment, the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management including its responsibilities in relation to employer and employee relations in the public service, and without limiting the generality of sections 7 to 10,

^c (2) Sous réserve des seules dispositions de tout texte législatif concernant les pouvoirs et fonctions d'un employeur distinct, le Conseil du Trésor peut, dans l'exercice de ses attributions en matière de gestion du personnel, notamment de relations entre employeur et employés dans la fonction publique:

(a) determine the requirements of the public service with respect to human resources and provide for the allocation and effective utilization of human resources within the public service;

^d (a) déterminer les effectifs nécessaires à la fonction publique et assurer leur répartition et leur bonne utilisation;

(b) determine requirements for the training and development of personnel in the public service and fix the terms on which such training and development may be carried out;

^e (b) déterminer les besoins de formation et de perfectionnement du personnel de la fonction publique et fixer les conditions de mise en œuvre de cette formation et de ce perfectionnement;

(c) provide for the classification of positions and employees in the public service;

^f (c) assurer la classification des postes et des employés au sein de la fonction publique;

(d) determine and regulate the pay to which persons employed in the public service are entitled for services rendered, the hours of work and leave of those persons and any matters related thereto;

^g (d) déterminer et réglementer les traitements auxquels ont droit les personnes employées dans la fonction publique, leurs horaires et leurs congés, ainsi que les questions connexes;

(e) provide for the awards that may be made to persons employed in the public service for outstanding performance of their duties, for other meritorious achievement in relation to those duties and for inventions or practical suggestions for improvements;

^h (e) prévoir les primes susceptibles d'être accordées aux personnes employées dans la fonction publique pour les résultats exceptionnels ou autres réalisations méritoires auxquels elles sont parvenues dans le cadre de leurs fonctions, pour des inventions ou pour des idées pratiques d'amélioration;

(f) establish standards of discipline in the public service and prescribe the financial and other penalties, including suspension and discharge, that may be applied for breaches of discipline or misconduct, and the circumstances and manner in which and the authority by which or whom those penalties may be applied or may be varied or rescinded in whole or in part;

ⁱ (f) établir des normes de discipline dans la fonction publique et prescrire les sanctions pécuniaires et autres, y compris la suspension et le congédiement, susceptibles d'être appliquées pour manquement à la discipline ou pour inconduite et indiquer dans quelles circonstances, de quelle manière, par qui et en vertu de quels pouvoirs ces sanctions peuvent être appliquées, modifiées ou annulées, en tout ou en partie;

(g) [repealed c. 9 (1st Supp.), s. 22(2)];

(h) determine and regulate the payments that may be made to persons employed in the public service by way of reimbursement for travel or other expenses and by way of allowances in respect of expenses and conditions arising out of their employment; and ^a

(i) provide for such other matters, including terms and conditions of employment not otherwise specifically provided for in this subsection, as the Treasury Board considers necessary for effective personnel management in the public service. ^b

3. Jurisdiction of the Board

(a) *Standard of Review*

In respect of the standard of review I am in substantial agreement with the principles stated by Cory J. In this appeal it is necessary to consider whether the Board, in concluding that it could entertain the application made to it by the appellant, was interpreting a statutory provision which confers or limits jurisdiction. Essentially, this requires a determination as to whether the interpretation of s. 33 of the *Staff Relations Act* and, in particular the word "employees" contained therein, was intended by Parliament to be left to the Board or whether it is a provision limiting jurisdiction. If it is the latter then the Board's interpretation is reviewable if it is wrong. If, however, the interpretation of s. 33, and more specifically the meaning of the term "employees", was intended to be left to the Board then its decision is not reviewable unless the interpretation placed upon those provisions is patently unreasonable and the Board thereby exceeded its jurisdiction. ^e ^f ^g

In essence, this is a distillation of this complex area of the law which was made by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, when he stated (at p. 1086):

It is, I think, possible to summarize in two propositions the circumstances in which an administrative tribunal will exceed its jurisdiction because of error:

1. if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; and ^j

g) [abrogé ch. 9 (1^{er} suppl.), par. 22(2)];

h) déterminer et régler les indemnités susceptibles d'être versées aux personnes employées dans la fonction publique soit pour des frais de déplacement ou autres, soit pour des dépenses ou en raison de circonstances liées à leur emploi;

i) régler les autres questions, notamment les conditions de travail non prévues de façon expresse par le présent paragraphe, dans la mesure où il l'estime nécessaire à la bonne gestion du personnel de la fonction publique.

3. Compétence de la Commission

c) a) *Norme de contrôle judiciaire*

Dans l'ensemble, je suis d'accord avec les principes énoncés par le juge Cory quant à la norme de contrôle judiciaire. Dans le présent pourvoi, il faut déterminer si, en concluant qu'elle pouvait entendre la demande présentée par l'appelante, la Commission interprétait une disposition législative qui confère ou limite sa compétence. Essentiellement, il faut décider si le Parlement avait l'intention de laisser à la Commission le soin d'interpréter l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail* et, en particulier, le mot «employés» qu'il comporte, ou s'il s'agit d'une disposition limitative de compétence. Dans la seconde hypothèse, l'interprétation donnée par la Commission est susceptible de contrôle judiciaire si elle est erronée. Toutefois, si le législateur a voulu laisser à la Commission le soin d'interpréter l'art. 33 et, plus précisément, le sens du mot «employés», alors la décision de cette dernière n'est pas susceptible de contrôle judiciaire à moins que l'interprétation donnée à ces dispositions ne soit manifestement déraisonnable et que la Commission n'ait, par le fait même, excédé sa compétence. ^h

Le juge Beetz a fait un exposé succinct de ce domaine complexe du droit dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, quand il dit (à la p. 1086):

On peut je pense résumer en deux propositions les circonstances dans lesquelles un tribunal administratif excède sa compétence à cause d'une erreur:

1. Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'excède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement

tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;

2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

In the recent decision of this Court in *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, La Forest J. stated (at p. 1003):

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function; see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

Although Wilson J. and L'Heureux-Dubé J. dissented, both agreed with the basis for judicial review adopted by La Forest J. For example, L'Heureux-Dubé J. remarked (at p. 1033):

I agree with my colleague La Forest J. that courts must defer to the judgment of administrative tribunals in matters falling squarely within the area of their expertise. It is now well-established that an administrative tribunal exceeds its jurisdiction because of error only if: (1) it errs in a patently unreasonable manner in respect of a question which is within its jurisdiction; or, (2) it commits a simple error in respect of a legislative provision limiting the tribunal's powers (see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1086).

To the same effect see Wilson J. at p. 1020.

In determining whether there has been a simple error in interpreting a provision conferring or limiting jurisdiction, as in determining whether jurisdiction has been exceeded by a patently unreasonable error, a pragmatic, functional approach must be adopted. This emerges from the following statement of Beetz J. in *Bibeault* (at pp. 1088-89):

déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.

2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.

Dans l'arrêt récent de notre Cour *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, le juge La Forest dit (à la p. 1003):

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu'elle n'examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction; voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Bien que les juges Wilson et L'Heureux-Dubé aient été dissidentes, elles ont toutes les deux accepté la justification du contrôle judiciaire adoptée par le juge La Forest. Par exemple, le juge L'Heureux-Dubé fait observer (à la p. 1033):

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que les cours de justice doivent s'en remettre au jugement des tribunaux administratifs dans les matières qui relèvent directement de leur champ de spécialisation. Il est maintenant bien établi qu'un tribunal administratif n'exécède sa compétence à cause d'une erreur que 1) s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable à l'égard d'une question qui relève de sa compétence, ou 2) s'il commet une simple erreur à l'égard d'une disposition législative qui limite ses pouvoirs (voir *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1086).

Dans le même sens, voir le juge Wilson, à la p. 1020.

Pour déterminer s'il y a eu une simple erreur d'interprétation d'une disposition qui confère ou limite la compétence, tout comme pour déterminer s'il y a eu excès de compétence en raison d'une erreur manifestement déraisonnable, il faut avoir recours à une méthode pragmatique et fonctionnelle. C'est ce qui ressort de l'énoncé suivant du juge Beetz tiré de l'arrêt *Bibeault* (aux pp. 1088 et 1089):

At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. At this initial stage a pragmatic or functional analysis is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting the administrative tribunal's jurisdiction: in a case where a patently unreasonable error is alleged on a question within the jurisdiction of the tribunal, as in a case where simple error is alleged regarding a provision limiting that jurisdiction, the first step involves determining the tribunal's jurisdiction. [Emphasis added.]

Cory J. concludes that the interpretation of s. 33 of the *Staff Relations Act* is a matter within the jurisdiction of the Board. Since, in his opinion the decision of the Board is not patently unreasonable, he concludes that there is no basis for judicial review.

Adopting a pragmatic and functional approach to the construction of these provisions, I have come to the conclusion that Parliament did not intend to confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who are not members of the Public Service. The Board by an error of law has assumed jurisdiction that it was not intended to have. Its decision is, therefore, reviewable.

(b) *Application of the Standard*

(i) Wording of the Enactment

In my opinion the wording of s. 33 itself, aided by the definition of the word "employee" provided by s. 2, is practically decisive in this case. Section 33 is intended to enable the Board to resolve any question as to whether an employee or class of employees is or is not included in a bargaining unit. In the absence of a definition of "employee", it could be argued that the Board could determine who is an employee on the basis of tests that are generally employed in labour matters. These tests are customarily employed to resolve a dispute as to whether a person is an employee or an independent contractor. The express definition of "employee", however, shows a clear

À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal. L'analyse pragmatique ou fonctionnelle, à cette première étape, convient tout aussi bien pour le cas où l'on allègue une erreur dans l'interprétation d'une disposition qui circonscrit la compétence du tribunal administratif: dans le cas où l'on allègue une erreur manifestement déraisonnable sur une question qui relève de la compétence du tribunal comme dans le cas où l'on allègue une simple erreur sur une disposition qui circonscrit cette compétence, la première étape consiste à déterminer la compétence du tribunal. [Je souligne.]

Le juge Cory conclut que l'interprétation de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail* relève de la compétence de la Commission. Puisqu'à son avis la décision de la Commission n'est pas manifestement déraisonnable, il conclut que rien ne justifie le contrôle judiciaire.

Ayant adopté une approche pragmatique et fonctionnelle pour interpréter ces dispositions, j'arrive à la conclusion que le Parlement n'a pas eu l'intention d'attribuer à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui ne sont pas membres de la Fonction publique. La Commission s'est attribué, par une erreur de droit, une compétence qu'on ne voulait pas qu'elle ait. En conséquence, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

(b) *Application de la norme*

(i) Formulation de la disposition

À mon avis, la formulation de l'art. 33 lui-même, conjuguée à la définition du mot «employé» qu'on trouve à l'art. 2, est pratiquement déterminante en l'espèce. L'article 33 vise à habiliter la Commission à décider si un employé ou une catégorie d'employés appartient à l'unité de négociation. S'il n'y avait pas de définition du mot «employé», on pourrait soutenir que la Commission peut décider si quelqu'un est un employé en vertu des critères généralement utilisés dans les affaires de relations de travail. Ces critères servent ordinairement à déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. La définition expresse du mot «employé» montre cepen-

intention by Parliament that it has decided the category of employee over which the Board is to have jurisdiction. It is restricted to persons employed in the Public Service and who are not covered by the *Canada Labour Code*. The Board's function by the very words of s. 33 is not to determine who is an employee but rather whether employees who come within the definition provided, are included in a particular bargaining unit.

There is no provision in s. 33 or indeed in this statute that gives the Board exclusive jurisdiction to determine who is an employee on the basis of the Board's expertise. Such provisions are not uncommon in labour statutes when it is intended that the Board have the final word as to whether persons employed by the same employer are employees or independent contractors. One example of such a provision is s. 106(2) of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228. This exclusive power to determine who is an employee has been exercised to prevent an employer from contracting out work in breach of the collective agreement. This jurisdiction is usually exercised in the context of an unfair labour practice based on anti-union animus. Two cases decided by the Ontario Labour Relations Board illustrate the exercise of this power and, significantly, are cited by the Board in this case in support of its decision. They are *Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc.*, [1984] O.L.R.B. Rep. July 931, and *Brantwood Manor Nursing Homes Ltd.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332. Other examples of this express grant of jurisdiction to determine who is an employee are:

(1) *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 11(3);

(2) *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 34(1);

(3) *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 142(5);

(4) *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 19(1);

dant que le Parlement a clairement eu l'intention de déterminer lui-même la catégorie d'employés sur lesquels la Commission aurait compétence. Cette catégorie se limite aux personnes employées dans la Fonction publique et qui ne sont pas assujetties au *Code canadien du travail*. D'après le texte même de l'art. 33, le rôle de la Commission consiste non pas à déterminer qui est employé, mais plutôt à déterminer si les employés qui répondent à cette définition appartiennent à une unité particulière de négociation.

Il n'y a, ni dans l'art. 33, ni même dans la Loi, aucune disposition qui confère à la Commission compétence exclusive pour déterminer, en fonction de sa propre expertise, qui est un employé. Pareilles dispositions se retrouvent souvent dans les lois du travail quand on veut que la Commission ait le dernier mot quant à savoir si les personnes au service d'un même employeur sont des employés ou si elles sont des entrepreneurs indépendants. Le paragraphe 106(2) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 228, en est un exemple. Ce pouvoir exclusif de décider qui est un employé a été exercé pour empêcher un employeur de donner du travail à contrat en violation de la convention collective. Cette compétence s'exerce ordinairement dans le cadre d'une pratique déloyale de travail fondée sur un sentiment d'animosité envers les syndicats. Deux décisions de la Commission des relations de travail de l'Ontario illustrent l'exercice de ce pouvoir et, fait à noter, la Commission les invoque ici à l'appui de sa décision. Ce sont les décisions *Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc.*, [1984] O.L.R.B. Rep. July 931, et *Brantwood Manor Nursing Homes Ltd.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332. Voici d'autres exemples d'attribution expresse de la compétence pour décider qui est un employé:

(1) *Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2, par. 11(3);

(2) *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, par. 34(1);

(3) *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, par. 142(5);

(4) *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475, par. 19(1);

(5) *Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, s. 39.

Typical of the wording is s. 16 of the *Canada Labour Code* which provides:

16. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(p) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

(i) a person is an employer or an employee

(ii) Purpose of the Statute and the Reasons for the Board's Existence

The three statutes referred to above when read with the *Canada Labour Code* reveal a scheme to create two separate and distinct labour regimes for two categories of federal employees. The legislation treats each category as mutually exclusive. Thus s. 3 of the *Staff Relations Act* limits the application of the Act to the Public Service. The Code applies to employees who work on federal works or undertakings. By virtue of s. 6 of the Code, public servants are excluded from its application. It is significant that s. 5 of the Code makes specific provision for employees who are employed by corporations established to perform work for the Government of Canada. Exclusion from the application of the Code and inclusion in the Public Service require an order of the Governor in Council. Public servants are a special category of employee whose particular status is incompatible with inclusion in a bargaining unit with non-public servants. The positions in the Public Service are determined by Treasury Board and appointments to the public service are within the exclusive right and authority of the Public Service Commission. Exceptions are carefully spelled out in the *Employment Act*.

Although Cory J. states that the teachers are found to be employees for collective bargaining purposes

(5) *Code du travail*, L.R.Q. 1977, ch. C-27, art. 39.

L'article 16 du *Code canadien du travail* est un exemple typique de formulation de ces dispositions.

a Il est ainsi conçu:

16. Le Conseil peut, dans le cadre de toute affaire dont il connaît:

b p) trancher, dans le cadre de la présente partie, toute question qui peut se poser à l'occasion de la procédure, et notamment déterminer:

c (i) si une personne est un employeur ou un employé . . .

(ii) Objet de la loi et raison d'être de la Commission

d Les trois lois susmentionnées, considérées avec le *Code canadien du travail*, révèlent une intention de créer deux régimes séparés et distincts de relations de travail pour deux catégories d'employés fédéraux. e Les dispositions législatives considèrent ces deux catégories d'employés comme mutuellement exclusives. Ainsi, l'art. 3 de la *Loi sur les relations de travail* restreint l'application de cette loi à la Fonction publique. Le Code s'applique aux employés qui travaillent dans des ouvrages ou entreprises fédéraux. f En vertu de l'art. 6 du Code, les fonctionnaires n'y sont pas soumis. Il est significatif que l'art. 5 du Code comporte des dispositions expresses pour les employés qui travaillent pour des personnes morales constituées en vue d'exécuter un travail pour le gouvernement du Canada. L'exclusion de la sujétion au Code et l'inclusion dans la Fonction publique exigent un décret du gouverneur en conseil. Les fonctionnaires forment une catégorie spéciale d'employés dont le statut particulier est incompatible avec leur inclusion dans une unité de négociation qui compte des membres qui ne sont pas fonctionnaires. Les postes dans la Fonction publique sont établis par le Conseil du Trésor et le droit de nommer à la Fonction publique appartient exclusivement à la Commission de la Fonction publique. Les exceptions sont soigneusement exposées dans la *Loi sur l'emploi*.

j Bien que le juge Cory affirme que l'on a conclu que les enseignants étaient des employés pour les fins

and not public servants for other purposes, I have some difficulty reading the Board's reasons that way. In paragraph 73 of the Board's reasons it states that the contract teachers are employees of the Government of Canada and that no one has contended that if they are such employees that they are not members of the bargaining unit. The conclusion that the teachers are employees of the Government of Canada is the basis for finding that they are included in the bargaining unit. A finding that they are employees of the Government of Canada *simpliciter* would clearly exceed the authority conferred by s. 33 and would fly in the face of s. 8 of the *Employment Act* which expressly reserves this power to the Public Service Commission. While I am of the view that this is the basis of the Board's decision, I will deal with the matter on the narrower interpretation of the Board's decision as suggested by Cory J. His approach is summed up in the statement that: "A person can well be a member of a bargaining unit for collective bargaining purposes, and yet not be a public servant entitled to all the special benefits and perquisites that flow from membership in the Public Service" (p. 660).

In the scheme of labour relations which I have outlined above there is just no place for a species of *de facto* public servant who is neither fish nor fowl. The introduction of this special breed of public servant would cause a number of problems which leads to the conclusion that creation of this third category is not in keeping with the purpose of the legislation when viewed from the perspective of a pragmatic and functional approach. There are, for example, certain statutory terms and conditions of employment that are not subject to the collective bargaining process but are nevertheless applicable to a public servant. This results from the combined effect of s. 57 of the *Staff Relations Act* and ss. 22 to 27 of the *Employment Act*. Accordingly a bargaining unit which is designed to include all those with a unity of interest would have two classes of employees. On the one hand, the "legal" public servant must take an oath of allegiance and of office, has his or her tenure of office fixed by statute, and is subject to other statutory restrictions

de la négociation collective et qu'ils n'étaient pas des fonctionnaires pour les autres fins, je trouve difficile d'interpréter ainsi les motifs de la Commission. Au paragraphe 73 de ses motifs, la Commission dit que les enseignants contractuels sont des employés du gouvernement du Canada et que personne n'a soutenu que, s'ils sont des employés du gouvernement du Canada, ils ne font pas partie de l'unité de négociation. La conclusion que les enseignants sont des employés du gouvernement du Canada justifie de conclure qu'ils sont inclus dans l'unité de négociation. La conclusion, sans plus, qu'ils sont des employés du gouvernement du Canada excéderait clairement la compétence attribuée par l'art. 33 et contredirait directement l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi* qui réserve expressément cette compétence à la Commission de la Fonction publique. Bien que je sois d'avis que c'est là le fondement de la décision de la Commission, j'analyserai la question selon l'interprétation plus restrictive de la décision de la Commission comme le propose le juge Cory. Son point de vue est résumé dans l'énoncé suivant: «Une personne peut très bien être membre d'une unité de négociation à des fins de négociation collective et ne pas être un fonctionnaire qui a droit à tous les avantages spéciaux et les émoluments qui découlent du fait d'être membre de la Fonction publique» (p. 660).

Dans le régime des relations de travail que j'ai exposé plus haut, il n'y a tout bonnement pas de place pour une espèce de fonctionnaire de fait qui ne serait ni chair ni poisson. La création d'une telle catégorie spéciale de fonctionnaires susciterait un certain nombre de problèmes qui amènent à conclure que la création de cette troisième catégorie est incompatible avec l'objet des dispositions législatives considérées sous l'angle d'une analyse pragmatique et fonctionnelle. Il y a, par exemple, certaines modalités d'emploi fixées par la loi qui ne sont pas soumises au processus de négociation collective, mais qui s'appliquent quand même aux fonctionnaires. Cette situation résulte de l'effet conjugué de l'art. 57 de la *Loi sur les relations de travail* et des art. 22 et 27 de la *Loi sur l'emploi*. En conséquence, une unité de négociation destinée à inclure tous ceux qui ont une unité d'intérêt comprendrait deux catégories d'employés. D'une part, le fonctionnaire nommé en vertu de la loi doit prêter un serment d'allégeance et d'office, voit

but receives other benefits, while, on the other hand, the *de facto* public servant is free to work these terms out with his or her contractual employer and indeed bargain collectively with the latter in respect of these matters. There is no provision in the Code that excludes its application to *de facto* public servants, even those so found by the Board. There is, therefore, the prospect that the teachers could be represented by two unions certified by two different boards. Furthermore, the Board's order does not purport to nullify the contract with Econosult and it is unclear who is to pay the contract teachers. As parties to their contracts with Econosult they are entitled to be paid by it and yet they are also entitled to the benefits of the collective agreement. The Treasury Board is to make deductions by way of check-off but it is by no means clear that it can deduct these amounts from the payments it must make to Econosult under its contract with it, which apparently remains on foot.

In short, the situation is aptly summed up by Marceau J.A. speaking for the majority of the Court of Appeal when he states (at p. 643):

There is quite simply no place in this legal structure for a public servant (that is, an employee of Her Majesty, a member of the Public Service) without a position created by the Treasury Board and without an appointment made by the Public Service Commission.

Finally, what is the reason for the Board's existence in this scheme of labour relations? I agree with my colleague that it is the resolution of labour management disputes between the federal government and its employees. Those who are authorized to bring disputes before the Board are employees, employee organizations and employers as defined in the legislation which clearly confines the ambit of these disputes to the Public Service. No purpose is served by extending its jurisdiction to employees outside the Public Service who have recourse to other labour relations legislation, either federal or provincial.

sa durée d'emploi fixée par la loi et est assujéti à d'autres restrictions légales, mais jouit d'autres avantages; d'autre part, le fonctionnaire de fait est libre de concevoir ces conditions avec son employeur et même de négocier collectivement avec lui relativement à ces questions. Il n'y a pas de disposition du Code qui soustraie les fonctionnaires de fait à son application, même pas celles que la Commission y a vues. La possibilité existe donc que les enseignants soient représentés par deux syndicats accrédités par deux commissions différentes. De plus, l'ordonnance de la Commission n'a pas pour objet d'annuler le contrat conclu avec Econosult et il n'est pas établi qui devra payer les enseignants contractuels. À titre de parties aux contrats qu'ils ont conclus avec Econosult, ils ont le droit d'être rémunérés par celle-ci tout en ayant le droit de bénéficier des avantages de la convention collective. Le Conseil du Trésor est appelé à effectuer des retenues à la source, mais il n'est absolument pas clair qu'il puisse déduire ces sommes des versements qu'il doit faire à Econosult en vertu du contrat qui le lie à elle et qui, en apparence, reste en vigueur.

Bref, le juge Marceau résume bien la situation lorsqu'il affirme, au nom de la Cour d'appel à la majorité (à la p. 643):

Il n'y a tout simplement pas de place dans cette construction juridique pour un fonctionnaire (i.e. un employé de la Reine, membre de la fonction publique) sans poste créé par le Conseil du Trésor, et sans nomination faite par la Commission de la fonction publique.

Enfin, quelle est la raison d'être de la Commission dans ce régime de relations de travail? Je partage l'avis de mon collègue que sa raison d'être est le règlement des conflits de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés. Ceux qui peuvent soumettre des litiges à la Commission sont des employés, des organisations d'employés et des employeurs au sens des dispositions législatives qui restreignent manifestement ces litiges à la Fonction publique. Il ne servirait à rien d'étendre la compétence de la Commission à des employés qui ne font pas partie de la Fonction publique et qui peuvent invoquer d'autres dispositions législatives, fédérales ou provinciales, en matière de relations de travail.

(iii) The Area of Expertise of the Administrative Agency

In providing a clear definition of the employees and the employer who are subject to the Board's jurisdiction, it was not the intention of Parliament to rely on the expertise of the Board to extend the reach of this definition. Indeed, the source of the Board's error is its reliance on its general labour expertise which led it to rely on criteria developed under other different labour legislation when it ought to have applied the clear definition of "employee" provided by Parliament.

It remains to consider whether this conclusion, which a pragmatic and functional analysis of the legislation supports, is at variance with previous decisions of this Court.

4. Previous Decisions

Both the Board and Hugessen J.A. found in *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen, supra*, authority for the conclusion that the Board in this case correctly referred to the nature of the relationship with the Government in order to determine whether the teachers supplied by Econosult were employees within the meaning of the *Staff Relations Act*.

With respect, I cannot agree with Hugessen J.A. that *S.G.C.T.* is determinative of the issue in the case at bar. In *S.G.C.T.*, the applicant *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision* sought certification to represent "freelancers" working under personal contracts with the National Film Board. The Public Service Staff Relations Board refused the application on the basis that the "freelancers" were not employees within the meaning of the *Staff Relations Act* because they were engaged under contracts for personal services under s. 10(d) of the *National Film Act* and did not occupy "positions" in the Public Service as

(iii) Le domaine d'expertise de l'organisme administratif

En fournissant une définition claire des employés et de l'employeur qui sont assujettis à la compétence de la Commission, le Parlement n'a pas voulu s'en remettre à l'expertise de la Commission pour étendre la portée de cette définition. En effet, l'erreur de la Commission a son origine dans le recours à son expertise générale dans le domaine des relations ouvrières qui l'a amenée à se fonder sur des critères établis en vertu d'autres dispositions législatives en matière de relations de travail, alors qu'elle aurait dû appliquer la définition claire du mot «employé» fournie par le législateur.

Il reste à examiner si cette conclusion, qui s'appuie sur une analyse pragmatique et fonctionnelle, s'écarte des décisions antérieures de notre Cour.

4. La jurisprudence antérieure

La Commission et le juge Hugessen de la Cour d'appel ont tous deux invoqué l'arrêt *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, précité, à l'appui de la conclusion qu'en l'espèce la Commission a eu raison de se référer à la nature de la relation avec le gouvernement pour déterminer si les enseignants fournis par Econosult étaient des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail*.

En toute déférence, je ne puis partager l'avis du juge Hugessen que l'arrêt *S.G.C.T.* est déterminant quant à la question soulevée en l'espèce. Dans l'affaire *S.G.C.T.*, le requérant, le *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision*, demandait l'accréditation pour représenter les «pigistes» qui travaillaient en vertu de contrats personnels conclus avec l'Office national du film. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique a rejeté la requête pour le motif que les «pigistes» n'étaient pas des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail*, parce qu'ils étaient embauchés en vertu de contrats de services personnels conclus conformément à l'al. 10(d) de la *Loi nationale sur le film* et qu'ils n'occupaient

defined in the *Staff Relations Act* and in ss. 13 and 14 of the *National Film Act*.

The National Film Board, a separate employer under the legislation, could employ persons by contract either to "continuing positions" pursuant to s. 13 of the Act or to positions other than continuing positions pursuant to s. 14. In the former case, the statute required that employment be in accordance with a plan approved by the Governor in Council if the salary of the employee exceeded \$5,000. In the latter case, however, s. 14 permitted the National Film Board to employ persons without any formalities. In this respect the National Film Board was the same as any other employer. The issue was simply whether the conduct of the National Film Board was consistent with the freelancers having been employed as independent contractors, a matter to be determined on the basis of the *de facto* relationship. Le Dain J.A. (as he then was), speaking for the Federal Court of Appeal, was careful to point out that the Public Service Staff Relations Board could not find that a person who had not followed the prerequisites of s. 13 was nonetheless a continuing employee. He stated (at p. 353):

Subsection 13(5) provides that a person appointed to a continuing position in the National Film Board must take an oath of office and secrecy in a specified form. A person who might otherwise be in the relationship of an employee to the Board could not, in my opinion, be considered to occupy a continuing position within the meaning of section 13 unless the requirements of section 13 had been met.

... A person who must be considered to be an employee of the Board on the general tests for distinguishing between an employee and an independent contractor must be deemed, in my opinion, to occupy a position within the meaning of section 14. There is no special formality required for employing a person in a position other than a continuing position. [Emphasis added.]

This case does not stand for the proposition that the Board can treat persons as members of the Public Service in disregard of statutory formalities on the

pas de «postes» dans la Fonction publique, au sens de la *Loi sur les relations de travail* et des art. 13 et 14 de la *Loi nationale sur le film*.

L'Office national du film, un employeur distinct au sens de la Loi, pouvait embaucher des personnes par contrat soit dans des «postes continus», conformément à l'art. 13 de la Loi, ou dans des charges autres que les postes continus conformément à l'art. 14. Dans le premier cas, la Loi exigeait que l'embauche respecte un plan approuvé par le gouverneur en conseil si le traitement de l'employé dépassait 5 000\$. Dans le deuxième cas, par contre, l'art. 14 autorisait l'Office national du film à embaucher des personnes sans formalité. À cet égard, l'Office national du film était dans la même situation que tout autre employeur. La question en litige était simplement de savoir si la conduite de l'Office national du film était compatible avec l'embauche de pigistes à titre d'entrepreneurs indépendants, une question qu'il fallait trancher en fonction de la relation de fait. Le juge Le Dain (plus tard juge puîné de notre Cour), s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, a pris soin de dire que la Commission des relations de travail dans la Fonction publique ne pouvait pas conclure qu'une personne qui ne s'était pas conformée aux conditions préalables de l'art. 13 était quand même un employé occupant un poste continu. Il dit (à la p. 353):

Le paragraphe 13(5) prévoit qu'une personne nommée à un poste continu à l'Office national du film doit prêter un serment d'office et de discrétion selon une formule spécifique. Une personne qui serait, d'autre part liée à l'Office en qualité d'employée ne pourrait, à mon avis, être considérée comme occupant un poste continu au sens de l'article 13 à moins que les conditions de cet article n'aient été remplies.

... Une personne considérée comme un employé de l'Office selon les critères généraux permettant de distinguer un employé d'un entrepreneur indépendant, doit être réputée, à mon avis, occuper un poste au sens de l'article 14. L'emploi d'une personne dans un poste autre qu'un poste continu n'est soumis à aucune formalité spéciale. [Je souligne.]

Cet arrêt n'affirme pas que la Commission peut considérer des personnes comme des membres de la Fonction publique au mépris des formalités légales,

basis of conduct which falls short of meeting the statutory prerequisites.

In *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489, the issue was whether the creation of the position of “dog handler” amounted to the creation of a new position, requiring an appointment based on selection according to merit in accordance with the *Employment Act*, or whether it was merely the assignment of an additional function to the existing position of customs inspector. On appeal, this Court held that it was an appointment to a new position that had not been based on selection according to merit and revoked the appointments. Le Dain J. of this Court summarized the steps involved in the creation of a position and the appointment of a person to it. He wrote (at pp. 500-501):

... I conclude that the steps may be summarized as follows: 1. The Minister or deputy head of a Department, in the exercise of his management authority, determines what positions are required in the Department and determines the qualifications for appointment to them; 2. Financial approval for a position must be obtained from the Treasury Board, which has authority under s. 7 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, to classify positions in the Public Service for remuneration and other purposes; 3. The deputy head makes a request to the Public Service Commission to make the necessary appointment or makes the appointment himself under a delegation of authority; and 4. The appointment is made pursuant to the particular selection process required by the *Public Service Employment Act* and *Regulations*, the relevant provisions of which have been quoted above. The important point, for purposes of the issue in this appeal, is that it is the Minister or deputy head who creates a position and determines the qualifications for appointment to it, and that, subject to the necessary approval from the Treasury Board, this act does not call for any particular formality or expression. It is an administrative decision which identifies particular functions to be performed and defines the qualifications required for performing them. [Emphasis added.]

Le Dain J.'s statement that “this act does not call for any particular formality or expression” does not, in my reading of the passage, intend to displace the requisite steps of the appointment process which he has outlined, but refers to the creation of the position

en raison d'une conduite qui ne satisfait pas aux conditions légales préalables.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489, il s'agissait de déterminer si la création d'un poste de «maître-chien» équivalait à la création d'un nouveau poste, qui exigeait une nomination fondée sur une sélection établie au mérite conformément à la *Loi sur l'emploi*, ou s'il s'agissait simplement de l'affectation à une fonction additionnelle du poste déjà existant d'inspecteur des douanes. En appel, notre Cour a statué qu'il s'agissait d'une nomination à un nouveau poste qui n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite et elle a annulé les nominations. Le juge Le Dain de notre Cour résume ainsi les étapes de la création d'un poste et de la nomination d'une personne à ce poste. Il affirme (aux pp. 500 et 501):

... je conclus que ces étapes peuvent être ainsi résumées: 1. Le Ministre ou le sous-chef du Ministère, dans l'exercice de son pouvoir de gestion, détermine les postes qui sont nécessaires dans le Ministère et les qualifications requises pour y être nommé; 2. L'approbation financière d'un poste doit être obtenue du Conseil du Trésor qui, en vertu de l'art. 7 de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, a le pouvoir de classifier les postes de la Fonction publique aux fins notamment de la rémunération; 3. Le sous-chef demande alors à la Commission de la Fonction publique de faire la nomination qui s'impose ou il fait lui-même cette nomination en vertu d'une délégation de pouvoir; et 4. Cette nomination est faite conformément à la méthode de sélection particulière requise par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et par son règlement d'application, dont les dispositions pertinentes ont été citées précédemment. Ce qui importe, pour les fins du point en litige en l'espèce, c'est que c'est le Ministre ou le sous-chef qui crée un poste et détermine les qualifications requises pour y être nommé, et que, sous réserve de l'approbation nécessaire du Conseil du Trésor, cet acte n'exige aucune formalité ni expression particulière. C'est une décision administrative qui décrit les fonctions particulières à remplir et qui définit les qualifications requises pour les exercer. [Je souligne.]

L'affirmation du juge Le Dain que «cet acte n'exige aucune formalité ni expression particulière» n'a pas pour but, selon mon interprétation de ce passage, d'écarter les étapes nécessaires du processus de nomination qu'il a exposé, mais se rapporte à la créa-

by the Minister or deputy head. The persons in question were already Government employees within the meaning of the *Staff Relations Act* and had been properly appointed as public servants according to the careful procedure laid down by the legislator and as described above by Le Dain J. In this respect, the appointment to the status of a public servant was not in issue, nor did the Court address the scope of s. 33 of the *Staff Relations Act* which is the issue in this case.

Similarly, in *Doré v. Canada, supra*, the question raised was whether the assignment of a public servant to different functions, pending classification of a new position for such functions, is an appointment to a new position within the meaning of the *Employment Act*. The decision of the Court, delivered by Le Dain J., was released concurrently with that in *Brault*. Le Dain J. expressed the following view (at pp. 509-10):

For the reasons given in that appeal [*Brault*], the issue in the present appeal cannot, in my respectful opinion, turn on whether the Department intended to create a position and to make an appointment within the meaning of the *Public Service Employment Act*. There must, of course, be an intended identification and definition of functions to be performed and an intended assignment of a person to perform them, but, as I said in the *Brault* appeal, the application of the merit principle and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act* cannot depend on whether the Department chooses to regard what is done as the creation of a position and an appointment to it within the meaning of the Act.

I fail to see how the application of this case may be extended so as to give the Board in the case at bar the authority to decide that persons hired by a private contract fall within the definition of "employee" in the *Staff Relations Act* notwithstanding that they have not been appointed as public servants in accordance with the established statutory requirements. In my view, there is nothing in the words of Le Dain J. to indicate that the Board can disregard statutory process for entering the Public Service.

tion du poste par le Ministre ou le sous-chef. Les personnes en cause étaient déjà des employés du gouvernement au sens de la *Loi sur les relations de travail* et avaient régulièrement été nommées fonctionnaires conformément à la procédure soigneusement établie par le législateur et décrite plus haut par le juge Le Dain. À cet égard, la nomination au statut de fonctionnaire n'était pas en cause et notre Cour n'a pas abordé non plus la portée de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail* qui est en litige ici.

De même, dans l'arrêt *Doré c. Canada*, précité, la question soulevée était de savoir si l'affectation d'un fonctionnaire à des fonctions différentes, en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions, constituait une nomination à un nouveau poste au sens de la *Loi sur l'emploi*. L'arrêt de notre Cour, rédigé par le juge Le Dain, a été rendu concurremment avec l'arrêt *Brault*. Le juge Le Dain exprime le point de vue suivant (aux pp. 509 et 510):

Pour les motifs exposés dans cet arrêt [l'arrêt *Brault*], la question soulevée en l'espèce ne peut, à mon humble avis, dépendre de la question de savoir si le Ministère avait l'intention de créer un poste et d'effectuer une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Évidemment, il doit y avoir une intention d'identifier et de définir les fonctions à exécuter et une intention d'affecter une personne pour les exécuter, mais comme je l'ai dit dans l'arrêt *Brault*, l'application du principe du mérite et le droit d'appel que prévoit l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peuvent dépendre de la question de savoir si le Ministère choisit de considérer ce qui a été fait comme la création d'un poste et une nomination à celui-ci au sens de la Loi.

Je ne vois pas comment on peut étendre l'application de cet arrêt de manière à conférer à la Commission dans la présente affaire la compétence pour décider qu'une personne engagée en vertu d'un contrat privé relève de la définition d'"employé" que l'on trouve dans la *Loi sur les relations de travail*, même si elle n'a pas été nommée fonctionnaire conformément aux exigences légales établies. À mon avis, il n'y a rien dans les propos du juge Le Dain qui indique que la Commission peut faire fi du processus légal d'accession à la Fonction publique.

The case which is of the greatest assistance in this appeal is the decision of Hugessen J.A. in *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, [1989] 1 F.C. 176. In *Canada Post*, the Federal Court of Appeal found the Canada Labour Relations Board to have erred in law in deciding that rural mail couriers under an employment contract with Canada Post Corporation are “employees” within s. 107(1) of the *Canada Labour Code*. In the view of the Court, this decision was contrary to s. 13(6) of the *Canada Post Corporation Act*, which expressly deemed the carriers to be independent contractors. Hugessen J.A. reasoned (at pp. 187-88 and 189):

Aware, as I must be, of the injunction not to be too alert to brand as jurisdictional that which is doubtfully so (see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation . . .*), I am nonetheless of the view that Parliament’s intention in enacting subsection 13(6) was to define and limit the jurisdiction of the Board. It is, in other words, a provision which the Board must interpret correctly if it is to escape judicial review.

While the Board has the undoubted power and jurisdiction to declare who is or is not an employee, that power is circumscribed here.

5. Disposition

For the foregoing reasons I agree with the majority of the Federal Court of Appeal and would therefore dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—At issue in this appeal is whether the Public Service Staff Relations Board (the “Board”) had jurisdiction to determine whether the teachers working in a penitentiary pursuant to a government contract with Econosult Inc. (“Econosult”) formed part of a bargaining unit known as the Educa-

La décision la plus utile en l’espèce est celle du juge Hugessen dans l’affaire *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, [1989] 1 C.F. 176. Dans l’arrêt *Société canadienne des postes*, la Cour d’appel fédérale a conclu que le Conseil canadien des relations du travail avait commis une erreur de droit en statuant que les facteurs ruraux qui avaient des contrats d’emploi avec la Société canadienne des postes étaient des «employés» au sens du par. 107(1) de *Code canadien du travail*. De l’avis de la cour, cette décision était contraire au par. 13(6) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, qui définit précisément les entrepreneurs postaux comme des entrepreneurs indépendants. Voici le raisonnement du juge Hugessen (aux pp. 187, 188 et 189):

Conscient, ainsi que je dois l’être, de la règle qui est d’éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence lorsqu’il existe un doute à cet égard (voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick . . .*), j’estime néanmoins que, par le paragraphe 13(6), le législateur visait à définir et à limiter la compétence du Conseil. Autrement dit, c’est là une disposition que le Conseil doit interpréter de façon appropriée s’il veut se soustraire au contrôle judiciaire.

Le Conseil est indubitablement habilité à déclarer qui est ou n’est pas un employé, mais ce pouvoir est circonscrit en l’espèce.

5. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’accord avec la Cour d’appel fédérale à la majorité, et je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—La question qui est soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (la «Commission») était compétente pour déterminer si les enseignants travaillant dans un pénitencier, conformément à un contrat du gouvernement conclu avec Econosult Inc. («Econosult»), faisaient partie d’une unité de négociation connue sous le nom de groupe de l’enseignement et étaient par consé-

tional Group and were therefore Government employees for the purposes of collective bargaining.

Factual Background

In 1971, the Solicitor General for Canada set up educational programs for the inmates of federal penitentiaries. Through the co-operation of various school boards, colleges and universities, these educational programs would be recognized as accredited courses. At the outset, the teachers engaged by the Solicitor General to instruct in the penitentiaries became part of his own staff. They were classified as civil servants employed by the Treasury Board pursuant to the provisions of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32 ("*Employment Act*"). These teachers formed part of a bargaining unit known as the Educational Group.

In 1984, the Solicitor General put forward a new policy. It was decided that, in the future, agencies in the private sector rather than teachers on his own staff would be used to provide teaching services for the program. A memorandum from the Commissioner of Correctional Services Canada sets forth the way in which this new policy was to be implemented. It reads:

Education by Contracts or Privatization of Education

Introduction

Since 1971, in the "academic" sector primarily, the CSC offers accredited academic programs to the inmates in its care through contracted agreements with a School Board, a College, a University or a private agency. In the "vocational" (trade) sector the CSC has occasionally or exceptionally had resource [*sic*] to a similar contracted arrangement. It is my intention to pursue and to accelerate the process of privatization of education, in both the academic and vocational (trade) sectors.

While ensuring at all times the high quality of our educational programs and the security of staff and inmates, there must no longer be any doubt as to the intentions of the policy requiring that the education of our inmates be

quent des employés du gouvernement aux fins de la négociation collective.

Les faits

En 1971, le solliciteur général du Canada a mis sur pied des programmes de formation pour les détenus des pénitenciers fédéraux. Grâce au concours de divers conseils ou commissions scolaires, collèges et universités, ces programmes de formation devaient être reconnus comme des cours accrédités. Au début, les enseignants engagés par le Solliciteur général pour enseigner dans les pénitenciers faisaient partie de son propre personnel. Ils étaient classés comme des fonctionnaires au service du Conseil du Trésor, conformément aux dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32 ("*Loi sur l'emploi*"). Ces enseignants faisaient partie d'une unité de négociation connue sous le nom de groupe de l'enseignement.

En 1984, le Solliciteur général a présenté une nouvelle politique. Il décida qu'à l'avenir on aurait recours, pour les services pédagogiques du programme, à des agences du secteur privé, plutôt qu'à des enseignants faisant partie de son propre personnel. Une note de service du Commissaire du Service correctionnel Canada indique de quelle manière cette nouvelle politique devait être mise en œuvre. En voici le texte:

Programme de formation par contrat ou «privatisation»

Préambule

Depuis 1971, au secteur «académique» principalement, le S.C.C. offre des programmes de formation accréditée aux détenu(e)s à notre charge par moyen de contrat avec une Commission scolaire, un Collège, une Université ou un organisme privé. Au secteur «professionnel» (métier) le S.C.C. n'a eu recours au contrat avec une agence extérieure qu'occasionnellement ou qu'exceptionnellement. C'est mon intention de poursuivre et d'accélérer le processus de «privatisation» de nos programmes d'éducation, aux deux secteurs de formation, académique et professionnelle (métier).

Tout en assurant en tout temps la haute qualité de nos programmes de formation ainsi que la sécurité du personnel et des détenu(e)s à notre charge, il ne doit plus y avoir de doutes quant aux intentions de cette politique

through teachers from Boards of Education, Colleges and Universities.

Replacement of CSC teachers as vacancies occur shall be carried out on a contractual agreement basis. The hiring of services for the teaching of new and existing educational programs must also be implemented in both academic and vocational (trade) sectors.

On May 16, 1985, Supply and Services Canada entered into a contract with Seradep Inc. ("Seradep") to supply teachers and a librarian to carry out precisely defined duties in the provision of vocational instruction at the Cowansville Penitentiary in the province of Quebec. Although these persons were to be placed under the control of a supervisor employed by Seradep, it was a member of the correctional service who was to monitor the quality of instruction. Seradep was to bill the Government on an hourly basis. When the original contract expired in July 1987, a similar contract was entered into with Econosult (the mis en cause).

The appellant, Public Service Alliance of Canada ("P.S.A.C."), is the certified bargaining agent representing all employees of the Treasury Board who are members of the Educational Group. On February 12, 1987, while the first contract was still in effect, the appellant filed an application with the Board seeking a declaration that all teaching employees at the Cowansville Penitentiary, including those ostensibly employed by Seradep were, in reality, employees of the Federal Government for collective bargaining purposes. Further, it sought a ruling that these teachers were members of the Educational Group and therefore P.S.A.C. was their certified bargaining agent. The application was based upon ss. 33 and 98 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35 ("*Staff Relations Act*").

voulant que la formation de nos détenu(e)s soit réalisée par des enseignant(e)s de Commissions scolaires, Collèges et Universités à contrats.

^a Le recours à des contractuels est obligatoire lorsqu'une vacance de professeur se crée au sein des établissements. L'engagement de telles personnes qualifiées pour l'enseignement de nouveaux programmes ou pour la poursuite de programmes existants doit s'appliquer à toutes les sphères d'activités relevant aussi bien du secteur académique que du secteur professionnel (métier).

^b Le 16 mai 1985, Approvisionnement et Services Canada a conclu un contrat avec Seradep Inc. («Seradep») en vue d'obtenir les services d'enseignants et d'un(e) bibliothécaire qui auraient des tâches précises à remplir en matière de formation professionnelle au pénitencier de Cowansville dans la province de Québec. Même si ces personnes devaient être placées sous la direction d'un surveillant employé par Seradep, c'était à un membre du Service correctionnel qu'il incombait de vérifier la qualité de l'enseignement. Seradep devait facturer le gouvernement sur une base horaire. Lorsque le contrat initial a pris fin en juillet 1987, un contrat semblable a été conclu avec Econosult (la mise en cause).

^c L'appelante, l'Alliance de la Fonction publique du Canada («A.F.P.C.») est l'agent négociateur accrédité qui représente tous les employés du Conseil du Trésor, membres du groupe de l'enseignement. Le 12 février 1987, alors que le premier contrat était toujours en vigueur, l'appelante a présenté à la Commission une demande visant à obtenir une déclaration que tous les employés enseignant au pénitencier de Cowansville, y compris ceux qui, de toute évidence, étaient au service de Seradep, étaient, en réalité, des employés du gouvernement fédéral aux fins de la négociation collective. En outre, elle a demandé une décision que ces enseignants étaient des membres du groupe de l'enseignement et, par conséquent, que l'A.F.P.C. était leur agent négociateur accrédité. La demande était fondée sur les art. 33 et 98 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-35 («*Loi sur les relations de travail*»).

The Decision of the Board

The Board determined that the essential question that it had to answer was whether the teachers working in the penitentiary in accordance with the contract with Econosult were members of the Educational Group bargaining unit and, as a result, Government employees. In considering that question, the Board very carefully analyzed the evidence which had been presented to it during the course of a lengthy hearing. It reviewed in detail the nature of the relationship which existed between the teachers employed by Econosult and the representative of Correctional Services who was monitoring the quality of their instruction and, as well, reviewed the relationship between the teachers employed by Econosult and the other teachers who were members of the Department's staff.

With the review completed, the Board applied what it considered to be the appropriate criteria for determining whether an employer/employee relationship existed between the Solicitor General and the teachers employed pursuant to the contract with Econosult. The criteria were the same as those utilized by other labour tribunals in deciding whether such a relationship existed. The Board in its reasons stressed that it was necessary to reject form and consider the substance of the relationship. It was concluded that a true employer/employee relationship existed between the Solicitor General and the teachers supplied by Econosult in spite of the existence of the contract. The Board granted the declaration sought by P.S.A.C. and in its reasons it stated:

Regardless of what the contract between Econosult Inc. and the Government of Canada says, Econosult Inc., in my opinion, plays a rather marginal role in the working life of the contract workers. It is a contract under which Econosult Inc. must supply manpower, in the form of six (or eight) teachers and a supervisor of education. Once in place, that team is, for the most part, directed and co-ordinated in the execution of its duties by authorities at Correctional Service Canada. There are no other contractual obligations on the part of Econosult Inc. towards the Government of Canada. Even with respect to its two main responsibilities, recruitment of

La décision de la Commission

La Commission a décidé que la question essentielle à laquelle elle devait répondre était de savoir si les enseignants qui travaillaient au pénitencier, conformément au contrat conclu avec Econosult, étaient membres de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement et, par conséquent, des employés du gouvernement. Dans l'examen de cette question, la Commission a très soigneusement analysé les éléments de preuve qui lui avaient été présentés au cours d'une longue audition. Elle a examiné en détail la nature de la relation qui existait entre les enseignants d'Econosult et le représentant du Service correctionnel qui vérifiait la qualité de leur enseignement, et a également examiné la relation qui existait entre les enseignants d'Econosult et les autres enseignants qui étaient membres du personnel du Ministère.

Après que l'examen eut été terminé, la Commission a appliqué ce qu'elle considérait comme les critères appropriés pour déterminer s'il existait une relation employeur-employé entre le Solliciteur général et les enseignants employés conformément au contrat conclu avec Econosult. Les critères étaient les mêmes que ceux utilisés par d'autres tribunaux du travail pour décider s'il existait une telle relation. La Commission a souligné, dans ses motifs, qu'il était nécessaire de rejeter la forme et d'examiner le contenu de la relation. Elle a conclu qu'il existait une véritable relation employeur-employé entre le Solliciteur général et les enseignants fournis par Econosult malgré l'existence du contrat. La Commission a accordé la déclaration demandée par l'A.F.P.C. et a dit, dans ses motifs:

Quoi qu'en dise le contrat entre Econosult Inc. et le gouvernement du Canada, Econosult Inc., à mon avis, joue un rôle plutôt marginal dans la vie de travail des contractuels. Il s'agit d'un contrat selon lequel Econosult Inc. doit fournir de la main-d'œuvre, sous la forme de six (ou huit) enseignants et un superviseur pédagogique. Une fois sur place, cette équipe est largement gérée et coordonnée dans l'exécution de ses tâches par les responsables du Service correctionnel du Canada. Il n'y a pas d'autres obligations contractuelles de la part d'Econosult Inc. envers le gouvernement du Canada. Même pour ce qui est de ses deux responsabilités princi-

contract workers and their compensation, I would characterize the role of Econosult Inc. as marginal.

The respondent appealed the decision of the Board to the Federal Court of Appeal, pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

The Federal Court of Appeal

The majority rejected the careful findings of the Board, allowed the appeal and quashed the decision of the Board: [1989] 2 F.C. 633.

It was of fundamental importance for the majority that the Seradep and Econosult teachers were not nominated by the Public Service Commission. It was their view that the employer's role of recruiting and controlling employees had been transferred to a private company.

The majority decided that the Board did not have the jurisdiction to decide who was an employee of the Public Service. Rather, the Board's authority applied only to public servants recognized as such by legislation other than its enabling statute and by the authority of a body other than itself. The majority held that the jurisdiction of the Board was restricted to the determination of occupational groups and categories for certification purposes and to deciding whether a public servant belonged to a certified bargaining unit.

Hugessen J.A. differed from the majority and would have dismissed the appeal. He found that the Board had jurisdiction to determine who were employees pursuant to the provisions of the *Staff Relations Act*. He based this conclusion upon a reading of the *Staff Relations Act* as a whole. As well, he found support for his position in the reasons given in *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 346.

pales, soit le recrutement des contractuels et leur rémunération, je qualifierais le rôle d'Econosult Inc. de marginal.

^a L'intimée a interjeté appel contre la décision de la Commission devant la Cour d'appel fédérale, conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10.

^b La Cour d'appel fédérale

^c La Cour, à la majorité, a rejeté les conclusions soignées de la Commission, a accueilli l'appel et a annulé la décision de la Commission: [1989] 2 C.F. 633.

^d Les juges de la majorité ont accordé une importance fondamentale au fait que les enseignants de Seradep et d'Econosult n'avaient pas été nommés par la Commission de la Fonction publique. Ils étaient d'avis que le rôle de l'employeur qui consiste à recruter et à surveiller les employés avait été transféré à une société privée.

^e Les juges formant la majorité ont conclu que la Commission n'était pas compétente pour décider qui était un employé de la Fonction publique. Plus exactement, l'autorité de la Commission ne s'appliquait qu'aux fonctionnaires reconnus comme tels par une loi autre que sa loi habilitante et par un organisme autre qu'elle-même. Les juges formant la majorité ont conclu que la compétence de la Commission était limitée à établir, pour fins d'accréditation, les groupes de professions et les catégories professionnelles, et à décider si un fonctionnaire appartenait à une unité de négociation accréditée.

^f ^g ^h Le juge Hugessen a exprimé un avis différent de celui de la majorité et aurait rejeté l'appel. Il a conclu que la Commission était compétente pour déterminer qui était un employé aux termes des dispositions de la *Loi sur les relations de travail*. Il a fondé sa conclusion sur une interprétation de la *Loi sur les relations de travail* dans son ensemble. De même, il s'est également appuyé sur les motifs exposés dans l'affaire *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 346.

He concluded that there was no error of law made by the Board which would justify intervention by the Court, since the Board had understood the nature of the task it was required to perform and had applied the proper principles and considerations in reaching its decision. In his opinion, the fact that the Econosult teachers had not been hired in accordance with the process outlined in the *Employment Act*, could not affect the result. He found that the provisions of the *Employment Act* did not preclude a person from being an employee of the Federal Government and having that relationship regulated by the *Staff Relations Act*. He relied upon the decision in *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, for the proposition that, in the public sector as in the private, the decision as to what constitutes the creation of a position and the appointment to a position must be reached by means of an objective appraisal of the facts of each case and not simply by accepting the intention of the employer, whether private or Government, as determinative. Applying that principle, he found that the Econosult teachers were employees of the Federal Government for the purposes of collective bargaining.

Approach Taken by Courts of Other Jurisdictions to Decisions of Administrative Tribunals

In order to place the issue in its proper historical context, it may be helpful to consider; first, the approach taken in the United Kingdom; second, the views expressed in the United States, and finally to review the position that has been taken by this Court.

The United Kingdom

In *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, the House of Lords set forth a definition of jurisdictional error that was so broad as to include any question involving the interpretation of a statute. It was held that an error made by a tribunal in the interpretation of its empowering statute would be the basis for a court to overturn its decision on the ground that it had committed a jurisdictional error.

Lord Reid took the position that jurisdiction meant only that a tribunal be entitled to enter upon the

Il a conclu que la Commission n'avait commis aucune erreur de droit qui justifierait l'intervention de la cour, étant donné que la Commission avait saisi la nature de la tâche qu'elle avait à accomplir et avait appliqué les bons principes et les bonnes considérations pour arriver à sa décision. À son avis, le fait que les enseignants d'Econosult n'avaient pas été engagés conformément au processus exposé dans la *Loi sur l'emploi*, ne pouvait modifier le résultat. Il a conclu que les dispositions de la *Loi sur l'emploi* n'empêchaient pas une personne d'être un employé du gouvernement fédéral et n'empêchaient pas non plus que cette relation soit réglementée par la *Loi sur les relations de travail*. Il a invoqué l'arrêt *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, à l'appui de l'argument selon lequel, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, on doit décider ce qui constitue la création d'un poste et la nomination à un poste en procédant à une évaluation objective des faits de chaque cas et non simplement en reconnaissant comme décisive l'intention de l'employeur privé ou gouvernemental. Appliquant ce principe, il a conclu que les enseignants d'Econosult étaient des employés du gouvernement fédéral aux fins de la négociation collective.

Position adoptée par les tribunaux d'autres ressorts à l'égard des décisions de tribunaux administratifs

Afin de situer la question dans son contexte historique, il peut être utile d'examiner, d'abord, la position adoptée au Royaume-Uni, ensuite, les opinions exprimées aux États-Unis et, finalement, d'examiner la position que notre Cour a adoptée.

Le Royaume-Uni

Dans l'arrêt *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, la Chambre des lords a établi une définition de l'erreur juridictionnelle ou erreur de compétence qui était tellement générale qu'elle comprenait toute question comportant l'interprétation d'une loi. On a jugé qu'une erreur commise par un tribunal administratif dans l'interprétation de sa loi habilitante justifierait une cour de renverser sa décision pour le motif qu'il a commis une erreur juridictionnelle.

Lord Reid a adopté la position selon laquelle la compétence signifiait seulement qu'un tribunal était

inquiry. Nevertheless, he indicated that even if a tribunal correctly began the inquiry there were several ways in which it could make an error that would render its decision a nullity. He gave, as examples, the misconstruction by a tribunal of its enabling statute so that the tribunal failed to deal with the question remitted to it, the tribunal's failure to take into account relevant considerations, or the tribunal posing the wrong questions for determination. Any of these errors would be, in his opinion, sufficient to render a tribunal's decision a nullity.

Lord Pearce and Lord Wilberforce came to a similar conclusion. In their view, since an administrative tribunal necessarily has a limited authority, the court's role on a review of its decision is to make certain that the tribunal has kept within the field allotted to it. It is for the courts to determine the true construction of a statute delineating a tribunal's jurisdiction.

There can be no doubt that this decision significantly broadened the scope of judicial review of the decisions of administrative tribunals. Indeed, in the opinion of some legal writers, the result of the decision is that a court can always characterize an alleged error as jurisdictional by finding that it resulted from the tribunal asking the wrong question or having taken into account irrelevant considerations. See, for example, Craig in *Administrative Law* (2nd ed. 1989), at p. 259. Clearly, the reasoning in *Anisminic* would lead to the conclusion that the more complex an administrative tribunal's enabling legislation, the more readily a court can overturn its decision on the grounds that it committed a jurisdictional error.

In *Re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374 (H.L.), Lord Diplock seemed to go so far as to equate the concept of jurisdictional error with that of error of law. He wrote at pp. 382-83:

[W]here Parliament confers on an administrative tribunal or authority, as distinct from a court of law, power to decide particular questions defined by the Act conferring the power, Parliament intends to confine that power

autorisé à mener une enquête. Néanmoins, il a indiqué que, même si un tribunal commençait correctement l'enquête, il pouvait commettre de plusieurs manières une erreur qui rendrait nulle sa décision. À titre d'exemples, il a mentionné l'interprétation erronée par un tribunal de sa loi habilitante de sorte qu'il n'a pas traité la question qui lui avait été soumise, l'omission par le tribunal de tenir compte de considérations pertinentes ou le fait que le tribunal pose les mauvaises questions pour rendre sa décision. À son avis, n'importe laquelle de ces erreurs serait suffisante pour rendre nulle la décision d'un tribunal.

Lord Pearce et lord Wilberforce sont arrivés à une conclusion semblable. À leur avis, étant donné qu'un tribunal administratif jouit nécessairement d'un pouvoir limité, le rôle de la cour lorsqu'elle examine la décision de celui-ci est de s'assurer que le tribunal ne s'est pas écarté du cadre de compétence qui lui avait été attribuée. Il incombe aux cours de déterminer la véritable interprétation d'une loi délimitant la compétence d'un tribunal.

Il n'y a aucun doute que cette décision a élargi sensiblement la portée du contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs. En fait, de l'avis de certains auteurs, la décision a pour résultat qu'une cour peut toujours qualifier de juridictionnelle une erreur alléguée, en concluant qu'elle résulte de ce que le tribunal a posé la mauvaise question ou a tenu compte de considérations non pertinentes. Voir, par exemple, Craig, dans *Administrative Law* (2^e éd. 1989), à la p. 259. De toute évidence, le raisonnement de l'arrêt *Anisminic*, précité, amènerait à conclure que plus la loi habilitante d'un tribunal administratif est complexe, plus volontiers une cour peut renverser la décision de celui-ci pour le motif qu'il a commis une erreur juridictionnelle.

Dans l'arrêt *Re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374 (H.L.), lord Diplock a semblé aller jusqu'à assimiler le concept de l'erreur juridictionnelle à celui de l'erreur de droit. Il dit, aux pp. 382 et 383:

[TRADUCTION] [L]orsque le Parlement confère à un tribunal ou organisme administratif, distinct d'un tribunal judiciaire, le pouvoir de décider de certaines questions définies par la loi habilitante, le Parlement a l'intention

to answering the question as it has been so defined: and if there has been any doubt as to what that question is, this is a matter for courts of law to resolve in fulfilment of their constitutional role as interpreters of the written law and exponents of the common law and rules of equity. So if the administrative tribunal or authority have asked themselves the wrong question and answered that, they have done something that the Act does not empower them to do and their decision is a nullity. . . . The break-through made by *Anisminic* [1969] 2 A.C. 147 was that, as respects administrative tribunals and authorities, the old distinction between errors of law that went to jurisdiction and errors of law that did not, was for practical purposes abolished. Any error of law that could be shown to have been made by them in the course of reaching their decision on matters of fact or of administrative policy would result in their having asked themselves the wrong question with the result that the decision they reached would be a nullity.

Similar reasoning was set forth by Lord Diplock in *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 A.C. 237 (H.L.), at p. 278.

The traditional British approach, which might be described as interventionist, is said to flow from British constitutional principles. This position was put forward by Schwartz and Wade in *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States* (1972) in this way at p. 205:

British judges are acutely conscious of the fact that they are at the mercy of a sovereign Parliament, which can quickly clip their wings if they fly too high. By instinct they keep close to solid legal ground.

The concept was described in these words, by Craig, *op. cit.*, at pp. 5-6:

It is readily apparent that the execution of legislation may in fact require the grant of discretionary power to a minister or agency. Parliament may not be able to foresee all eventualities and flexibility may be required to implement the legislation. The legislature will of necessity grant power subject to conditions Herein lies the modern conceptual justification for judicial intervention. It was designed to ensure that the sovereign will of parliament was not transgressed by those to whom such grants of power were made. If authority had been delegated to a minister to perform certain tasks on certain

de limiter ce pouvoir à celui de répondre à la question qui a été ainsi définie: et si un doute a été soulevé quant à la nature de cette question, il incombe aux tribunaux judiciaires de régler cette question de façon à remplir leur rôle constitutionnel d'interprètes du droit écrit, de la common law et des règles d'*equity*. Donc si le tribunal ou l'organisme administratif s'est posé lui-même la mauvaise question et y a répondu, il a fait quelque chose que la loi ne lui permet pas de faire et sa décision est nulle [. . .] La nouveauté apportée par l'arrêt *Anisminic*, [1969] 2 A.C. 147, était que, en ce qui a trait aux tribunaux et organismes administratifs, l'ancienne distinction entre les erreurs de droit qui touchaient à la compétence et celles qui n'y touchaient pas, a été, à toutes fins pratiques, abolie. Toute erreur de droit dont on peut démontrer que les tribunaux l'ont commise en prenant une décision sur des questions de fait ou de politique administrative aurait pour résultat qu'ils se sont posé la mauvaise question, ce qui aurait pour effet que la décision à laquelle ils sont arrivés serait nulle.

Un raisonnement semblable a été formulé par lord Diplock dans l'arrêt *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 A.C. 237 (H.L.), à la p. 278.

La position britannique traditionnelle, qui pourrait être décrite comme interventionniste, découle, dit-on, de principes constitutionnels britanniques. Cette position a été énoncée par Schwartz et Wade, dans *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States* (1972), de la manière suivante, à la p. 205:

[TRADUCTION] Les juges britanniques sont profondément conscients du fait qu'ils sont à la merci d'un Parlement souverain qui peut rapidement leur couper les ailes s'ils volent trop haut. Par instinct, ils se tiennent sur des bases juridiques solides.

Le concept a été décrit de la manière suivante par Craig, *op. cit.*, aux pp. 5 et 6:

[TRADUCTION] Il est facile de constater que l'application d'une loi peut en fait exiger l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire à un ministre ou à un organisme. Le Parlement peut ne pas être en mesure de prévoir toutes les éventualités et l'application de la loi peut exiger de la souplesse. Le législateur accordera nécessairement une compétence sous réserve de certaines conditions [. . .] D'où la justification conceptuelle moderne de l'intervention judiciaire. Elle était destinée à faire en sorte que la volonté souveraine du Parlement ne soit pas violée par ceux qui se sont vu attribuer une telle compé-

conditions, the courts' function was in the event of challenge, to check that only those tasks were performed and only where the conditions were present. For the courts not to have intervened would have been to accord a legislative power to the minister or agency by allowing them to "legislate" in areas not specified by the real legislature, parliament. The less well known face of sovereignty, that of parliamentary monopoly, thus demanded an institution to *police* the boundaries which parliament had stipulated.

The flexibility inherent in the idea of legislative intent preserved the veneer that the courts were simply applying the legislative mandate when controlling "inferior" jurisdictions. Dicey's rule of law added respectability to this exercise of power by entrenching the idea that it was natural, right and a matter of constitutional principle that the ordinary courts should be supreme and that the ordinary law should be all pervasive.

The Approach Taken in the United States

In *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941), the U.S. Supreme Court held that a tribunal's interpretation or application of a statutory term should be upheld if it is reasonable even though the reviewing court might, in its own judgment, have construed the term differently. The Court put its position in this way at p. 411:

In a matter left specifically by Congress to the determination of an administrative body ... the function of review placed upon the courts ... is fully performed when they determine that there has been a fair hearing ... and an application of the statute in a just and reasoned manner.

The same principle was enunciated in *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944), where the tribunal had to decide whether news boys were "employees". The tribunal determined that they were. The Court held that if the tribunal's findings of fact were supported in the record and its statutory interpretation had a reasona-

blé. Si on avait délégué à un ministre le pouvoir d'accomplir certaines tâches à certaines conditions, les fonctions de la cour étaient, en cas de contestation, de vérifier que seules ces tâches avaient été accomplies et seulement lorsque les conditions étaient présentes. Une absence d'intervention des tribunaux aurait accordé un pouvoir législatif au ministre ou à l'organisme en leur permettant de « légiférer » dans des domaines qui n'étaient pas précisés par le véritable législateur, le Parlement. Le côté moins bien connu de la souveraineté, celui du monopole parlementaire, exige ainsi d'une institution qu'elle *surveille* les limites que le Parlement a prescrites.

La souplesse inhérente dans l'idée de l'intention du législateur a préservé l'image que les cours exerçaient simplement le mandat législatif lorsqu'elles contrôlaient des tribunaux « inférieurs ». La règle de droit de Dicey a ajouté de la respectabilité à cet exercice de pouvoir en consacrant l'idée qu'il était naturel, juste et conforme à un principe constitutionnel que les tribunaux judiciaires ordinaires devraient être souverains et que le droit ordinaire devrait toucher à tout.

La position adoptée aux États-Unis

Dans l'arrêt *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941), la Cour suprême des États-Unis a conclu que l'interprétation ou l'application par un tribunal d'une disposition législative devrait être maintenue si elle est raisonnable, même si la cour qui l'examine avait pu, selon son propre jugement, interpréter la disposition d'une manière différente. La Cour a énoncé sa position de la manière suivante, à la p. 411:

[TRADUCTION] Lorsque le Congrès a précisément laissé à un organisme administratif le soin de déterminer une question [...] la fonction de contrôle attribuée aux tribunaux judiciaires [...] est entièrement remplie lorsqu'ils déterminent qu'il y a eu une audience équitable [...] et que la loi a été appliquée d'une manière juste et raisonnée.

Le même principe a été énoncé dans l'arrêt *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944), lorsque le tribunal administratif a eu à décider si des camelots étaient des « employés ». Le tribunal a déterminé qu'ils l'étaient. La Cour a conclu que si les conclusions de fait du tribunal étaient appuyées dans le dossier et

ble basis in law, then its decision must be accepted. At page 130 it was stated:

It is not necessary in this case to make a completely definitive limitation around the term "employee". That task has been assigned primarily to the agency created by Congress to administer the Act. Determination . . . involves inquiries for the Board charged with this duty. Everyday experience in the administration of the statute gives it familiarity with the circumstances and backgrounds of employment relationships in various industries, with the abilities and needs of the workers for self-organization and collective action, and with the adaptability of collective bargaining for the peaceful settlement of their disputes with their employers.

This position of the Court was more recently confirmed in *Udall v. Tallman*, 380 U.S. 1 (1965). There, Warren C.J., delivering the opinion of the Court, held at p. 16:

When faced with a problem of statutory construction, this Court shows great deference to the interpretation given the statute by the officers or agency charged with its administration. "To sustain the Commission's application of this statutory term, we need not find that its construction is the only reasonable one, or even that it is the result we would have reached had the question arisen in the first instance in judicial proceedings." *Unemployment Comm'n v. Aragon*, 329 U. S. 143, 153. See also, e.g., *Gray v. Powell*, 314 U. S. 402; *Universal Battery Co. v. United States*, 281 U. S. 580, 583.

To summarize the American approach, if there is substantial evidence in the record upon which the tribunal could base its decision, and the resolution of questions of law and the statutory interpretation made by the tribunal are reasonable, its decision will be upheld. The American approach recognizes that legislators have determined that administrative tribunals play an important role in today's complex society. It acknowledges their expertise and pays judicial deference to their opinions. The position has been expressed with a clarity that makes it easy to apply in the most complex situations.

que son interprétation législative avait un fondement juridique raisonnable, alors sa décision devait être acceptée. À la page 130, on dit:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de restreindre complètement d'une manière définitive le terme «employé». Cette tâche a été attribuée principalement à l'organisme créé par le Congrès pour appliquer la loi. La décision [. . .] comporte des enquêtes menées par la Commission chargée de cette tâche [. . .] Une expérience quotidienne de l'application de la loi lui permet de se familiariser avec les circonstances et l'histoire des relations d'emploi dans divers secteurs, avec les capacités et les besoins des travailleurs en matière de formation d'un syndicat et d'action collective, ainsi qu'avec la possibilité d'adaptation de la négociation collective pour le règlement pacifique de leurs conflits avec leurs employeurs.

Cette position de la Cour a, plus récemment, été confirmée dans l'arrêt *Udall v. Tallman*, 380 U.S. 1 (1965). Dans cette affaire, le juge en chef Warren, qui a exprimé l'opinion de la Cour, conclut, à la p. 16:

[TRADUCTION] Lorsque notre Cour est aux prises avec un problème d'interprétation législative, elle manifeste beaucoup de retenue envers l'interprétation de la loi donnée par les fonctionnaires ou l'organisme chargés de son application. «Pour confirmer l'application par la Commission de cette disposition législative, nous n'avons pas à conclure que son interprétation est la seule raisonnable ni même que c'est le résultat auquel nous serions parvenus si la question avait été d'abord soulevée dans le cadre de procédures judiciaires.» *Unemployment Comm'n v. Aragon*, 329 U. S. 143, 153. Voir également, par exemple, *Gray v. Powell*, 314 U. S. 402; *Universal Battery Co. v. United States*, 281 U. S. 580, 583.

Pour résumer la position adoptée aux États-Unis, s'il existe une preuve importante dans le dossier sur laquelle le tribunal peut fonder sa décision et si la réponse aux questions de droit et l'interprétation législative donnée par le tribunal sont raisonnables, sa décision sera maintenue. La position américaine reconnaît que le législateur a déterminé que les tribunaux administratifs jouent un rôle important dans la société complexe actuelle. Elle reconnaît leur expertise et fait preuve de retenue judiciaire face à leurs opinions. La position a été exprimée d'une manière claire qui la rend facile à appliquer dans les situations les plus complexes.

Perhaps the ready acceptance of the decisions of administrative tribunals by American courts arises from their secure place in the United States' Constitution. The difference between the American and the British positions has been explained by Wade in his text, *Administrative Law* (6th ed. 1988), at pp. 298-99:

[The British Courts] addiction to the technicalities of jurisdictional review is not a mere aberration. It is the consequence of their constitutional position *vis-à-vis* a sovereign legislature: only by showing that they are obeying its commands can they justify their interventions. By one means or another, therefore, the doctrine of *ultra vires* must be stretched to cover the case. The courts of the United States, with their entrenched constitutional status, can afford to dispense with these subtleties. The position of British judges is fundamentally different.

The Canadian Approach

The Canadian approach must be reviewed in three stages. The first stage is composed of cases decided before *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("C.U.P.E."). The second involves a consideration of the C.U.P.E. decision. The third will be comprised of a review of the cases of this Court decided subsequent to C.U.P.E.

This task has been greatly simplified by the review of the pertinent cases and the academic writing pertaining to them undertaken with great clarity and skill by Wilson J. in her reasons in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324.

I am in complete agreement with the views she has expressed. In my view, courts should generally approach decisions of administrative tribunals with reasonable deference except in those situations where the tribunals' decisions involve an interpretation of *Charter* or constitutional rights.

L'acceptation prompte des décisions des tribunaux administratifs par les tribunaux américains découle peut-être de la place sûre qu'ils occupent dans la Constitution des États-Unis. La différence entre les positions américaines et britanniques a été expliquée par Wade dans son ouvrage, *Administrative Law* (6^e éd. 1988), aux pp. 298 et 299:

[TRADUCTION] La dépendance [des tribunaux britanniques] aux formalités du contrôle en matière de compétence ne constitue pas une simple aberration. C'est la conséquence de leur position constitutionnelle vis-à-vis d'un parlement souverain: ils ne peuvent justifier leurs interventions que lorsqu'ils démontrent qu'ils obéissent à ses ordres. Par conséquent, d'une manière comme de l'autre, la théorie de l'*ultra vires* doit être élargie pour englober l'affaire. Les tribunaux des États-Unis, dont le statut est consacré dans la Constitution, peuvent se permettre de ne pas se soucier de ces subtilités. La position des juges britanniques est fondamentalement différente.

La position canadienne

La position canadienne doit être examinée en trois étapes. La première étape se compose des décisions antérieures à l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («S.C.F.P.»). La deuxième étape comporte un examen de l'arrêt S.C.F.P. La troisième consistera en un examen des arrêts de notre Cour postérieurs à l'arrêt S.C.F.P.

Cette tâche a été grandement simplifiée par l'examen de la jurisprudence pertinente et de la doctrine qui s'y rapporte qu'a fait avec beaucoup de précision et de compétence le juge Wilson dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

Je souscris entièrement aux opinions qu'elle a exprimées. À mon avis, les tribunaux devraient généralement aborder les décisions des tribunaux administratifs avec une retenue raisonnable sauf dans les cas où les décisions des tribunaux comportent une interprétation de la *Charte* ou de droits constitutionnels.

Pre-C.U.P.E. Cases

Three cases of this Court set out the pre-C.U.P.E. position. They are *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, and *Blanco v. Rental Commission*, [1980] 2 S.C.R. 827. All of these decisions relied upon the principle set out in *Anisminic, supra*. They all took the position that a definition of jurisdictional error should include any question pertaining to the interpretation of a statute made by an administrative tribunal. In each case, this Court substituted what was, in its opinion, the correct interpretation of the enabling provision of the tribunal's statute for that of the tribunal. These cases appear to expand, in a significant manner, a court's role upon an application for judicial review.

The C.U.P.E. Decision

In *C.U.P.E.*, the union laid a complaint with the Public Service Labour Relations Board ("P.S.L.R.B.") alleging that the employer was replacing striking employees with management personnel contrary to the provisions of the *Public Service Labour Relations Act*. That Act provided that during a strike "the employer shall not replace the striking employees or fill their position with any other employee". At issue was the P.S.L.R.B.'s jurisdiction to interpret the meaning of the term "other employee" in order to determine if it included management personnel. There was general agreement that this provision of the Act could be interpreted in two different ways.

Dickson J. (as he then was), writing for the Court, noted that the section in question was replete with ambiguity. He then set out with compelling force the rationale for protecting decisions of administrative tribunals which were made within their jurisdiction. He wrote at pp. 235-36:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour

Jurisprudence antérieure à l'arrêt S.C.F.P.

La position adoptée par notre Cour antérieurement à l'arrêt *S.C.F.P.* est énoncée dans trois arrêts. Il s'agit des arrêts *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, et *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827. Tous ces arrêts sont fondés sur le principe énoncé dans l'arrêt *Anisminic*, précité. Ils ont tous adopté la position qu'une définition de l'erreur juridictionnelle devrait comprendre toute question qui se rattache à l'interprétation d'une loi faite par un tribunal administratif. Dans chaque cas, notre Cour a substitué ce qui, à son avis, constituait la bonne interprétation des dispositions habilitantes de la loi constitutive du tribunal, à celle donnée par ce tribunal. Ces arrêts paraissent étendre, d'une manière importante, le rôle d'une cour de justice suite à une demande de contrôle judiciaire.

L'arrêt S.C.F.P.

Dans l'affaire *S.C.F.P.*, le syndicat s'est plaint à la Commission des relations de travail dans les services publics («C.R.T.S.P.») que l'employeur remplaçait des grévistes par des cadres, contrairement aux dispositions de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Cette loi prévoyait que durant une grève «l'employeur ne doit pas remplacer les grévistes ou attribuer leurs postes à d'autres employés». La question en litige portait sur la compétence qu'avait la C.R.T.S.P. pour interpréter le sens de l'expression «d'autres employés» afin de déterminer si elle comprenait les cadres. De manière générale, on convenait que cette disposition de la Loi pouvait être interprétée de deux manières différentes.

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour, a fait remarquer que la disposition en question regorgeait d'ambiguïtés. Il a ensuite énoncé avec force la raison de protéger les décisions des tribunaux administratifs qui ont été prises conformément à leur compétence. Il écrit, aux pp. 235 et 236:

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de tra-

relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers—broader than those typically vested in a labour board—to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met.

He went on to stress that judicial restraint should be exercised in reviewing the P.S.L.R.B.'s interpretation of the words in issue, since an interpretation of the provision in question was a function that "would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board" (p. 236). From this, it followed that "not only would the Board not be required to be 'correct' in its interpretation but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause" (p. 236). He then defined the appropriate standard for judicial review in these words at p. 237:

Did the Board here so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review? [Emphasis added.]

vail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Les raisons habituelles pour lesquelles les tribunaux évitent de réviser les décisions des commissions des relations de travail prennent encore plus de poids dans un cas comme celui-ci. Ce n'est pas simplement à un organisme administratif que le législateur a donné un pouvoir de décision, mais à un organisme spécial et distinct, une Commission des relations de travail dans les services publics. Elle a de larges pouvoirs—plus étendus que ceux normalement conférés à pareil organisme—afin de surveiller et d'administrer le tout nouveau système de négociation collective créé par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Cette loi établit un équilibre délicat entre le besoin de maintenir des services publics et le besoin de préserver la négociation collective. Pour atteindre ce double but, les membres de la Commission doivent donc faire preuve d'une grande sensibilité à ces questions et d'une habileté unique.

Il a ensuite souligné que les tribunaux devaient éviter de réviser l'interprétation donnée par la C.R.T.S.P. aux termes en cause puisqu'une interprétation de la disposition en question était une fonction dont «[l]ogiquement, il faut supposer [qu'elle . . .] est au cœur de la compétence spécialisée conférée à la Commission» (p. 236). Il en découle que «non seulement la Commission n'est-elle pas tenue de faire une interprétation «juste», mais encore a-t-elle le droit d'errer et pareille erreur ne sera pas susceptible de révision étant donné la protection offerte par la clause privative» (p. 236). Il a ensuite défini la norme applicable au contrôle judiciaire de la manière suivante, à la p. 237:

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire? [Je souligne.]

The immediate effect of the *C.U.P.E.* decision has been charted by Wilson J. in her reasons in *National Corn Growers Assn.*, *supra*. Legal writers hailed the decision as setting out a “restricted and unified theory of judicial review”. The *C.U.P.E.* test of reasonableness was applied in situations where labour boards were protected by a privative clause in cases of consensual arbitrators, statutory arbitrators and, as well, to labour relations board decisions not protected by a privative clause. Generally, these cases preclude judicial interference with interpretations made by a board as long as they are not patently unreasonable. See *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W.*, *Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; and *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at pp. 1003-4.

The principle adopted in *C.U.P.E.* reached its zenith when it was applied in *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710. In that case Laskin C.J., at p. 724, stated that: “mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error, especially when the labour board is exercising powers confided to it in wide terms to resolve competing contentions”.

C.U.P.E., and the decisions referred to above, make it clear that an administrative tribunal will, in ordinary circumstances, lose jurisdiction only if it acts in a patently unreasonable manner.

However, two subsequent decisions of this Court indicate that an administrative tribunal may lose jurisdiction if it has erred, no matter how reasonably,

L’effet immédiat de l’arrêt *S.C.F.P.* a été décrit par le juge Wilson dans les motifs qu’elle a rédigés dans l’affaire *National Corn Growers Assn.*, précitée. Les auteurs ont acclamé l’arrêt comme établissant [TRANSDUCTION] «une théorie restreinte et unifiée du contrôle judiciaire». Le critère du caractère raisonnable énoncé dans l’arrêt *S.C.F.P.* a été appliqué dans des situations où les commissions des relations de travail étaient protégées par une clause privative dans les cas d’arbitre choisi par les parties, d’arbitre désigné par la loi, de même qu’aux décisions des commissions de relations de travail qui ne sont pas protégées par une clause privative. D’une manière générale, ces cas empêchent les tribunaux judiciaires de toucher aux interprétations données par une commission dans la mesure où elles ne sont pas manifestement déraisonnables. Voir *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A.*, *local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d’administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923, et *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, aux pp. 1003 et 1004.

Le principe adopté dans l’arrêt *S.C.F.P.* a atteint un sommet lorsqu’il a été appliqué dans l’arrêt *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin affirme, à la p. 724, qu’«un simple doute quant à l’exactitude d’une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence, spécialement si ce conseil exerce les pouvoirs qui lui sont conférés, en termes généraux, de résoudre des prétentions contradictoires».

L’arrêt *S.C.F.P.* et la jurisprudence mentionnée précédemment indiquent clairement qu’un tribunal administratif perdra sa compétence, dans des circonstances ordinaires, seulement s’il agit d’une manière manifestement déraisonnable.

Toutefois, deux arrêts subséquents de notre Cour indiquent qu’un tribunal administratif peut perdre sa compétence s’il a commis une erreur, pour raisonna-

in its interpretation of a legislative provision limiting its powers.

Post-C.U.P.E. Decisions: The Effect of *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board and U.E.S., Local 298 v. Bibeault*

In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, the employer made an application to the Canada Labour Relations Board ("C.L.R.B."), alleging that the union was authorizing an unlawful strike by employees who were engaging in a concerted refusal to work overtime. The employer asked the C.L.R.B. to declare the strike unlawful and to issue a cease and desist order against the union. The C.L.R.B. held that the employees' actions did indeed amount to a strike regardless of whether the collective agreement gave the employer the power to require employees to work overtime or not. The C.L.R.B.'s order required the strikers to call off the overtime ban and referred to an arbitrator the issue as to whether on a correct interpretation of the collective agreement overtime was compulsory.

The union sought a review of the C.L.R.B.'s finding that the strike was unlawful. It was the union's position that in making that ruling the C.L.R.B. had committed a jurisdictional error by answering incorrectly the preliminary question as to whether a refusal to work overtime constituted a strike when the C.L.R.B. had not held that overtime was compulsory under the collective agreement.

Beetz J. delivered the reasons for the Court. He made a distinction between errors made by a tribunal while acting within its jurisdiction and errors made by a tribunal ruling upon its jurisdiction. He determined that in the former situation the standard of deference applicable by a court will be that of patent unreasonableness as set out in *C.U.P.E.* However, he found that in the latter situation the standard of defer-

ble qu'elle soit, dans son interprétation d'une disposition législative limitant ses pouvoirs.

Jurisprudence ultérieure à l'arrêt *S.C.F.P.: l'effet des arrêts *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail et U.E.S., local 298 c. Bibeault**

Dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, l'employeur a présenté au Conseil canadien des relations du travail («C.C.R.T.») une requête dans laquelle il alléguait que le syndicat autorisait une grève illégale des employés qui étaient engagés dans un refus concerté de faire du travail supplémentaire. L'employeur a demandé au C.C.R.T. de déclarer la grève illégale et de délivrer une ordonnance de ne pas faire contre le syndicat. Le C.C.R.T. a conclu que les actes des employés équivalaient en fait à une grève, peu importe si la convention collective accordait à l'employeur le pouvoir d'obliger les employés à faire du travail supplémentaire. L'ordonnance du C.C.R.T. exigeait que les grévistes mettent fin à l'embargo sur le temps supplémentaire et soumettent à un arbitre la question de savoir si, selon une juste interprétation de la convention collective, le travail supplémentaire était obligatoire.

Le syndicat a demandé une révision de la conclusion du C.C.R.T. selon laquelle la grève était illégale. Le syndicat était d'avis que le C.C.R.T. en rendant cette décision avait commis une erreur juridictionnelle ou erreur de compétence en répondant incorrectement à la question préliminaire de savoir si le refus d'effectuer du travail supplémentaire constituait une grève, alors que le C.C.R.T. n'avait pas jugé que le temps supplémentaire était obligatoire aux termes de la convention collective.

Le juge Beetz a prononcé les motifs de la Cour. Il a établi une distinction entre les erreurs commises par un tribunal qui agit dans le cadre de sa compétence et les erreurs commises par un tribunal qui statue sur sa compétence. Il a déterminé que, dans le premier cas, la norme de retenue applicable par une cour sera celle du caractère manifestement déraisonnable énoncé dans l'arrêt *S.C.F.P.* Toutefois, il a conclu que, dans

ence will be much lower. He expressed his position in this way at pp. 420-21:

[A jurisdictional error] relates generally to a provision which confers jurisdiction, that is, one which describes, lists and limits the powers of an administrative tribunal, or which is [TRANSLATION] "intended to circumscribe the authority" of that tribunal, as Pigeon J. said in *Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172 at p. 175. A jurisdictional error results generally in an excess of jurisdiction or a refusal to exercise jurisdiction, whether at the start of the hearing, during it, in the findings or in the order disposing of the matter. Such an error, even if committed in the best possible good faith, will result nonetheless in the decision containing it being set aside, because it also falls within s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*.

Another error which has sometimes been regarded as jurisdictional is one relating to a matter which is preliminary or collateral, but supposedly essential to the exercise of the jurisdiction as a kind of condition thereof. This however is a fleeting and vague concept against which the courts were warned by this Court in *New Brunswick Liquor Corporation (supra)*, at p. 233, once the initial jurisdiction of the administrative body holding the hearing has been established at the outset.

Beetz J. found that the C.L.R.B. had exceeded its jurisdiction in ordering the parties to refer one of the causes of dispute to arbitration. In his view, the error was jurisdictional and the C.L.R.B. had exercised a power which had not been conferred upon it. He stated at pp. 441-42:

Unquestionably, as has already been noted, it is often difficult to determine what constitutes a question of jurisdiction, and administrative tribunals like the Board must generally be given the benefit of any doubt. Once the classification has been established, however, it does not matter whether an error as to such a question is doubtful, excusable or not unreasonable, or on the contrary is excessive, blatant or patently unreasonable. What makes this kind of error fatal, whether serious or slight, is its jurisdictional nature; and what leads to excluding the rule of the patently unreasonable error is the duty imposed on the Federal Court of Appeal to

le deuxième cas, la norme de retenue sera beaucoup moins élevée. Il a exprimé sa position de la manière suivante, aux pp. 420 et 421:

[L'erreur juridictionnelle] porte généralement sur une disposition attributive de compétence, c'est-à-dire sur une disposition qui décrit, énumère et limite les pouvoirs d'un tribunal administratif ou qui est «destiné(e) à circonscrire le champ d'activité» de ce tribunal comme le dit le juge Pigeon dans *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172 à la p. 175. L'erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent un excès de compétence ou un refus d'exercer une compétence, soit dans l'ouverture d'une enquête, soit en cours d'enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l'annulation de la décision qui en est entachée car elle est également visée par l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il est aussi arrivé que l'on considère comme juridictionnelle l'erreur qui porte sur un élément préliminaire ou accessoire mais essentiel à l'exercice de la compétence et qui en constituerait une espèce de condition. Mais il s'agit là d'une notion fuyante et incertaine contre laquelle cette Cour a mis les tribunaux en garde, dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité), à la p. 233, une fois établie, au début de l'enquête, la compétence initiale de l'organisme administratif qui entreprend cette enquête.

Le juge Beetz a conclu que le C.C.R.T. avait outrepassé sa compétence lorsqu'il a ordonné aux parties de soumettre une des causes de litige à l'arbitrage. À son avis, l'erreur était juridictionnelle et le C.C.R.T. avait exercé un pouvoir qui ne lui avait pas été conféré. Il a dit, aux pp. 441 et 442:

Certes, comme on l'a déjà dit, il est souvent difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence et il faut généralement donner le bénéfice du doute aux tribunaux administratifs comme le Conseil. Cette qualification une fois retenue cependant, il importe peu qu'une erreur portant sur une telle question soit discutable, excusable ou non déraisonnable ou bien, au contraire, extravagante, criante ou manifestement déraisonnable. Ce qui rend fatale cette sorte d'erreur, légère ou lourde, c'est son caractère juridictionnel et ce qui entraîne alors l'exclusion du critère de l'erreur manifestement déraisonnable, c'est le devoir imposé à la Cour

exercise the jurisdiction conferred on it by s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*.

Once a question is classified as one of jurisdiction, and has been the subject of a decision by an administrative tribunal, the superior court exercising the superintending and reforming power over that tribunal cannot, without itself refusing to exercise its own jurisdiction, refrain from ruling on the correctness of that decision, or rule on it by means of an approximate criterion.

This is why the superior courts which exercise the power of judicial review do not and may not use the rule of the patently unreasonable error once they have classified an error as jurisdictional.

These reasons would seem to indicate that any error made by an administrative tribunal in considering its own jurisdiction will constitute a jurisdictional error with the result that its decision may be quashed on judicial review. The decision encountered a good deal of adverse criticism from legal writers which has been referred to by Wilson J. in *National Corn Growers Assn.*, *supra*.

The position taken in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, *supra*, was, I believe, clarified if not modified by the reasons given in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. Once again, Beetz J. wrote for the Court. He expressed the view that although the current tendency had been to limit the concept of "preliminary questions" as far as possible, it had not been eliminated by the doctrine of patent unreasonableness. He held that a tribunal's decision on a preliminary question could be reviewed even though it was not manifestly or patently unreasonable. He put forward his position on the preliminary questions doctrine in this way at pp. 1086-87:

The idea of the preliminary or collateral question is based on the principle that the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and that such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator. The theoretical basis of this idea is

d'appel fédérale d'exercer la compétence que lui confère l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

^a Or une fois qu'une question est qualifiée de question de compétence et a fait l'objet d'une décision par un tribunal administratif, la cour supérieure chargée d'exercer le pouvoir de contrôle et de surveillance sur ce tribunal ne peut, sans refuser elle-même d'exercer sa propre compétence, s'abstenir de statuer sur l'exactitude de cette décision ou statuer sur elle au moyen d'un critère approximatif.

^c C'est pourquoi les cours supérieures qui exercent le pouvoir de révision judiciaire n'utilisent pas et ne peuvent utiliser le critère de l'erreur manifestement déraisonnable une fois qu'elles ont qualifié une erreur d'erreur juridictionnelle.

^d Il semble ressortir de ces motifs qu'une erreur commise par un tribunal administratif dans l'examen de sa propre compétence constituera une erreur juridictionnelle faisant en sorte que sa décision pourra être annulée lors d'un contrôle judiciaire. Le juge Wilson a mentionné, dans l'arrêt *National Corn Growers Assn.*, précité, que la décision avait suscité beaucoup de critiques parmi les auteurs.

^f Je crois que la position adoptée dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, précité, a été clarifiée sinon modifiée par les motifs exposés dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Encore une fois, le juge Beetz a rédigé les motifs de la Cour. Il a exprimé l'opinion que même si la tendance actuelle avait été de restreindre le concept des «conditions préalables» le plus possible, il n'avait pas été éliminé par la théorie de l'interprétation manifestement déraisonnable. Il a conclu que la décision d'un tribunal à l'égard d'une condition préalable pouvait être sujette à examen même si elle n'était pas manifestement déraisonnable. Il a énoncé sa position sur la théorie des conditions préalables de la manière suivante, aux pp. 1086 et 1087:

ⁱ Quant à la notion de condition préalable, elle est fondée sur le principe qui veut que la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d'autres organismes créés par la loi soit limitée, et qu'un tel tribunal ne puisse, par une interprétation erronée d'une disposition de loi, s'arroger un pouvoir que le législateur ne lui a

therefore unimpeachable—which may explain why it has never been squarely repudiated: any grant of jurisdiction will necessarily include limits to the jurisdiction granted, and any grant of a power remains subject to conditions. The principle itself presents no difficulty, but its application is another matter.

The theory of the preliminary or collateral question does not appear to recognize that the legislator may intend to give an administrative tribunal, expressly or by implication, the power to determine whether certain conditions of law or fact placed on the exercise of its power do exist. It is not always true that each of these conditions limits the tribunal's authority; but except where the legislator is explicit, how can one distinguish a condition which the legislator intended to leave to the exclusive determination of the administrative tribunal from a condition which limits its authority and as to which it may not err? One can make the distinction only by means of a more or less formalistic categorization. Such a categorization often runs the risk of being arbitrary and which may in particular unduly extend the superintending and reforming power of the superior courts by transforming it into a disguised right of appeal.

The concept of the preliminary or collateral question diverts the courts from the real problem of judicial review: it substitutes the question "Is this a preliminary or collateral question to the exercise of the tribunal's power?" for the only question which should be asked, "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?"

He added that the determination of preliminary issues must be made in a "pragmatic and functional" manner. He set out his position in this way at p. 1088:

The formalistic analysis of the preliminary or collateral question theory is giving way to a pragmatic and functional analysis, hitherto associated with the concept of the patently unreasonable error. At first sight it may appear that the functional analysis applied to cases of patently unreasonable error is not suitable for cases in which an error is alleged in respect of a legislative provision limiting a tribunal's jurisdiction. The difference between these two types of error is clear: only a patently unreasonable error results in an excess of jurisdiction when the question at issue is within the tribunal's jurisdiction, whereas in the case of a legislative provision limiting the tribunal's jurisdiction, a simple error will result in a loss of jurisdiction. It is nevertheless true that

pas donné. Le fondement théorique de cette notion est donc inattaquable (ce qui explique peut-être pourquoi on ne l'a jamais définitivement répudiée); tout octroi de compétence comporte nécessairement des limites à la compétence octroyée et tout octroi de pouvoir reste soumis à des conditions. Le principe même ne pose aucune difficulté, mais il en va autrement de son application.

La théorie des conditions préalables ne paraît pas reconnaître que le législateur peut vouloir donner, explicitement ou implicitement, à un tribunal administratif le pouvoir de déterminer si certaines conditions de droit ou de fait à l'exercice de son pouvoir existent effectivement. Il n'est pas toujours exact en effet que chacune de ces conditions limite l'autorité du tribunal. Mais, sauf lorsque le législateur est explicite, comment faire pour distinguer une condition que le législateur a voulu laisser à l'appréciation souveraine du tribunal administratif, d'une condition qui limite son autorité et à propos de laquelle il lui est interdit de se tromper? On ne peut le faire que par une qualification plus ou moins formaliste qui risque souvent d'être arbitraire, et qui risque surtout d'étendre indûment le pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux supérieurs en le transformant en droit d'appel déguisé.

La notion de condition préalable détourne les tribunaux du véritable problème du contrôle judiciaire: elle substitue la question «S'agit-il d'une condition préalable à l'exercice du pouvoir du tribunal?» à la seule question qu'il faut se poser, «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?»

Il a ajouté que la détermination des conditions préalables doit être faite d'une manière «pragmatique et fonctionnelle». Il a énoncé sa position de la manière suivante, à la p. 1088:

L'analyse formaliste de la doctrine de la condition préalable cède le pas à une analyse pragmatique et fonctionnelle, associée jusqu'ici à la notion d'erreur manifestement déraisonnable. À première vue, il peut paraître que l'analyse fonctionnelle appliquée jusqu'ici aux cas d'erreur manifestement déraisonnable ne convienne pas aux cas où l'on allègue une erreur au sujet d'une disposition législative qui circonscrit la compétence d'un tribunal. La différence entre ces deux espèces d'erreur est évidente: seule une erreur manifestement déraisonnable entraîne un excès de compétence quand la question en cause relève de la compétence du tribunal tandis que, quand il s'agit d'une disposition législative qui circonscrit la compétence du tribunal, une

the first step in the analysis necessary in the concept of a "patently unreasonable" error involves determining the jurisdiction of the administrative tribunal. At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. [Emphasis added.]

In *Paccar, supra*, this Court directed that courts are to adopt the pragmatic and functional approach described in *Bibeault, supra*, when reviewing the decisions of administrative tribunals which determine questions relating to their jurisdiction.

The issue of jurisdiction will always pose difficult problems. Obviously some control of administrative tribunals is required. For example, if the Board in this case had interpreted its empowering statute to give itself jurisdiction over all persons who are qualified as teachers on the grounds that they might some day become members of a bargaining unit, it would exceed its jurisdiction. On the other hand, it would be all too easy for a court to go out of its way to conclude that, in its opinion, an administrative tribunal had made an error, no matter how trivial, in the interpretation of its statute so as to warrant the finding of a jurisdictional error. To do so would ignore the important place of administrative tribunals in our complex society. Their role could so easily be frustrated by too quick and ready a finding of jurisdictional error. The pragmatic and functional approach does, I believe, permit a court to be reasonably flexible and deferential in its approach to the jurisdiction of administrative tribunals in those cases where a tribunal has ruled upon its own jurisdiction.

The Application of the Factors Set out in *Bibeault* to this Case

The legislative provisions which must be considered in determining the jurisdiction of the Board in this case are to be found in three statutes. Firstly, the

simple erreur entraîne une perte de compétence. Il n'en reste pas moins que la première étape de l'analyse nécessaire à la notion de l'erreur «manifestement déraisonnable» consiste à déterminer la compétence du tribunal administratif. À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Paccar*, précité, notre Cour a ordonné que les tribunaux adoptent la méthode pragmatique et fonctionnelle décrite dans l'arrêt *Bibeault*, précité, lorsqu'ils contrôlent les décisions des tribunaux administratifs qui portent sur des questions relatives à leur compétence.

La question de la compétence soulèvera toujours des problèmes épineux. De toute évidence, un certain contrôle des tribunaux administratifs est nécessaire. Par exemple, si la Commission en l'espèce avait interprété sa loi habilitante comme lui accordant compétence à l'égard de toutes les personnes qui ont la qualité d'enseignants pour le motif qu'elles pourraient un jour devenir membres d'une unité de négociation, elle excéderait alors sa compétence. Par ailleurs, il serait trop facile pour une cour de s'écarter de sa voie pour conclure qu'à son avis un tribunal administratif a, dans l'interprétation de sa loi habilitante, commis une erreur, pour légère qu'elle soit, qui justifie la constatation d'une erreur de compétence. Faire cela reviendrait à ignorer la place importante qu'occupent les tribunaux administratifs dans notre société complexe. Leur rôle pourrait si aisément être contrecarré par une conclusion trop rapide et facile à l'existence d'une erreur de compétence. La méthode pragmatique et fonctionnelle permet, à mon avis, à une cour d'aborder de façon raisonnablement souple et respectueuse la compétence des tribunaux administratifs dans les cas où un tribunal a statué sur sa propre compétence.

L'application à l'espèce des facteurs énoncés dans l'arrêt *Bibeault*

Les dispositions législatives qui doivent être examinées pour déterminer la compétence de la Commission en l'espèce se trouvent dans trois lois. Pre-

Staff Relations Act, s. 2, s. 33 (now s. 34) and s. 98 (now s. 99) which read:

2. In this Act

“employee” means a person employed in the Public Service, other than . . .

The listed exceptions are not applicable to this appeal.

33. Where, at any time following the determination by the Board of a group of employees to constitute a unit appropriate for collective bargaining, any question arises as to whether any employee or class of employees is or is not included therein or is included in any other unit, the Board shall, on application by the employer or any employee organization affected, determine the question.

98. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and

(a) the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the collective agreement or arbitral award, and

(b) the obligation, if any, is not an obligation the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the collective agreement or arbitral award applies,

either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board, which shall hear and determine whether there is an obligation as alleged and whether, if there is, there has been a failure to observe or to carry out the obligation.

(2) The Board shall hear and determine any matter referred to it pursuant to subsection (1) as though the matter were a grievance, and subsection 95(2) and sections 96 and 97 apply to the hearing and determination of that matter.

Secondly, the *Employment Act*, s. 8 must be considered. It reads:

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for

mièrement, la *Loi sur les relations de travail* et ses modifications, art. 2, art. 33 (maintenant art. 34) et art. 98 (maintenant art. 99) dont voici le texte:

a 2. Dans la présente loi

«employé» désigne une personne employée dans la Fonction publique, sauf . . .

b Les exceptions mentionnées ne s'appliquent pas dans le présent pourvoi.

c 33. Lorsque, à un moment quelconque après que la Commission a décidé qu'un groupe d'employés constitue une unité habile à négocier collectivement, se pose la question de savoir si un employé ou une classe d'employés en fait ou n'en fait pas partie ou fait partie d'une autre unité, la Commission doit, sur demande de l'employeur ou de toute association d'employés concernée, trancher la question.

d 98. (1) Lorsque l'employeur et un agent négociateur ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale et

e a) que l'employeur ou l'agent négociateur cherche à faire exécuter une obligation qu'on prétend découler de la convention collective ou de la décision arbitrale, et

f b) que l'obligation, s'il en est, n'est pas une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief d'un employé de l'unité de négociation visée par la convention collective ou la décision arbitrale,

g l'employeur ou l'agent négociateur peut, de la manière prescrite, renvoyer l'affaire à la Commission qui doit l'entendre et décider si l'obligation alléguée existe et, dans l'affirmative, s'il y a eu inobservation ou inexécution.

h (2) La Commission doit entendre et trancher l'affaire qui lui est ainsi renvoyée en conformité du paragraphe (1) comme s'il s'agissait d'un grief, et le paragraphe 95(2) ainsi que les articles 96 et 97 s'appliquent à son audition et à la décision à rendre en l'espèce.

i Deuxièmement, l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi* doit être examiné. En voici le texte:

j 8. Sous réserve de la présente loi, la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui

whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

Lastly, s. 11(3) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (previously R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(6)), must be considered. It reads:

11. ...

(3) The powers and functions of the Treasury Board in relation to any of the matters specified in subsection (2) do not extend to any such matter that is expressly determined, fixed, provided for, regulated or established by any Act otherwise than by the conferring of powers or functions in relation thereto on any authority or person specified in that Act, and do not include or extend to any power or function specifically conferred on, or any process of personnel selection required or authorized to be employed by, the Public Service Commission by or under the authority of the *Public Service Employment Act*.

Let us now, pursuant to the direction set out in *Paccar, supra*, undertake the functional approach outlined in *Bibeault, supra*. This approach requires us to review not only the wording of the enactment conferring jurisdiction, but also to consider the purpose of the statute creating the Board, its reasons for existence, the area of expertise of its members and the nature of the problems it must consider.

The first aspect to be considered is the wording of the statute. When the statute is considered as a whole, it can be seen that the Board is given broad powers to consider and resolve a wide variety of problems that arise in the field of labour relations. The decisions of the Board are protected by a privative clause. The legislators clearly placed their trust and confidence in the Board and sought to protect its decisions in the sensitive domain of labour matters. To my mind, s. 98 of the *Staff Relations Act* reflects the fundamental purpose of the statute. It provides a means whereby either the employer or the bargaining agent may seek to enforce an obligation rising out of a collective agreement or arbitral award. It establishes a procedure for settling disputes which are a source of disruptive friction between employer and employees.

sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination.

Finale­ment, le par. 11(3) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (autrefois la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10, par. 7(6)), doit être examiné. En voici le texte:

11. ...

(3) Le Conseil du Trésor ne peut exercer ses pouvoirs et fonctions à l'égard des questions visées au paragraphe (2) et dans une autre loi que si celle-ci confère en la matière des attributions à une autorité ou à une personne déterminée et traite expressément de ces questions; il ne peut non plus exercer des pouvoirs ou fonctions expressément conférés à la Commission de la fonction publique sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, ni mettre en œuvre des méthodes de sélection du personnel dont l'application relève, sous le régime de cette loi, de la Commission.

Il convient maintenant, aux termes de la directive énoncée dans l'arrêt *Paccar*, précité, d'entreprendre l'analyse fonctionnelle exposée dans l'arrêt *Bibeault*, précité. Cette méthode nous oblige à examiner non seulement la formulation de la disposition législative qui confère la compétence, mais également l'objet de la loi qui crée la Commission, la raison d'être de celle-ci, le domaine d'expertise de ses membres et la nature des problèmes qu'elle doit examiner.

Le premier aspect qui doit être examiné est la formulation de la Loi. Lorsque la Loi est examinée dans son ensemble, on peut constater que la Commission se voit conférer des pouvoirs étendus d'examiner et de régler une grande variété de problèmes qui se posent dans le domaine des relations de travail. Les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative. Le législateur a clairement accordé sa confiance à la Commission et a cherché à protéger ses décisions dans le domaine délicat des relations de travail. À mon avis, l'art. 98 de la *Loi sur les relations de travail* traduit le but fondamental de la Loi. Il prescrit un moyen par lequel l'employeur ou l'agent négociateur peut chercher à faire exécuter une obligation qui découle d'une convention collective ou d'une décision arbitrale. Il établit une procédure de règle-

The purpose of the *Staff Relations Act* is to provide the means for achieving the speedy resolution of disputes between labour and management. In reaching its decisions, the Board will make use of the special skills of its members who are experienced and knowledgeable in the field of labour relations generally and particularly as labour relations issues existing between the Public Service and the Federal Government. The Board must utilize this expertise in the resolution of just such labour/management disputes as are presented in this case.

Section 33 of the *Staff Relations Act* requires the Board to determine who are the members of a bargaining unit. That does not mean that the Board must determine whether or not a person is a Public Service employee, that is to say, an employee as defined in s. 2. A person can well be a member of a bargaining unit for collective bargaining purposes, and yet not be a public servant entitled to all the special benefits and perquisites that flow from membership in the Public Service. However, a person who is found to be a member of a bargaining unit should be entitled to all the benefits that flow from the collective bargaining agreement which pertains to the particular bargaining unit. Here the Econosult teachers were doing precisely the same work as those in the service of the Solicitor General. They all worked at the same penal institution and they all were monitored by the same member of the Correctional Services.

The Econosult teachers moved to have the Board declare them members of the same bargaining unit as those in the service of the Solicitor General for collective bargaining purposes. In making its decision as to whether teachers doing the same work in the same institution should belong to the same bargaining unit, the Board was carrying out a function that, in the words of Dickson J. in *C.U.P.E.*, "would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board" (p. 236). In my view, the wording of s. 98 made it incumbent on the Board to make a finding on this issue. Thus the wording of the Act, taken as a whole and particularly s. 98, leads me

ment des litiges qui sont source de friction perturbatrice entre employeur et employés. La *Loi sur les relations de travail* a pour but de fournir le moyen de résoudre avec célérité les différends ouvriers-patronaux. Pour parvenir à ses décisions, la Commission recourt aux compétences spéciales de ses membres qui possèdent de l'expérience et des connaissances dans le domaine des relations de travail en général et, particulièrement, au sujet des questions de relations de travail qui existent entre la Fonction publique et le gouvernement fédéral. La Commission doit utiliser cette expertise précisément pour résoudre les conflits de travail qu'on retrouve en l'espèce.

L'article 33 de la *Loi sur les relations de travail* exige que la Commission détermine quels sont les membres d'une unité de négociation. Cela ne signifie pas que la Commission doit décider si une personne est ou non un fonctionnaire, c'est-à-dire un employé au sens de l'art. 2. Une personne peut très bien être membre d'une unité de négociation à des fins de négociation collective et ne pas être un fonctionnaire qui a droit à tous les avantages spéciaux et les émoluments qui découlent du fait d'être membre de la Fonction publique. Toutefois, la personne qui est déclarée membre d'une unité de négociation devrait avoir droit à tous les avantages qui découlent de la convention collective applicable à l'unité de négociation donnée. En l'espèce, les enseignants d'Econosult accomplissaient précisément le même travail que ceux qui étaient au service du Solliciteur général. Ils travaillaient tous dans le même établissement pénitentiaire et étaient tous surveillés par le même membre du Service correctionnel.

Les enseignants d'Econosult ont demandé que la Commission les déclare, aux fins de la négociation collective, membres de la même unité de négociation que les personnes au service du Solliciteur général. En rendant sa décision sur la question de savoir si les enseignants qui exécutaient le même travail dans le même établissement devraient faire partie de la même unité de négociation, la Commission a exercé une fonction dont, suivant les mots du juge Dickson dans l'arrêt *S.C.F.P.*, «[l]ogiquement, il faut supposer [qu'elle . . .] est au cœur de la compétence spécialisée conférée à la Commission» (p. 236). À mon avis, selon les termes de l'art. 98, il incombe à la Commis-

to conclude that the Board had jurisdiction to determine whether the Econosult teachers were members of the bargaining unit.

That conclusion is strengthened when the purpose of the statute creating the Board, its reason for existence, the area of expertise of its members and the nature of the problems it must deal with are considered. It is apparent that the Board's *raison d'être* is the resolution of labour management disputes that may erupt between the Federal Government and its employees. The area of expertise of the Board is in the field of labour relations involving the Federal Government and its employees. In order to carry out its role and exercise its special skills and knowledge, the Board must have jurisdiction to determine just who are members of a bargaining unit.

To hold otherwise would mean that the membership of all bargaining units is fixed for all time at the moment of their creditation. Employees whose status was unclear as to whether they were part of a bargaining unit, and if they were, to which bargaining unit they belonged, would be precluded from ever having the issue determined by the very entity whose expertise makes it eminently suited to resolving just such a dispute. It was, quite simply, not necessary for the Board, in carrying out its assigned role, to determine whether an employee is a member of the Public Service. However, the question of whether a person can be an employee, for the purposes of collective bargaining, without going through the formalities set out in the *Employment Act*, is a substantive question that the Board was required to consider in order to attain the aim of the *Staff Relations Act* and to fulfill its role.

The Board has been given wide powers and the protection of a privative clause. Its members are experienced and skilled in the field of labour relations. The legislator made it clear that labour disputes, such as those presented in this case, were to be resolved by the Board. The Court should not be quick to interfere. The Board necessarily had jurisdiction to

sion de rendre une décision sur cette question. Par conséquent le texte de la Loi, pris dans son ensemble et particulièrement l'art. 98, m'amène à conclure que la Commission était compétente pour déterminer si
 a les enseignants d'Econosult étaient des membres de l'unité de négociation.

Cette conclusion est renforcée lorsqu'on examine l'objet de la loi qui crée la Commission, la raison d'être de celle-ci, le domaine d'expertise de ses membres et la nature des problèmes qu'elle doit traiter. Il ressort que la Commission a pour raison d'être de résoudre les différends ouvriers-patronaux qui peuvent survenir entre le gouvernement fédéral et ses employés. Le domaine d'expertise de la Commission est dans le domaine des relations de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés. Pour remplir son rôle et mettre en pratique ses compétences et connaissances spéciales, la Commission doit avoir le pouvoir de déterminer exactement qui sont les membres d'une unité de négociation.

Toute décision contraire signifierait que l'appartenance à chaque unité de négociation est établie pour toujours au moment de son accréditation. Les employés dont le statut n'était pas clair quant à savoir s'ils faisaient partie d'une unité de négociation, et s'ils faisaient partie d'une unité de négociation, de quelle unité il s'agissait, ne pourraient jamais faire trancher la question par l'entité même qui, par son expertise, est parfaitement adaptée pour résoudre un tel conflit. Il n'était tout simplement pas nécessaire que la Commission, en exerçant le rôle qui lui était attribué, détermine si un employé est membre de la Fonction publique. Toutefois la question de savoir si une personne peut être un employé, aux fins de la négociation collective, sans passer par les formalités établies dans la *Loi sur l'emploi*, constitue une question de fond que la Commission était tenue d'examiner pour réaliser l'objectif de la *Loi sur les relations de travail* et remplir son rôle.

i La Commission a obtenu des pouvoirs étendus ainsi que la protection d'une clause privative. Ses membres sont expérimentés et compétents dans le domaine des relations de travail. Le législateur a établi clairement que les conflits de travail, comme ceux qui se présentent en l'espèce, devaient être réglés par la Commission. La Cour ne devrait pas s'empresser

determine who were employees within the meaning of the *Staff Relations Act* and to what bargaining unit they belonged.

In summary then, the pragmatic and functional approach mandated by *Bibeault, supra*, requires a consideration of the enactment conferring jurisdiction, the aim of the statute creating the Board, the reasons for the Board's existence and the area of expertise of its members. A review of all those factors leads me to conclude that the Board did not exceed its jurisdiction. It acted within its area of expertise and carried out its mandate when it found that the Econosult teachers were indeed members of the bargaining unit. There is no basis for a court to interfere with its decision on that ground.

The conclusion I have reached seems to be supported when this case is compared to the situation presented in *Bibeault, supra*. The *Bibeault* case was concerned with the Quebec Labour Commissioner's interpretation of s. 45 of the Quebec *Labour Code*. That section provided, *inter alia*, that when there is an "alienation or operation by another" of an "undertaking" there is automatically by operation of law a transfer of certain rights and obligations. At pages 1093-94 Beetz J. wrote:

The transfer of rights and obligations thus does not depend on the conclusion arrived at by the commissioner on the facts and the law—nor indeed on the existence of a certificate recording the transfer—but on the fact that the requirements of section 45 have actually been met.

In reaching the conclusion that s. 45 was a "jurisdictional section", Beetz J. relied on two factors. First, the limited jurisdiction granted the Labour Commissioner and secondly, the lack of expertise needed to answer the question facing the Labour Commission. He adopted a portion of the respondent's factum in these words at pp. 1094-95:

[TRANSLATION] It can be seen at the outset that the legislator did not see fit to give the labour commissioner a general, exclusive jurisdiction over implementation of

d'intervenir. La Commission avait nécessairement compétence pour déterminer qui étaient des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail* et à quelle unité de négociation ils appartenaient.

Bref, la méthode pragmatique et fonctionnelle prescrite dans l'arrêt *Bibeault*, précité, exige un examen de la disposition qui confère la compétence, de l'objet de la loi qui crée la Commission, de la raison d'être de la Commission et du domaine d'expertise de ses membres. Un examen de tous ces facteurs m'amène à conclure que la Commission n'a pas excédé sa compétence. Elle a agi dans le cadre de son domaine d'expertise et a exercé son mandat lorsqu'elle a conclu que les enseignants d'Econosult étaient vraiment membres de l'unité de négociation. Rien ne justifie une cour de modifier sa décision pour ce motif.

La conclusion à laquelle je suis arrivé semble appuyée lorsqu'on compare l'espèce à la situation qui se présentait dans l'arrêt *Bibeault*, précité. L'arrêt *Bibeault* portait sur l'interprétation de l'art. 45 du *Code du travail* du Québec par le commissaire du travail du Québec. Cet article prévoyait notamment que lorsque «l'aliénation ou la concession» d'une «entreprise» est effectuée, il y a automatiquement, par application de la Loi, une transmission de certains droits et de certaines obligations. Aux pages 1093 et 1094, le juge Beetz écrit:

La transmission des droits et obligations ne dépend donc pas de l'évaluation des faits et du droit à laquelle parvient le commissaire—ni d'ailleurs de l'existence d'un certificat constatant la transmission—mais du fait que sont réellement remplies les exigences de l'art. 45.

Pour arriver à la conclusion que l'art. 45 était un «article juridictionnel», le juge Beetz s'est fondé sur deux facteurs. Premièrement, la compétence limitée accordée au commissaire du travail et, deuxièmement, l'absence d'expertise nécessaire pour répondre à la question posée à la Commission du travail. Il a adopté une partie du mémoire de l'intimée de la manière suivante, aux pp. 1094 et 1095:

On constate au point de départ que le législateur n'a pas jugé opportun de conférer au Commissaire du travail la compétence générale et exclusive d'assurer l'applica-

and compliance with all the provisions of the Labour Code. He chose instead the approach of conferring several special powers, and limited himself to giving jurisdiction over specific and defined matters.

By proceeding in this way the Quebec legislator clearly differs from most other Canadian legislators, who have chosen instead to confer on a specialized and unique agency (generally a labour relations commission) true general jurisdiction over the interpretation and implementation of the legislation governing collective labour relations.

He continued at p. 1097:

... the concepts of alienation and operation by another are civil law concepts that require no special expertise on the part of an administrative tribunal. They are concepts which do not call on the labour commissioner's expertise ...

Unlike the situation presented in *Bibeault*, in the case at bar the Board has been given wide powers and its decision required the utilization of expert skill or knowledge that it was uniquely qualified to exercise. The application of the functional and pragmatic analysis set forth in *Bibeault*, *supra*, clearly establishes that the Board had the jurisdiction to decide whether or not the Econosult teachers formed part of the Educational Group bargaining unit.

It remains only to consider whether the Board, acting within its jurisdiction, acted unreasonably in reaching its decision. Unfortunately, a consideration of this issue will, of necessity, be somewhat repetitious.

Was the Decision of the Board Patently Unreasonable?

In *C.U.P.E.*, Dickson J. held that an administrative tribunal's decision is patently unreasonable in circumstances where "its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). The decision of the Board in this case cannot be considered to be unreasonable. It was essential for it to determine whether a person could be an employee and a member of a bargaining unit,

tion et le respect de toutes les dispositions du Code du travail. On a plutôt choisi l'approche de conférer plusieurs compétences particulières en se limitant à donner juridiction sur des sujets précis et circonscrits.

Le législateur québécois, en procédant de la sorte, se distingue nettement de la plupart des autres législateurs canadiens qui ont plutôt choisi de conférer à un organisme spécialisé et unique (généralement une commission des relations du travail) une véritable compétence générale sur l'interprétation et l'application de la loi régissant les rapports collectifs du travail.

Il a poursuivi à la p. 1097:

... les concepts de l'aliénation et de la concession sont des notions de droit civil qui ne requièrent aucune compétence particulière de la part de l'instance administrative. Il s'agit là de notions qui ne font pas appel à l'expertise du commissaire du travail ...

En l'espèce, contrairement à la situation présentée dans l'arrêt *Bibeault*, la Commission a reçu de vastes pouvoirs et sa décision exigeait l'utilisation de compétences ou de connaissances d'experts qu'elle était seule qualifiée pour mettre en pratique. L'application de l'analyse fonctionnelle et pragmatique énoncée dans l'arrêt *Bibeault*, précité, établit clairement que la Commission avait le pouvoir de décider si les enseignants d'Econosult faisaient partie de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement.

Il ne reste à examiner que la question de savoir si la Commission, dans l'exercice de sa compétence, a agi de façon déraisonnable en parvenant à sa décision. Malheureusement, l'examen de cette question sera nécessairement quelque peu répétitif.

La décision de la Commission était-elle manifestement déraisonnable?

Dans l'arrêt *S.C.F.P.*, le juge Dickson a conclu que la décision d'un tribunal administratif est manifestement déraisonnable lorsque «l'interprétation [qu'il donne] est [...] déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). La décision de la Commission en l'espèce ne saurait être considérée comme déraisonnable. Il était essentiel qu'elle détermine si une personne pouvait être un

although that person had not become a public servant according to the provisions of the *Employment Act*. It will be remembered that pursuant to s. 8 of the *Employment Act*, “the Commission has the exclusive right and authority to make appointment to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament”. The question then arises whether this is an essential precondition to membership in a bargaining unit. That is to say, must a person be appointed by the Public Service Commission pursuant to s. 8 of the *Employment Act* in order to be classified as a public employee for the purposes of s. 33 of the *Staff Relations Act*?

I would begin by observing that the intention of one of the parties is not usually determinative of such an issue. In *S.G.C.T.*, *supra*, the issue was whether or not “freelancers” working under personal service contracts with the National Film Board could be certified by the union. Le Dain J.A., writing on behalf of the Federal Court of Appeal, held that there was “no special formality required” to distinguish “continuing positions” which form part of the Public Service and other positions. Rather, he said at pp. 353-54 that the substance of the arrangement was to be given precedence over form:

Undoubtedly the Board has the authority under paragraph 10(1)(d) of the *National Film Act* to enter into contracts for personal services with independent contractors, or “freelancers” as they are apparently called, but notwithstanding the form which such an engagement takes it may be open in a particular case to show on all the circumstances that the relationship is in fact one of employment. In such a case one would have to conclude that the employee occupies a position within the meaning of section 14.

As a result, the freelancers were deemed to be “employees” although they had not been nominated pursuant to s. 8 of the *Employment Act* and despite their personal contracts with the National Film Board.

employé et un membre de l'unité de négociation même si cette personne n'était pas devenue un fonctionnaire aux termes des dispositions de la *Loi sur l'emploi*. Il convient de se rappeler qu'aux termes de l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi*, «la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination». La question qui se pose alors est de savoir s'il s'agit d'une condition préalable essentielle pour devenir membre d'une unité de négociation. C'est-à-dire, une personne doit-elle être nommée par la Commission de la Fonction publique, conformément à l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi*, pour être qualifiée d'employée du secteur public aux fins de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail*?

Tout d'abord, je fais remarquer que l'intention de l'une des parties n'est habituellement pas déterminante à l'égard d'une telle question. Dans l'arrêt *S.G.C.T.*, précité, la question était de savoir si des «pigistes» liés à l'Office national du film par des contrats de services personnels pouvaient être accrédités par le syndicat. Le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, a conclu qu'il n'y avait «aucune formalité spéciale» pour établir une distinction entre les «postes continus» qui font partie de la Fonction publique et les autres postes. Il a plutôt dit aux pp. 353 et 354 que le fond de l'entente devait prévaloir sur la forme:

Il ne fait aucun doute que l'Office a le pouvoir, aux termes de l'alinéa 10(1)d) de la *Loi nationale sur le film*, de conclure des contrats de services personnels avec des entrepreneurs indépendants, ou «pigistes» comme ils semblent être désignés; mais, nonobstant la forme que revêt un tel contrat, il peut être établi, dans un cas particulier et à la lumière de toutes les circonstances, qu'il s'agit effectivement d'un emploi. Dans un cas semblable, on doit conclure qu'un employé occupe un poste au sens de l'article 14.

Par conséquent, les pigistes ont été réputés être des «employés» bien qu'ils n'aient pas été nommés conformément à l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi* et malgré leurs contrats personnels avec l'Office national du film.

The respondent argued that the *S.G.C.T.* decision is not applicable because in the case at bar there is no statutory provision comparable to what was then s. 14 of the *National Film Act*, which allowed the National Film Board to determine the working condition of employees. I cannot accept that contention. In the case at bar, the Board was required to determine who were employees and to which bargaining unit they belonged in order to carry out its function.

In *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489, this Court was required to determine whether, in the absence of any clear administrative decision or expression of intention on the part of the Government, the creation of additional functions in a position in the Public Service amounted to the creation of a new position requiring an appointment under the *Employment Act*. The Government argued that before a new position could be found to exist it was required to be made manifest in clear terms. This Court found that the expression of such an intention by Government was unnecessary. Le Dain J., writing for this Court, stated at pp. 501-2:

Having regard to the importance of the principle of selection according to merit and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act*, I am unable, with great respect, to agree with the premise underlying the judgment of the majority of the Federal Court of Appeal, which I understand to be that a new position in the Public Service calling for an appointment within the meaning of s. 21 cannot be created by a change in the functions of an existing position unless the administration chooses to regard such a change as creating a new position within the meaning of the Act. Such a view would permit the circumvention of the merit principle and the right of appeal.

Obviously the administration must have reasonable flexibility to make minor changes in the functions of an existing position in the Public Service which the occupant of the position may be called on to perform, without thereby creating a new position for which an appointment based on selection according to merit must be made. Where, however, as in the present case, the change in functions is of such a significant or substantial nature as to call for additional or special qualifications requiring evaluation and therefore what amounts to

L'intimée a soutenu que l'arrêt *S.G.C.T.* ne s'applique pas parce qu'en l'espèce il n'y a aucune disposition législative comparable à ce qui était alors l'art. 14 de la *Loi nationale sur le film*, qui permettait à l'Office de déterminer les conditions de travail des employés. Je ne puis accepter cet argument. En l'espèce, la Commission était tenue de déterminer qui étaient les employés et à quelle unité de négociation ils appartenaient pour exercer sa fonction.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489, notre Cour devait déterminer si, en l'absence d'une décision administrative claire ou d'une expression de l'intention du gouvernement, la création de fonctions additionnelles dans un poste de la Fonction publique équivalait à la création d'un nouveau poste qui exigeait une nomination en vertu de la *Loi sur l'emploi*. Le gouvernement a soutenu que, pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un nouveau poste, celui-ci devait être établi clairement. Notre Cour a conclu que l'expression d'une telle intention par le gouvernement n'était pas nécessaire. Le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour, affirme, aux pp. 501 et 502:

Compte tenu de l'importance du principe de la sélection établie au mérite et du droit d'appel prévu à l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, je ne saurais, en toute déférence, souscrire à la prémisse qui sous-tend l'arrêt de la Cour d'appel fédérale à la majorité, qui porte, si je comprends bien, qu'un nouveau poste de la Fonction publique qui exige une nomination au sens de l'art. 21, ne saurait être créé par une modification des fonctions d'un poste déjà existant, à moins que l'administration ne choisisse de considérer que cette modification crée un nouveau poste au sens de la Loi. Une telle conception permettrait de contourner le principe du mérite et le droit d'appel.

De toute évidence, l'administration doit pouvoir jouir de suffisamment de souplesse pour être en mesure d'apporter des modifications mineures aux fonctions que le titulaire d'un poste déjà existant de la Fonction publique peut être appelé à remplir, sans par là créer un nouveau poste nécessitant une nomination faite selon une sélection établie au mérite. Lorsque, toutefois, comme en l'espèce, la modification des fonctions est suffisamment importante ou substantielle pour requérir des qualifications supplémentaires ou particulières exigeant une éva-

a new selection for the position, a new position within the meaning of the Act is created. [Emphasis added.]

Once again, the question was determined on the basis of substance rather than mere form.

In *Doré, supra*, a decision rendered at the same time as *Brault*, the question to be determined was whether the assignment of a person already in the Public Service to new functions, pending classification of a new position for those functions, was an "appointment" requiring that the procedures under the *Employment Act* be followed. Le Dain J. held that, as a matter of fact, a new position had been created, notwithstanding the lack of any express intent. He wrote at pp. 509-10:

For the reasons given in [*Brault*], the issue in the present appeal cannot, in my respectful opinion, turn on whether the Department intended to create a position and to make an appointment within the meaning of the *Public Service Employment Act*. There must, of course, be an intended identification and definition of functions to be performed and an intended assignment of a person to perform them, but, as I said in the *Brault* appeal, the application of the merit principle and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act* cannot depend on whether the Department chooses to regard what is done as the creation of a position and an appointment to it within the meaning of the Act. It is what the Department has objectively done as a matter of fact and not what it may have intended or understood it was doing as a matter of law that must determine the application of the merit principle and the right of appeal. [Emphasis added.]

These two cases make it clear that it is not the form of the arrangement or the expressed intent of the Government which is determinative of the issue, but rather the substance of the relationship must govern the decision. Thus, if the intention of the Government employer is to be gathered from the *Employment Act*, that intention is not determinative of the issues. Rather, the substance of the relationship between the Econosult teachers and the Government must be examined.

luation et donc ce qui correspond à une nouvelle sélection pour le poste, un nouveau poste au sens de la Loi est alors créé. [Je souligne.]

Encore une fois, on a tranché la question en tenant compte du fond plutôt que de la simple forme.

Dans l'arrêt *Doré*, précité, qui a été rendu en même temps que l'arrêt *Brault*, la question qui devait être tranchée était de savoir si l'affectation d'une personne qui faisait déjà partie de la Fonction publique à des nouvelles fonctions, en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions, constituait une « nomination » exigeant que l'on suive les procédures prévues par la *Loi sur l'emploi*. Le juge Le Dain a conclu qu'en fait un nouveau poste avait été créé, malgré l'absence de toute intention expresse. Il écrit, aux pp. 509 et 510:

Pour les motifs exposés dans cet arrêt [l'arrêt *Brault*], la question soulevée en l'espèce ne peut, à mon humble avis, dépendre de la question de savoir si le Ministère avait l'intention de créer un poste et d'effectuer une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Évidemment, il doit y avoir une intention d'identifier et de définir les fonctions à exécuter et une intention d'affecter une personne pour les exécuter, mais comme je l'ai dit dans l'arrêt *Brault*, l'application du principe du mérite et le droit d'appel que prévoit l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peuvent dépendre de la question de savoir si le Ministère choisit de considérer ce qui a été fait comme la création d'un poste et une nomination à celui-ci au sens de la Loi. En réalité, c'est ce que le Ministère a objectivement fait et non ce qu'il a, en droit, eu l'intention de faire ou l'interprétation qu'il en avait qui doit déterminer l'application du principe du mérite et du droit d'appel. [Je souligne.]

Ces deux arrêts démontrent clairement que ce n'est pas la forme de l'entente ni l'intention exprimée par le gouvernement qui est déterminante à l'égard de la question, c'est plutôt le contenu de la relation qui doit régir la décision. Donc, si l'intention du gouvernement à titre d'employeur doit se dégager de la *Loi sur l'emploi*, cette intention n'est pas déterminante à l'égard des questions en litige. C'est plutôt le contenu de la relation entre les enseignants d'Econosult et le gouvernement qui doit être examiné.

In the case at bar, it is apparent that positions can be created solely by the actions of Government officials acting outside the provisions of s. 8 of the *Employment Act*. It would seem then, that quite apart from appointments made under that section, Government officials can *de facto* create a position. The issue as to whether a person is an employee of the Federal Government and, if so, a member of a bargaining unit, must be determined on the facts of each case. Here, the decision of the Board is consistent with the facts presented, the decided cases and with the provisions of the *Staff Relations Act*. The Board carefully examined the situation of the contract workers. It determined that, as a matter of fact, on the basis of the general tests set out by the Board itself and by other tribunals specializing in labour relations, the contract workers were indeed employees of the Federal Government for collective bargaining purposes. The Econosult teachers were doing the same job as the P.S.A.C. teachers and were responsible to the same supervisor. They were working side-by-side doing virtually identical jobs. In the circumstances of this case, the decision of the Board was certainly not patently unreasonable, rather it appears to be a reasonable one.

I would note once again, that the effect of the Board's decision is limited in nature. It does not provide the Econosult teachers with any of the Public Service benefits such as superannuation. It simply provides that for the purposes of labour relations, people doing the same work should come within the same bargaining unit and the provisions of the same collective bargaining agreement should apply to them.

Disposition

In the result, I would allow the appeal and confirm the order of the Board in the terms suggested by Hugessen J.A. in the Federal Court of Appeal.

Appeal dismissed with costs, CORY J. dissenting.

En l'espèce, il est évident que des postes peuvent être créés seulement par les actions des fonctionnaires du gouvernement agissant hors du cadre des dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi*. Il semblerait alors que, outre les nominations effectuées aux termes de cet article, les fonctionnaires du gouvernement peuvent en fait créer un poste. La question de savoir si une personne est un employé du gouvernement fédéral et, dans l'affirmative, si elle est membre d'une unité de négociation, doit être tranchée selon les faits de chaque cas. En l'espèce, la décision de la Commission est compatible avec les faits présentés, la jurisprudence et les dispositions de la *Loi sur les relations de travail*. La Commission a examiné attentivement la situation des contractuels. Elle a déterminé qu'en fait, compte tenu des critères généraux énoncés par la Commission elle-même et par d'autres tribunaux spécialisés dans les relations de travail, les contractuels étaient bel et bien des employés du gouvernement fédéral aux fins de la négociation collective. Les enseignants d'Econosult exécutaient le même travail que les enseignants de l'A.F.P.C. et relevaient du même surveillant. Ils travaillaient ensemble et remplissaient des tâches quasi identiques. Dans les circonstances de l'espèce, la décision de la Commission n'était certainement pas manifestement déraisonnable, au contraire elle paraît raisonnable.

Encore une fois, je souligne que l'effet de la décision de la Commission est de nature limitée. Elle n'accorde pas aux enseignants d'Econosult les avantages sociaux de la Fonction publique comme le fonds de pension. Elle prévoit simplement qu'à des fins de relations de travail les personnes qui accomplissent le même travail devraient faire partie de la même unité de négociation et que les dispositions de la même convention collective devraient s'appliquer à celles-ci.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Commission de la manière proposée par le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge CORY est dissident.

*Solicitor for the appellant: Dianne Nicholas,
Ottawa.*

*Procureur de l'appelante: Dianne Nicholas,
Ottawa.*

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.