

A-355-88

A-355-88

**The Queen, represented by the Attorney General of Canada (Applicant)**

v.

**Public Service Alliance of Canada (Respondent)**

and

**Econosult Inc. (Mis-en-cause)**

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. P.S.A.C.

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Hugessen J.J.A.—Montréal, November 25, 1988; Ottawa, January 17, 1989.

*Public service — Jurisdiction — Privatization of teaching at federal penitentiary — Contract between firm and government detailing teachers' duties — Immediate supervisor employed by firm, and Correctional Service representative monitoring quality of instruction — Services billed on hourly basis — Union applying under P.S.S.R.A., ss. 33 and 98 for determination teachers included in bargaining unit's ED Group — Looking to substance, rather than form, Board agreeing with Union — Whether Board having jurisdiction to determine who is employee of Public Service — Whether Board erred in looking to circumstances surrounding doing of work to determine nature of relationship — Whether legislation defining and governing Public Service precluding application of substance over form test to Public Service.*

This was an application to set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board that teachers working at a federal penitentiary were included in the Education Group bargaining unit. The teachers had been part of the Solicitor General's staff until 1984 when a new policy for the privatization of the education of inmates was implemented. At that time, the government contracted with a private firm for the supply of teaching services. The contract defined the teachers' duties and indicated that they would be directly supervised by an employee of the firm. A Correctional Service representative monitored the instruction given. The services were billed on an hourly basis. The firm recruited and hired the teachers. The Union, P.S.A.C., applied to the Board under the *Public Service Staff Relations Act*, sections 33 and 98 for a finding that the teachers were employees of the Queen and members of the ED Group included in the bargaining unit. The P.S.S.R.B. looked at the substance, rather than the form, of the relationship and made the findings requested. In so doing, it applied the well-established criteria used by labour tribunals to determine whether an employer-employee relationship actually exists. The

**La Reine, représentée par le Procureur général du Canada (requérante)**

a c.

**Alliance de la Fonction publique du Canada (intimée)**

et

b

**Econosult Inc. (mise-en-cause)**

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. A.F.P.C.

Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen, J.C.A.—Montréal, 25 novembre 1988; Ottawa, 17 janvier 1989.

*Fonction publique — Compétence — Privatisation de l'enseignement dans un pénitencier fédéral — Un contrat conclu entre une firme et le gouvernement précisait les tâches des enseignants — Le superviseur immédiat de l'enseignant était employé par la compagnie, et le représentant du Service correctionnel vérifierait la qualité de l'enseignement — Les services étaient facturés à l'heure — Se fondant sur les art. 33 et 98 de la L.R.T.F.P., le syndicat a demandé une déclaration portant que les enseignants étaient membres du groupe ED de l'unité de négociation — Rejetant la forme pour le fond, la Commission a accepté les prétentions du syndicat — La Commission était-elle compétente à déterminer quels employés font partie de la fonction publique? — La Commission a-t-elle commis une erreur en examinant les circonstances entourant l'exécution des fonctions afin de déterminer la nature de la relation envisagée? — La législation définissant et régissant la fonction publique empêche-t-elle l'application du critère de la prédominance du fond sur la forme à la fonction publique?*

La demande sollicite l'annulation d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique portant que des enseignants travaillant dans un pénitencier fédéral étaient compris dans l'unité de négociation du groupe de l'enseignement. Les enseignants faisaient partie du personnel du Solliciteur général depuis 1984, l'année au cours de laquelle une nouvelle politique de privatisation de l'enseignement aux détenus a été mise en œuvre. Le gouvernement a alors conclu avec une firme privée un contrat prévoyant la fourniture de services pédagogiques. Ce contrat précisait les tâches accomplies par les enseignants, en indiquant qu'ils seraient placés directement sous la direction d'un employé de la firme. Un représentant du Service correctionnel contrôlerait l'enseignement ainsi fourni. Ces services étaient facturés selon un taux horaire. La firme recrutait et embauchait les enseignants. Le syndicat, A.F.P.C., a demandé à la Commission, sur le fondement des articles 33 et 98 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, de déclarer que les enseignants étaient des employés de Sa Majesté et étaient membres de l'unité de négociation du groupe ED. La C.R.T.F.P. a rejeté la forme pour le fond de la relation envisagée, et elle a prononcé les conclusions demandées. Ce faisant, elle a appliqué le critère bien établi utilisé par les tribunaux du travail pour déterminer si une relation employeur-employé existe véritablement. Les

issues upon this section 28 application were whether the Board had exceeded its jurisdiction or erred in law.

*Held* (Hugessen J.A. dissenting): the application should be allowed.

*Per* Marceau J.A. (Pratte J.A. concurring): This case is of importance because of its implications for the entire process of implementing government policy of privatizing marginal services formerly performed by federal public servants.

The teachers were not public servants within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*. Three preliminary findings were emphasized: (1) There is a separate system governing employment and labour relations of public servants. The public sector system is defined in the *Public Service Employment Act*, the *Public Service Staff Relations Act* and the *Financial Administration Act*. These statutes must be interpreted in relation to each other as they were adopted for a common purpose. (2) There was no question of a problem of employees disguised as independent contractors. The teachers were employees but the question was: of whom? (3) The method of creation of the employer-employee relationship differs between the public and private sector labour relations systems. In the latter, the status of employee is often inferred from the circumstances surrounding the doing of the work. In the public sector, the status of employee is subject to strict and rigid rules and cannot be inferred from a situation of fact. According to the Acts governing employment in the Public Service, in order to be a public servant, there must be a position created by Treasury Board and an appointment made by the Public Service Commission.

This said, the Board lacked authority to determine who is an employee of the Public Service. Its authority extends only to public servants recognized as such by legislation other than its enabling statute and by authority of a body other than itself. Also, the teachers were never appointed by the Public Service Commission to positions created by the Treasury Board. Finally, the employer was not merely seeking to avoid his status as employer by acting through the artifice of a third party. The Solicitor General clearly transferred the recruiting, control and direction of the teachers to a private firm.

*Per* Hugessen J.A. (dissenting): The case law and the general context of the Act established that the Board had authority to determine who is an employee within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*. The Board did not err in looking at the reality of the situation. In so doing, it merely applied general tests set by the Board and other labour tribunals.

The correlation between the *Public Service Staff Relations Act* and the *Public Service Employment Act* may not be as close as counsel maintained. The *Public Service Staff Relations Act* relates to the government from the outside and regulates collective relations between the government and per-

questions soulevées par la demande fondée sur l'article 28 en l'espèce sont celles de savoir si la Commission a excédé sa compétence ou a commis une erreur de droit.

*Arrêt* (juge Hugessen, J.C.A., dissident): la demande devrait être accueillie.

<sup>a</sup> Le juge Marceau, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge Pratte, J.C.A.): La décision visée est importante parce qu'elle rejoint l'ensemble du processus de mise en œuvre de la politique du gouvernement en matière de privatisation de services marginaux jusque là fournis par les fonctionnaires de l'administration fédérale.

<sup>b</sup> Les enseignants ne sont pas des fonctionnaires au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Trois conclusions préliminaires sont mises de l'avant: (1) Le régime d'emploi et le régime des relations de travail des fonctionnaires sont distincts. Le régime du secteur public se trouve défini dans <sup>c</sup> la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* et la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Ces lois doivent s'interpréter les unes par rapport aux autres, puisqu'elles ont été adoptées en vue d'une application conjointe. (2) Il n'est pas question d'un problème d'employés déguisés sous les apparences d'entrepreneurs autonomes. Les enseignants sont des employés; la question est de savoir de qui. (3) La méthode de création de la relation employeur-employé est différente selon que le régime des relations de travail envisagé est celui du secteur public ou celui du secteur privé. Sous ce dernier régime, la qualité d'employé s'infère souvent des circonstances entourant la prestation du travail. Dans le secteur public, la qualité d'employé est soumise à des règles strictes et rigides, et elle ne saurait être inférée d'une situation de fait. Suivant les lois régissant l'emploi dans la Fonction publique, pour que quelqu'un soit fonctionnaire, il est nécessaire qu'un poste ait été créé par le Conseil du Trésor et qu'une nomination ait été faite par la Commission de <sup>d</sup> la fonction publique.

<sup>e</sup> Ceci étant dit, la Commission ne détenait pas la compétence voulue pour déterminer qui est un employé de la fonction publique. Son autorité ne s'étend qu'aux fonctionnaires reconnus comme tels par les prescriptions d'une loi autre que celle qui la gouverne et sous l'autorité d'une commission autre <sup>f</sup> qu'elle-même. De plus, les enseignants n'ont jamais été nommés par la Commission de la fonction publique à des postes créés par le Conseil du Trésor. Enfin, l'employeur ne cherchait pas à se soustraire à son statut d'employeur en agissant par le truchement artificiel d'un tiers. Il est clair que le Solliciteur général a transféré le recrutement, le contrôle et la direction <sup>g</sup> des enseignants à une firme privée.

<sup>h</sup> Le juge Hugessen, J.C.A. (dissident): La jurisprudence ainsi que le contexte de la Loi établissent que la Commission est habilitée à déterminer qui est un employé au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. La Commission n'a pas commis d'erreur en considérant la situation dans sa réalité. En agissant ainsi, elle a simplement appliqué les critères généraux établis par la Commission et par d'autres tribunaux spécialisés en matière de relations de travail.

<sup>i</sup> La corrélation entre la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* n'est peut-être pas aussi étroite que le prétend le procureur de la requérante. La *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* vise le gouvernement de l'extérieur et <sup>j</sup>

sons working for it. The *Public Service Employment Act* relates to the internal workings of the government. A person can be an employee for the purposes of his labour relations with the government without necessarily having the status of a member of the Public Service. Whatever the *Public Service Employment Act* may say, *Doré v. Canada* has established that creation of and appointment to a position depends on an objective appraisal of the facts.

The perception of reality is a question of fact. The Board weighed the evidence with care and drew its conclusions. The Court cannot intervene unless the result is patently absurd, which it was not.

Freedom of association, guaranteed by the supreme law of Canada, is the basis of the *Public Service Staff Relations Act*. If there is a conflict between the principles underlying the *P.S.S.R.A.* and the *P.S.E.A.*, the former should prevail.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 2, 34, 99.  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, ss. 2, 33, 98 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 67, s. 27).  
*Revised Statutes of Canada Act*, 1985, S.C. 1987, c. 48, s. 4.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489; *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503.

##### CONSIDERED:

*Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 346 (C.A.); *Seafarer's International Union of Canada v. Kent Line Limited*, [1972] F.C. 573 (C.A.).

#### COUNSEL:

*Raymond Piché* and *Linda Gobeil* for applicant. *Diane Nicholas* for respondent.

règleme les rapports collectifs entre le gouvernement et ceux qui travaillent pour lui. La *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* vise la régie interne du gouvernement. Une personne peut être un employé aux fins de ses relations de travail avec le gouvernement sans pour autant avoir nécessairement le statut de membre de la fonction publique. Quoi qu'en dise la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, l'arrêt *Doré c. Canada* a établi que la création d'un poste et la nomination à celui-ci dépendent de l'évaluation objective des faits.

La perception de la réalité est une question de fait. La Commission a pesé la preuve avec soin et en a tiré ses conclusions. La Cour ne peut intervenir à moins que le résultat ne soit manifestement absurde, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La liberté d'association, qui est garantie par la loi suprême du Canada, est à la base de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. S'il existe un conflit entre les principes qui sous-tendent la L.R.T.F.P. et la L.E.F.P., ce sont les premiers qui doivent primer.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 6.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), chap. F-11.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33.  
*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32.  
*Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)*, S.C. 1987, chap. 48, art. 4.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 2, 34, 99.  
*Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 2, 33, 98 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 67, art. 27).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS DISTINGUÉES:

*Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489; *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 346 (C.A.); *Syndicat international des marins canadiens c. Kent Line Limited*, [1972] C.F. 573 (C.A.).

#### AVOCATS:

*Raymond Piché* et *Linda Gobeil* pour la requérante. *Diane Nicholas* pour l'intimée.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin*, Ottawa, for respondent. <sup>a</sup>

*André Girouard, Econosult Inc.*, Montréal, for mis-en-cause.

*Legal Services, Public Service Staff Relations Board* for Public Service Staff Relations Board. <sup>b</sup>

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by* <sup>c</sup>

MARCEAU J.A.: It was rightly said that the ramifications of this appeal go beyond solution of the particular dispute arising between the parties on this occasion. The decision impugned in this action comes from the Public Service Staff Relations Board. Its immediate effect was simply to allow an application and a reference which the respondent Public Service Alliance of Canada had submitted to the Board, citing certain provisions of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35; but in addition to this immediate practical effect, the decision had implications for and cast doubt on the entire process of implementing the government policy of privatizing certain marginal services hitherto performed by employees of the federal public service. The importance placed by the government on this application to review and set aside, submitted pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], can readily be understood. <sup>d</sup>

The facts present no difficulty. The impugned decision, which covers some 58 pages, gives an exhaustive and careful analysis of them to which both parties did not hesitate to refer. If it were necessary for me to review the facts as Mr. Bendel did on behalf of the Board, I would have to deal with them at the same length. However, I do not feel that this is necessary. Once the basic context has been described and the general background of the situation indicated, the legal problems for solution, as I see them, can be analyzed forthwith. <sup>e</sup>

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la requérante.

*Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin*, Ottawa, pour l'intimée.

*André Girouard, Econosult Inc.*, Montréal, pour la mise-en-cause.

*Service du contentieux, Commission des relations de travail dans la fonction publique* pour la Commission des relations de travail dans la fonction publique. <sup>f</sup>

*Voici les motifs du jugement rendu en français par* <sup>g</sup>

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: On a eu raison de parler ici d'un pourvoi dont la portée dépasse la solution du litige particulier qui oppose cette fois-ci les parties. La décision mise-en-cause dans les présentes procédures vient de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Son effet immédiat a été simplement d'accueillir une requête et un renvoi que l'intimée, l'Alliance de la Fonction publique du Canada, avait soumis à la Commission en invoquant certaines dispositions de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35. Mais par delà cet effet pratique immédiat, la décision a rejoint et jeté un doute sur tout le processus de mise en œuvre de la politique du gouvernement en matière de privatisation de certains services marginaux assumés jusqu'à maintenant par des fonctionnaires de l'administration publique fédérale. On comprend sans peine l'importance qu'attachent les autorités gouvernementales à cette demande d'examen et d'annulation soumise en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10]. <sup>h</sup>

Les faits ne font pas difficulté. La décision attaquée, qui couvre quelques 58 pages, en fait une analyse exhaustive et soignée à laquelle les deux parties n'hésitent pas à se référer. S'il me fallait revoir ces faits dans la même optique que l'a fait M<sup>e</sup> Bendel au nom de la Commission, il me faudrait m'y attarder aussi longuement que lui. Je ne crois toutefois pas que ce soit nécessaire. Une fois le contexte de base décrit et le tableau général de la situation dégagé, l'analyse des difficultés juridiques à résoudre, telles que je les vois, sera tout de <sup>i</sup>

Certain points must be made, however, and they are the following.

In 1971, the Solicitor General of Canada decided to offer the inmates of federal penitentiaries school and university education programs that would be recognized through the co-operation of accredited school boards, colleges or universities. In Quebec, the Solicitor General at once concluded an agreement with the Government of Quebec by which organizations responsible to the Quebec Department of Education would provide the necessary teaching services to support and direct the teaching program in the two sectors, academic and vocational. The Solicitor General wished to make use of certain outside teachers to provide the education itself, but chiefly for vocational purposes, he decided to hire instructors and attach them to his own staff.

In 1984 the Solicitor General felt he should alter his policy in part. He decided that in future outside agencies in the private sector would be used for teaching services and instruction, rather than teachers on the regular staff. An internal memorandum from the Commissioner, Correctional Service Canada, is worth reproducing *in extenso* because of the information it contains on the way in which this new policy was implemented:

Re: Education by Contracts or Privatization of Education  
Introduction

Since 1971, in the "academic" sector primarily, the C.S.C. 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 C.S.C. 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, in our charge at all times, there must no longer be any doubt as to the intentions of the policy requiring that education of our inmates be through teachers from Boards of Education, Colleges and Universities.

Replacement of C.S.C. 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.

suite possible. Cela demande toutefois certains développements. Les voici.

En 1971, le Solliciteur général du Canada prit la décision d'offrir aux détenus des institutions pénitentiaires fédérales des programmes de formation scolaire et universitaire dont la reconnaissance serait assurée grâce au concours de commissions scolaires, de collèges ou d'universités accrédités. Au Québec, le Solliciteur général conclut aussitôt avec le Gouvernement québécois une entente en vertu de laquelle des organismes relevant du ministère québécois de l'éducation fourniraient les services pédagogiques requis pour soutenir et encadrer l'enseignement dans les deux secteurs dits académique et professionnel. Pour ce qui est de l'enseignement lui-même, le Solliciteur général voulut avoir recours à quelques professeurs de l'extérieur, mais, au niveau professionnel surtout, il pensa engager des enseignants et les joindre à son propre personnel.

En 1984, le Solliciteur général crut devoir changer en partie sa politique. Il décida qu'à l'avenir on aurait recours, pour les services pédagogiques et pour l'enseignement, à des agences extérieures du secteur privé, plutôt qu'à des enseignants faisant partie du personnel régulier. Une note interne du Commissaire du Service correctionnel du Canada mérite d'être reproduite *in extenso* à cause des précisions qu'elle contient quant à la mise en œuvre de cette politique nouvelle:

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

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).

Each R.D.C. must develop a system to predict as exactly as possible the date the vacancies should arise. The conversion of person years (P.Y.'s) to O & M dollars to cover the costs of contracts must be part of your budgetary process.

On May 16, 1985 Supply and Services Canada (one of whose functions is, as we know, representing the federal government in purchasing the goods and services needed by the various departments of the government) concluded a contract with a private firm, Seradep Inc., to supply vocational and teaching services to inmates in the Cowansville Penitentiary, one of the federal penitentiaries located in the province of Quebec. Under this contract, which was to take effect on July 1, 1986 and continue in effect until June 30, 1987, Seradep Inc. undertook to supply the institution with six teachers at the elementary and secondary levels and with a librarian. The contract precisely defined the duties to be performed by the teachers and indicated that they would be placed directly under the control of a supervisor employed by the firm. It was provided that a teaching co-ordinator would oversee administration of the contract for Seradep Inc., while the Correctional Service would have a representative who would monitor the quality of the instruction given. Seradep Inc. would bill for the services of teachers and their supervisor on an hourly basis.

The contract was carried out as agreed. Seradep Inc. performed its obligations with staff hired by the company itself, who, without contradiction in the opinion of all concerned, remained in the employ of the company, though of course they worked in the penitentiary buildings under the supervision of the Correctional Service representative. A few days before the contract expired at the end of the year, as no renewal had been mentioned, Seradep Inc. told its employees that their employment was at an end.

In July 1987 a second contract for the supply of teaching services to Cowansville inmates was concluded between Supply and Services Canada and the firm Econosult Inc., the mis-en-cause in this action. This contract, which was to run from July 1987 to June 30, 1988, but with an option to renew for two further periods, essentially contained the same clauses as that concluded with and per-

Chaque SCR devra concevoir un système permettant de prévoir le plus exactement possible la date des vacances qui seraient créées. La conversion des années personnes (A.P.) en dollars d'opération pour le recours à ces personnes contractuelles devra ainsi faire partie de votre processus budgétaire.

<sup>a</sup> Le 16 mai 1985, le Ministère des Approvisionnements et Services du Canada (dont c'est l'une des tâches, on le sait, de représenter le Gouvernement fédéral pour l'acquisition de biens et services dont <sup>b</sup> peuvent avoir besoin les diverses unités de l'Administration fédérale) passait avec une firme privée, Seradep Inc., un contrat pour la fourniture de services professionnels et pédagogiques aux détenus de l'institution pénitentiaire de Cowansville, <sup>c</sup> l'une des institutions pénitentiaires fédérales située dans la province de Québec. En vertu de ce contrat, qui devait prendre effet le 1<sup>er</sup> juillet 1986 et rester en vigueur jusqu'au 30 juin 1987, Seradep Inc. s'engageait à mettre à la disposition de l'institution six enseignants, pour les niveaux élémentaire et secondaire, ainsi qu'un bibliothécaire. Le <sup>d</sup> contrat définissait avec précision les tâches qu'assumeraient les enseignants tout en prévoyant qu'ils seraient placés directement sous la direction d'un <sup>e</sup> superviseur employé par la firme. Il y était stipulé qu'un coordonnateur pédagogique surveillerait l'administration du contrat pour Seradep Inc., pendant que le Service correctionnel aurait, lui, un <sup>f</sup> représentant qui vérifierait la qualité de l'enseignement. Les services des enseignants et de leur superviseur devaient être facturés par Seradep Inc. sur une base horaire.

<sup>g</sup> Le contrat fut exécuté tel que convenu. Seradep Inc. remplit ses engagements avec du personnel que la compagnie embaucha elle-même et qui resta sans contredit, aux yeux de tous, à son emploi, bien qu'œuvrant évidemment dans les bâtiments du pénitencier et sous la surveillance du représentant du Service correctionnel. Quelques jours avant la <sup>h</sup> date d'expiration du contrat à la fin de l'année, comme il n'était pas question de renouvellement, Seradep Inc. informa ses employés que leur emploi prenait fin.

<sup>i</sup> Au cours du mois de juillet 1987, un deuxième contrat pour la fourniture de services pédagogiques aux détenus de Cowansville intervenait entre le Ministère des Approvisionnements et Services du Canada et la firme Econosult Inc., ici mise-en-cause. Ce contrat, prévu pour la période de juillet 1987 au 30 juin 1988, mais avec une possibilité de renouvellement pour deux autres périodes, com-

formed by Seradep Inc. It presented no more problems of performance than the first contract. The new firm used the services of the former employees of Seradep Inc., whom it hired first for a probationary period but then permanently (with one exception), and with a team consisting of not six but eight teachers and a teaching supervisor, it performed the agreed duties in a fully satisfactory matter.

On February 12, 1987, while the first contract (with Seradep Inc.) was still in effect, the respondent Public Service Alliance of Canada filed an application with the Public Service Staff Relations Board. Referring to its status as a bargaining agent certified to represent all Treasury Board employees who were members of the bargaining unit of the Education Group, the Alliance based its application on sections 33 and 98 of the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C. 1970, c. P-35 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 67, s. 27)], which read as follows:

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.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> The situation here is complicated somewhat by the coming into force of the 1985 Revised Statutes of Canada on December

(Continued on next page)

portait essentiellement les mêmes clauses que celui qu'avait conclu et exécuté Seradep Inc. Il ne souleva pas plus de difficultés d'exécution que le premier. La nouvelle firme eut recours aux services des anciens employés de Seradep Inc., qu'elle engagea, d'abord pour une période probatoire mais par la suite de façon permanente (sauf un), et avec une équipe, comprenant non plus 6 mais 8 enseignants et un superviseur pédagogique, elle s'acquitta des tâches convenues de façon pleinement satisfaisante.

Le 12 février 1987, alors que le premier contrat (celui avec Seradep Inc.) était en cours, l'intimée, l'Alliance de la Fonction publique du Canada, présentait une requête à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Invoquant son statut d'agent négociateur accrédité pour représenter tous les employés du Conseil du Trésor, membres de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement, l'Alliance appuyait sa requête sur les articles 33 et 98 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-35 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 67, art. 27)] dont voici les termes:

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

(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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L'entrée en vigueur, le 12 décembre 1988, des Lois révisées du Canada (1985) complique ici quelque peu la situation. Ces

(Suite à la page suivante)

What the Alliance hoped to obtain from the Board is set out clearly in the conclusions of its application:

Further, the applicant by this application asks the Board to:

- (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.;
- (b) find that all employees teaching at the Cowansville Penitentiary are members of the Education Group (ED) of the bargaining unit;
- (c) find that the Public Service Alliance of Canada is the certified bargaining agent for all employees teaching at Cowansville Penitentiary;
- (d) find that the respondent employer must comply with clause 10 of the collective agreement, concerning the withholding of union dues . . . .

(Continued from previous page)

12, 1988. These sections 33 and 98 became sections 34 and 99 respectively and their wording was amended, especially in the French version. The *Revised Statutes of Canada, 1985 Act* [S.C. 1987, c. 48], does say in section 4 that "The Revised Statutes shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation of the law as contained in the Acts and portions of Acts repealed by section 3 and for which the Revised Statutes are substituted". To ensure a more close correspondence I have referred only to the old provisions in my reasons, but here in any case are the new ones, in English and in French:

**34.** 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.

**99.** (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the agreement or award, and the obligation, if any, is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement or award applies, either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board.

(2) Where a matter is referred to the Board pursuant to subsection (1), the Board 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.

(3) The Board shall hear and determine any matter referred to it pursuant to subsection (1) as though the matter were a grievance, and subsection 96(2) and sections 97 and 98 apply to the hearing and determination of that matter.

Ce que l'Alliance espérait obtenir de la Commission était clairement exprimé dans les conclusions de sa requête:

De plus, par la présente requête, la requérante demande que la Commission:

- a (a) déclare que tous les employés enseignants à l'Institution de Cowansville sont les employés de l'employeur-intimée (Sa Majesté du chef du Canada représentée par le Conseil du Trésor) y compris ceux prodiguant leurs services par le truchement de Seradep Inc.;
- b (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);
- c (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;
- (d) déclare que l'employeur-intimée doit se conformer à l'article 10 de la Convention collective, portant sur la retenue syndicale; . . .

(Suite de la page précédente)

articles 33 et 98 sont devenus les articles 34 et 99 respectivement et leur libellé, surtout dans la version française, a été modifié. La *Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)* [S.C. 1987, chap. 48], à son article 4, dit bien que «Les lois révisées ne sont pas censées être de droit nouveau; dans leur interprétation et leur application, elles constituent une refonte du droit contenu dans les lois abrogées par l'article 3 et auxquelles elles se substituent». Pour assurer une meilleure concordance, je m'en suis tenu dans mes motifs aux anciens textes, mais voici, de toute façon les nouveaux, en anglais et en français:

**34.** À la demande de l'employeur ou de l'organisation syndicale concernée, la Commission se prononce sur l'appartenance ou non d'un fonctionnaire ou d'une classe de fonctionnaires à une unité de négociation qu'elle a préalablement définie, ou sur leur appartenance à une autre unité.

**99.** (1) L'employeur et l'agent négociateur qui ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale peuvent, dans les cas où l'un ou l'autre cherche à faire exécuter une obligation qui, selon lui, découlerait de cette convention ou décision, renvoyer l'affaire à la Commission, dans les formes réglementaires, sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire de l'unité de négociation visée par la convention ou la décision.

(2) Après avoir entendu l'affaire qui lui est renvoyée au titre du paragraphe (1), la Commission se prononce sur l'existence de l'obligation alléguée et, selon le cas, détermine s'il y a eu ou non manquement.

(3) La Commission entend et juge l'affaire qui lui est renvoyée au titre du paragraphe (1) comme s'il s'agissait d'un grief, et le paragraphe 96(2) ainsi que les articles 97 et 98 s'appliquent à l'audition et à la décision.



At the conclusion of a lengthy hearing, which was held after the Econosult Inc. contract came into effect (hence the participation of the latter), Mr. Bendel approved the respondent's arguments on behalf of the Board. Analyzing in detail the relations of the new outside teachers with the Correctional Service representative and the other teachers who were members of the Department's staff, and applying the criteria used by labour tribunals to identify where, despite the appearance of a contract for services, an employer-employee relationship actually exists (control over employment, control over work, integration and risk), the Deputy Chairman concluded that, in his words, he had to "look at substance rather than form", and he agreed to make the findings requested by the Alliance. The conclusions of his decision read 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 [sic], 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 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. . . .

The application for review now before the Court was filed shortly afterwards.

I feel that the Attorney General was right to ask the Court to intervene as the impugned decision seems to be clearly without foundation. Three observations, which I would make as preliminary remarks, will explain the basis of my objections in this regard.

1. The system governing the employment and labour relations of employees in the federal public sector is not to be confused with that of employees in the private or semi-public sectors. Parliament intended that there should be a separate and independent system governing Her Majesty's

Au terme d'une longue audition, qui eut lieu après la prise à effet du contrat d'Econosult Inc. (d'où la participation de cette dernière), M<sup>e</sup> Bendel, au nom de la Commission, approuva les prétentions de l'intimée. Analysant en détail les relations des nouveaux enseignants de l'extérieur avec le représentant du Service correctionnel et les autres enseignants, membres du personnel du ministère, et appliquant les critères utilisés par les tribunaux du travail pour déceler, derrière les apparences d'un contrat d'entreprise, l'existence d'une véritable relation employeur-employé (contrôle de l'emploi, contrôle du travail, intégration, risque), le président-suppléant en venait à la conclusion qu'il devait, selon ses termes «rejeter la forme pour le fond» et accepter de faire les déclarations que l'Alliance souhaitait. Le dispositif de sa décision se lit comme suit:

- 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 [sic], 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<sup>er</sup> février et le 30 septembre 1987; . . .

La demande de révision dont il faut disposer aujourd'hui était peu après introduite.

Je crois que le procureur général a eu raison de demander l'intervention de la Cour car la décision attaquée me semble clairement dénuée de fondement. Trois observations, dont je voudrais faire état en guise de remarques préliminaires, me permettront d'exprimer la base de mes objections à son sujet.

1. On ne saurait confondre le régime d'emploi et de relations de travail des employés du secteur public fédéral avec celui des employés du secteur privé ou semi-public. Le Parlement a voulu un régime autonome et distinct pour les fonctionnaires de sa Majesté. L'article 6 (autrefois l'article

public servants. Section 6 (formerly section 109) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, expressly excludes "employment by Her Majesty in right of Canada" from the scope of its Part I, dealing with "Industrial Relations". Trying to solve problems raised under one system with solutions developed in giving effect to the other may lead to an irremediable distortion of the intent of Parliament. The public sector system is defined, as we know, in three statutes: the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, and the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, which must necessarily be interpreted in relation to each other since they were adopted for a common purpose.

2. There was no question in the case at bar of a problem of employees disguised as independent contractors, a problem for the solution of which, as we know, courts and tribunals both civil and labour have developed a number of distinguishing criteria. I do not think anyone could dispute that the outside teachers were employees, not contractors. The only question was as to whose employees.

3. One of the most striking points of difference between the two labour relations systems, public and private, is precisely the way in which the legal relationship of employer and employee is created.

It is well known that in the private sector the status of employee of a person acting for another, though involving a contract resulting from deliberate acts, is often in practice inferred from the circumstances which actually surround the doing of the work. The reason is that the employer-employee relationship is primarily a legal relationship which the law associates with a situation of fact: the contract of employment may not take any particular form and may result simply from the behaviour of the parties concerned, hence the establishment of criteria by which such a contract can be identified behind appearances which may conceal it.

109) du *Code canadien du travail* (L.R.C. (1985), chap. L-2) exclut expressément «les employés qui sont au service de Sa Majesté du chef du Canada», de l'application de sa Partie I, sur les relations du travail. Vouloir résoudre des problèmes soulevés dans le cadre d'un régime par des solutions élaborées pour la mise en œuvre de l'autre peut conduire à fausser irrémédiablement la volonté du législateur. Le régime du secteur public est défini, on le sait, dans trois lois: la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33, la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35 et la *Loi sur la gestion des finances publiques* (autrefois *Loi sur l'administration financière*), L.R.C. (1985), chap. F-11, qui doivent nécessairement s'interpréter les unes par rapport aux autres, puisqu'elles ont été adoptées en vue d'une application conjointe.

2. Il n'était pas question en l'espèce d'un problème d'employés déguisés sous les apparences d'entrepreneurs autonomes, problème pour la solution duquel les cours et les tribunaux, autant civils que du travail, ont dégagé, on le sait, un certain nombre de critères de distinction. Personne ne pouvait contester, il me semble, que les enseignants de l'extérieur étaient des employés et non des entrepreneurs. La question était uniquement de savoir employés de qui.

3. Un des points de distinction les plus frappants entre les deux régimes de relations de travail, public et privé, se situe justement au niveau de la création de la relation juridique employeur-employé.

Il est constant que, dans le secteur privé, la qualité d'employé d'une personne qui agit au bénéfice d'une autre, bien qu'impliquant un contrat dépendant d'actes de volonté, s'infère souvent en pratique des circonstances entourant, dans la réalité, la prestation de travail. C'est que la relation employeur-employé est avant tout une relation juridique que le droit rattache à une situation de fait, le contrat de travail ne comportant aucune forme particulière et pouvant résulter d'un simple comportement des parties en présence. D'où l'établissement de critères permettant de la déceler derrière des apparences qui pourraient la camoufler.

In the public sector, on the contrary, as I understand the legislation, the status of an employee of Her Majesty cannot be simply inferred from a situation of fact. The intention was simply, so to speak, to shield the Crown as employer from the actions of all its representatives vested with executive powers: otherwise, Parliament undoubtedly concluded, the situation would quickly become both uncontrollable and chaotic. Employment in the Public Service has been subject to a body of strict and rigid rules.

To begin with, "Public Service" is defined in the *Public Service Staff Relations Act* as "the several positions in or under any department or other portion of the public service of Canada specified in Schedule 1" (section 2). By the *Financial Administration Act*, Parliament has made the Treasury Board responsible for organizing the Public Service and accordingly given it exclusive power to approve the creation of positions, to classify them and to distribute them between the various units of the government. Under the *Public Service Employment Act*, finally, it is the Public Service Commission, and only the Commission, which has the power to fill positions by appointments made on the merit principle. 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.<sup>2</sup>

I am not unmindful that, in *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489 and *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, the Supreme Court drew legal consequences from two situations of fact which had arisen in units of the Public Service, without being unduly concerned by the absence of official and formal documents issued by the authorities. In *Doré* it deduced from the factual context proof of an intention to appoint to a position that was not yet fully established although its creation had long since been decided on (an employee had been assigned to the position and

<sup>2</sup> What is in question here is the employer-employee relationship, which does not necessarily correspond to the master-servant relationship in tort law.

Dans le secteur public, au contraire, la qualité d'employé de la Reine ne saurait, selon ce que je comprends de la législation, s'inférer ainsi d'une simple situation de fait. On a tout simplement voulu, pourrait-on dire, mettre la Reine-employeur à l'abri des faits et gestes de tous ses représentants munis de pouvoirs exécutifs: autrement, a sans doute pensé le Parlement, la situation deviendrait vite aussi incontrôlable que chaotique. L'emploi dans la fonction publique a été soumis à un ensemble de règles strictes et rigides.

C'est à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* que l'on trouve d'abord la définition de «fonction publique», soit l'«ensemble des postes qui sont compris dans les ministères ou autres secteurs de l'administration publique fédérale spécifiés à l'annexe 1, ou qui en relèvent» (article 2). Par la *Loi sur la gestion des finances publiques*, le Parlement a confié au Conseil du Trésor le soin d'organiser la fonction publique et lui a donné en conséquence le pouvoir exclusif d'approuver la création de postes, de les classer, et de les répartir entre les diverses unités de l'administration publique. En vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, enfin, c'est la Commission de la fonction publique, et elle seule, qui a le pouvoir de combler les postes, au moyen de nominations faites selon le principe du mérite. 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<sup>2</sup>.

Je n'oublie pas que, dans les causes *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489 et *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, la Cour suprême a tiré, de deux situations de faits qui s'étaient développées aux seins d'unités de la fonction publique, des conséquences d'ordre juridique, sans se soucier autrement de l'absence d'actes officiels et formels émanant des autorités. Dans *Doré*, elle a déduit du contexte factuel la preuve d'une volonté de nommer à un poste dont l'existence n'était pas encore pleinement acquise bien que sa création était depuis longtemps décidée

<sup>2</sup> Il est question ici de la relation employeur-employé qui ne correspond pas nécessairement à celle de commettant-préposé en matière de responsabilité civile.

exercised the duties and responsibilities for nine months); in *Brault*, it similarly concluded from the evidence that a new position (a customs inspector with a dog, or a dog handler) had been created and that an appointment had been made to the position. However, on each occasion it did so in order to protect the right of the candidates not selected to challenge an appointment which they felt was unjustified, and most importantly to prevent any even indirect injury to the merit principle in the distribution of work within the federal Public Service. In both cases, all concerned were without question employees of the Public Service who already held positions to which they had been duly appointed. The rules with which we are concerned in the case at bar, governing entry into the Public Service and applicable to the creation of a public servant, were not in any way at issue.

If we accept these three preliminary observations, and I think it is difficult not to do so since they are based directly on the fundamentals of the legislation, we cannot fail to conclude that the Board's decision is legally indefensible.

First, it is not the function of the Public Service Staff Relations Board to determine who is an employee of the Public Service. I cited above the old section 33 (now 34), which Mr. Bendel claimed to use as authority for the power to decide that the teachers hired by Seradep Inc. and Econosult Inc. were employees of the Public Service, public servants. It will have been noted that the provision does not define what is meant by "employee", and the initial interpretation section, section 2, does not appear concerned since it simply states laconically that "employee" means "a person employed in the Public Service". The reason is that the Public Service Staff Relations Board has no kind of authority to say who is employed in the Public Service. Its authority applies only to public servants recognized as such by the provisions of legislation other than its enabling statute and by authority of a body other than itself. The Public Service Staff Relations Board has complete jurisdiction over the determination of occupational groups and categories for certification purposes, and over whether a public

(une employée y avait été assignée et en exerçait les fonctions et responsabilités depuis 9 mois); dans *Brault*, elle a déduit de même façon la preuve qu'un nouveau poste (inspecteur des douanes avec chien, ou maître-chien) avait été créé et qu'une nomination y avait été faite. Mais elle l'a fait, à chaque fois, en vue de protéger le droit de candidats non choisis de contester une affectation qu'ils jugeaient injustifiée, et surtout d'empêcher qu'il ne soit porté atteinte, même indirectement, au principe du mérite dans la répartition des tâches à l'intérieur de l'administration publique fédérale. Et, dans les deux cas, tous les intéressés étaient, sans conteste, des employés de la fonction publique occupant déjà des postes où ils avaient été régulièrement nommés. Les principes qui nous concernent ici, ceux qui gouvernent l'entrée dans la fonction publique et président à la création d'un fonctionnaire, n'étaient nullement en cause.

Si on accepte ces trois remarques préliminaires, et il me semble difficile de les rejeter puisqu'elles s'appuient directement sur les données de base de la législation, on ne peut que se rendre compte que la décision de la Commission n'est pas légalement défendable.

D'abord, il n'appartient pas à la Commission des relations de travail dans la fonction publique de déterminer qui est un employé de la fonction publique. J'ai cité plus haut l'ancien article 33 (aujourd'hui 34) d'où M<sup>e</sup> Bendel a prétendu tirer le pouvoir de décider que les enseignants engagés par les firmes Seradep Inc. et Econosult Inc. étaient des employés de la fonction publique, des fonctionnaires. On aura remarqué que le texte ne définit pas ce qu'il faut entendre par «employé» (ou «fonctionnaire», dans le nouveau texte) et l'article interprétatif de départ, l'article 2, ne s'en soucie guère puisqu'il se contente de dire laconiquement que «employé» ou «fonctionnaire» désigne: une «personne employée dans la fonction publique». C'est que la Commission des relations de travail dans la fonction publique n'a en aucune façon l'autorité de dire qui est employé dans la fonction publique. Son autorité ne s'exerce que sur les fonctionnaires reconnus comme tels par les prescriptions d'une loi autre que celle qui la gouverne et sous l'autorité d'une commission autre qu'elle-même. C'est sur la détermination, pour fin d'accréditation, des grou-

servant belongs to a given certified unit, and these are the only purposes for which section 33 exists.<sup>3</sup>

Next, it is certain that the teachers of Seradep Inc. and Econosult Inc. were never appointed by the Public Service Commission to positions created by the Treasury Board. They were certainly called on to succeed teachers who had held such positions, but it was established that those positions had been abolished and no longer existed. To say despite this that the Seradep Inc. and Econosult Inc. teachers were Treasury Board employees and members of the Public Service is directly contrary to the provisions of the *Public Service Employment Act*. In the circumstances it is a legal misconstruction.

Finally, I do not think it is possible on the facts of the case at bar to liken the situation here to that of an employer seeking to avoid his status as employer by acting through the artifice of a third party. The aim of the Solicitor General and Correctional Service Canada was known to everyone and their employer's prerogatives or that of the Treasury Board—recruiting, control and direction—were clearly and not merely artificially transferred to a private firm, subject to the single reservation of supervision required by the nature and location of the services provided. In fact, however, even if this were not the case, I do not think that it matters in the public sector.

In my opinion, the conclusion is self-evident. This section 28 application is valid. The Court should quash the impugned decision and refer the matter back to the Public Service Staff Relations Board to be decided by it on the basis that the teachers working for Econosult Inc. are not public

<sup>3</sup> It can be seen that the new French version of section 33, which as noted is now section 34, is much less ambiguous in this respect. Once again, it reads:

34. *À la demande de l'employeur ou de l'organisation syndicale concernée, la Commission se prononce sur l'appartenance ou non d'un fonctionnaire ou d'une classe de fonctionnaires à une unité de négociation qu'elle a préalablement définie, ou sur leur appartenance à une autre unité.*

pes d'occupation et des catégories d'occupation, et sur l'appartenance ou non d'un fonctionnaire à une certaine unité accréditée, que la Commission des relations de travail a complète juridiction, et c'est à ces fins seulement que l'article 33 existe<sup>3</sup>.

Ensuite, il est certain que les enseignants de Seradep Inc. et Econosult Inc. n'ont jamais été nommés par la Commission de la fonction publique à des postes créés par le Conseil du Trésor. Sans doute ont-ils été appelés à succéder à des enseignants qui occupaient des postes, mais il est constant que ces postes ont été abolis et n'existent plus. Déclarer malgré cela que les enseignants de Seradep Inc. et d'Econosult Inc. sont des employés du Conseil du Trésor et des membres de la fonction publique est directement contraire aux données de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. C'est dans les circonstances un contre-sens juridique.

Enfin, il ne me semble pas qu'à partir des faits de la cause il soit possible d'assimiler la situation qui se présente à celle d'un employeur qui chercherait à se soustraire de son statut d'employeur en agissant par le truchement artificiel d'un tiers. Le but poursuivi par le Solliciteur général et le Service correctionnel du Canada est connu de tous et dès maintenant les prérogatives d'employeur de ces derniers ou du Conseil du Trésor—recrutement, contrôle, direction—ont été clairement, et non pas seulement artificiellement, transférées à la firme privée, sous la seule réserve de la surveillance que requièrent la nature et la localisation des services prodigués. Mais, en fait, même s'il en était autrement, je ne crois pas que, dans le secteur public, cela soit de conséquence.

La conclusion, à mon avis, va de soi. Cette demande sous l'article 28 est bien fondée. La Cour devrait casser la décision attaquée, et elle devrait retourner l'affaire à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique pour que celle-ci la décide en prenant pour acquis que les

<sup>3</sup> On peut se rendre compte que la nouvelle version française de l'article 33, qui est devenu comme on a vu l'article 34, est beaucoup moins équivoque à cet égard. J'en rappelle le texte:

34. *À la demande de l'employeur ou de l'organisation syndicale concernée, la Commission se prononce sur l'appartenance ou non d'un fonctionnaire ou d'une classe de fonctionnaires à une unité de négociation qu'elle a préalablement définie, ou sur leur appartenance à une autre unité.*

servants within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*.

PRATTE J.A.: I concur.

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

HUGESSEN J.A. (*dissenting*): Two groups of teachers offered teaching services to inmates within the same prison. The first group consisted of public servants employed by Her Majesty pursuant to the *Public Service Employment Act*.<sup>4</sup> They were represented by the respondent, their bargaining agent, in accordance with the *Public Service Staff Relations Act*.<sup>5</sup> The second group, known as "contract workers", consisted of persons whose nominal employer currently is the mis-en-cause Econosult Inc.; although the composition of this group remained more or less the same for a number of years, the nominal employer changed three times during that period.

Working conditions, including hiring, salary, supervision and performance appraisal, are for all practical purposes the same for both groups.

Relying on section 33 of the *Public Service Staff Relations Act*,<sup>6</sup> the respondent filed an application with the Board for a finding that the members of the second group were part of the bargaining unit of the first group. The Board allowed the application: hence the application at bar made pursuant to section 28 of the *Federal Court Act*.<sup>7</sup>

Despite the respect I owe to those who hold the contrary view, I do not see on what basis we would be justified in intervening in the impugned decision.

<sup>4</sup> R.S.C. 1970, c. P-32.

<sup>5</sup> R.S.C. 1970, c. P-35.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

enseignants à l'emploi d'Econosult Inc. ne sont pas des fonctionnaires, au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je suis d'accord.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. (*dissent*): Au sein d'une seule et même prison, deux groupes de professeurs offrent des services pédagogiques aux détenus. Le premier groupe se compose de fonctionnaires employés par Sa Majesté sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.<sup>4</sup> Ils sont représentés par l'intimée, leur agent négociateur, selon la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*.<sup>5</sup> Le second groupe, appelé «les contractuels», se compose de personnes dont l'employeur nominal est présentement la mise-en-cause, Econosult Inc.; bien que la composition de ce groupe soit demeurée à peu près la même depuis un certain nombre d'années, l'employeur nominal, lui, a changé trois fois durant la même période.

Les conditions de travail, incluant notamment l'embauche, le salaire, la surveillance et l'évaluation du rendement, sont, à toutes fins pratiques, identiques pour les deux groupes.

S'autorisant de l'article 33 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*,<sup>6</sup> l'intimée a présenté à la Commission une requête visant à faire déclarer que les membres du second groupe font partie de l'unité de négociation du premier groupe. La Commission a accueilli la requête, d'où la présente demande, faite en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.<sup>7</sup>

Malgré le respect que je dois aux tenants de la thèse contraire, je ne vois pas sur quelle base nous serions justifiés d'intervenir dans la décision attaquée.

<sup>4</sup> S.R.C. 1970, chap. P-32.

<sup>5</sup> S.R.C. 1970, chap. P-35.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10.

In the first place, it seems clear that the Board has jurisdiction to determine who are employees within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*. This jurisdiction results not only from the general context of the Act itself but also from the decided cases. In *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*,<sup>8</sup> this Court had before it an application made pursuant to section 28 from a decision of the Board dismissing an application for certification on the ground that the persons the union wanted to represent, freelancers hired by the National Film Board, were not "employees" within the meaning of the Act. Le Dain J., speaking for the Court, defined the problem as follows [at page 349]:

The issue as to whether the persons for whom certification is sought are employees within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act* was determined by the Public Service Staff Relations Board . . . .

And then [at page 352]:

The issue turns on the meaning and significance to be attached to the word "position" in the definition of the Public Service and in sections 13 and 14 of the *National Film Act*.

Le Dain J. concluded [at page 353]:

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.

The result of this reasoning was [at page 354]:

. . . that the Public Service Staff Relations Board should have determined whether the persons for whom certification is sought are employees rather than independent contractors . . . .

The consequence of this judgment seems unvoidable to me. The Board is empowered, indeed it has a duty, to itself determine according to the general tests who are employees within the meaning of the Act. To do this, it must examine the actual legal relations as it sees them.

Secondly, I consider that the decision impugned is not vitiated by any error of law that would justify our intervention.

<sup>8</sup> [1978] 1 F.C. 346 (C.A.).

Dans un premier temps, il me paraît évident que la Commission a la compétence pour déterminer qui sont les employés au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*.

a Cette attribution de compétence découle non seulement du contexte général de la Loi elle-même mais aussi de la jurisprudence. Dans *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*<sup>8</sup>, notre cour était saisie d'une demande, faite b en vertu de l'article 28, à l'encontre d'une décision de la Commission qui avait refusé une demande d'accréditation au motif que les personnes que le syndicat voulait représenter, des pigistes engagés par l'Office national du Film, n'étaient pas des c «employés» au sens de la Loi. Le juge Le Dain, au nom de la Cour, a ainsi défini le problème [à la page 349]:

La question en litige consistant à savoir si les personnes que veut représenter le requérant sont des employés au sens de la d *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* a été tranchée par la Commission des relations de travail dans la Fonction publique.

Et ensuite [à la page 352]:

e La question en litige porte sur le sens et l'étendue du terme «poste» dans la définition de Fonction publique et dans les article 13 et 14 de la *Loi nationale sur le film*.

Et de conclure le juge Le Dain [à la page 353]:

f 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.

Le résultat de ce raisonnement était [à la page g 354]:

. . . que la Commission des relations de travail dans la Fonction publique aurait dû se prononcer sur la question de savoir si les personnes que veut représenter le requérant sont des employées plutôt que des entrepreneurs indépendants . . . .

h La conséquence de cet arrêt me paraît inéluctable. La Commission est habilitée, c'est même là pour elle une obligation, à déterminer elle-même, selon les critères généraux, qui sont des employés au sens de la Loi. Pour ce faire, elle doit se baser i sur la réalité juridique des relations telle qu'elle-même la perçoit.

Dans un second temps, je considère que la décision attaquée n'est entachée d'aucune erreur de droit de nature à permettre notre intervention.

<sup>8</sup> [1987] 1 C.F. 346 (C.A.).

To begin with, the Board in my view clearly understood the nature of the task it had to perform:

The basic question that the Board must decide is whether the contract teachers who work at the Cowansville Institution pursuant to the contract between the Government of Canada and Econosult Inc. are employees of the Government of Canada under the regime of the Public Service Staff Relations Act. If we looked only at form, there would be no possible doubt or dispute: they would be employees of Econosult Inc. with which they have entered into an employment contract. Labour relations boards and adjudicators are not, however, limited to questions of form in these types of dispute because a blind respect for form would allow businesses to ride roughshod over the rights conferred by the legislator upon employees and unions. Accordingly, the principle that has guided labour relations boards and adjudicators in this area is that, if a business receives employee services from a third party and its relationship with such employees is basically an employment relationship within the scope of the legislation, it cannot protect itself from the consequences which result from that relationship under the labour laws or under the collective agreements by holding up the contracts that it has entered into with the supplier or that the supplier has entered into with the employees. (At pp. 458 (verso) and 459 of the record.)

The proposition that reality must take priority over appearances, and substance over form, seems to me to be beyond question, particularly in labour relations matters. Indeed, in one of its first judgments this Court approved the rule, though in a quite different context:

In the view I take of the matter whatever weight in the circumstances was to be attributed to the appearances was a matter for the Board, that the Board was not bound to have regard only for the appearances and to reject the realities and that the Board's finding was plainly one that was open to it on the material before it.<sup>9</sup>

Then, the Board thoroughly examined the situation of the contract workers as a matter of fact: in particular, it looked at the way in which employees were hired, how their salaries were determined and paid, the supervision and appraisal of their work by their hierarchical superiors and who the latter were, and finally the extent to which they were a part of the institution's operations. This examination was of course made in light of the general tests set by the Board itself and by other tribunals specializing in labour relations to determine when and in what circumstances persons who are apparently third parties in relation to the contract of

<sup>9</sup> *Seafarers' International Union of Canada v. Kent Line Limited*, [1972] F.C. 573 (C.A.), per Thurlow J. (as he then was), at p. 578.

D'abord, la Commission, à mon avis, a bien saisi la nature de la tâche qu'elle avait à accomplir:

La question essentielle que la Commission doit trancher consiste à savoir si les enseignants contractuels qui travaillent à l'établissement Cowansville en application du contrat entre le gouvernement du Canada et Econosult Inc., sont les employés du gouvernement du Canada dans la perspective de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique. Si on se limitait à la forme, il n'y aurait pas de possibilité de doute ou de controverse: ils seraient les employés d'Econosult Inc. avec qui ils ont passé un contrat d'emploi. Les commissions des relations de travail et les arbitres ne se sont cependant pas limités à des questions de forme dans ce genre de litige, parce qu'un respect aveugle de la forme permettrait aux entreprises de faire fi des droits conférés par la législateur (sic) aux employés et aux syndicats. Le principe qui a donc orienté les commissions des relations de travail et les arbitres dans ce domaine veut que si une entreprise reçoit les services d'employés d'un tiers et que sa relation avec ces employés est au fond une relation d'emploi dans la perspective de la législation, elle ne puisse pas se protéger contre les conséquences qui découlent de cette relation en vertu des lois du travail ou en vertu des conventions collectives en invoquant des contrats passés avec l'entrepreneur ou les contrats que celui-ci a passés avec les employés. (Aux pages 458 (verso) et 459 du dossier.)

Que la réalité doive primer sur les apparences, le fond sur la forme, me paraît une proposition inattaquable, surtout en matière de relations de travail. D'ailleurs, dans un de ses premiers arrêts, cette Cour, quoique dans un contexte bien différent, a entériné le principe:

J'estime que l'importance qu'on pouvait attribuer aux apparences était une matière laissée à la discrétion du Conseil; que celui-ci n'était pas obligé de ne considérer que les apparences et de rejeter les faits; et que le Conseil était fondé à tirer une telle conclusion étant donné la preuve qui lui était soumise<sup>9</sup>.

Ensuite la Commission a soigneusement examiné la situation des contractuels dans les faits; notamment elle s'est interrogée sur la manière d'embaucher les employés, sur la façon d'établir et de payer leurs salaires, sur la surveillance et l'évaluation de leur travail par leurs supérieurs hiérarchiques et l'identité de ceux-ci, et finalement sur le degré de leur intégration au fonctionnement de l'établissement. Cet examen, bien sûr, a été effectué à la lumière des critères généraux établis par la Commission elle-même et par d'autres tribunaux spécialisés en matière de relations de travail pour déterminer quand et en quelles circonstances des

<sup>9</sup> *Syndicat international des marins canadiens c. Kent Line Limited*, [1972] C.F. 573 (C.A.), par le juge Thurlow (tel était alors son titre), à la p. 578.



service are nonetheless deemed to be employees for collective labour relations purposes.

It is this examination and these tests which led the Board to arrive at its general conclusion:

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 coordinated in the execution of its duties by authorities at Correctional Services 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 contractual workers and their compensation, I would characterize the role of Econosult Inc. as marginal. (At p. 463 (verso) of the record.)

In this Court counsel for the applicant argued strongly that the contract workers could not be employees within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act* because they had not been hired in accordance with the formal procedure specified by the *Public Service Employment Act*. Personally, I am far from sure that the correlation between those two statutes is as close as counsel maintained. The two statutes do not have exactly the same purpose. The first relates to the government from the outside and, just as the *Canada Labour Code*<sup>10</sup> does for employers in the private sector, regulates collective relations between the government and persons working for it. The second, on the other hand, relates to the internal workings of the government and somewhat resembles the corporate by-laws of a private sector employer. In my opinion, therefore, there is no objection in principle to a person being regarded as an employee for the purposes of his labour relations with the government without thereby necessarily having the status of a member of the Public Service.<sup>11</sup> Further, I think it is now well established that, whatever the *Public Service Employment Act* may say, the creation of a position and appointment to that position depend not on the subjective intent of the government but rather on an objective appraisal of the facts in each case:

<sup>10</sup> R.S.C. 1970, c. L-1.

<sup>11</sup> See, for example, the case of the freelancers working for the National Film Board, mentioned in *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision, supra*.

personnes, en apparence des tiers par rapport au contrat de louage de services, sont quand même censées être des employés aux fins des rapports collectifs de travail.

<sup>a</sup> C'est cet examen et ces critères qui permettent à la Commission de tirer sa conclusion générale:

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 c envers le gouvernement du Canada. Même pour ce qui est de ses deux responsabilités principales, soit le recrutement des contractuels et leur rémunération, je qualifierais le rôle d'Econosult Inc. de marginal. (À la page 463 (verso) du dossier.)

Devant nous, le procureur de la requérante a <sup>d</sup> soutenu avec insistance que les contractuels ne pouvaient pas être des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* parce qu'ils n'avaient pas été engagés selon les formalités prévues par la *Loi sur l'emploi dans la <sup>e</sup> Fonction publique*. Pour ma part, je suis loin d'être certain que la corrélation entre les deux lois mentionnées est aussi étroite que le prétend le procureur. Les deux lois n'ont pas exactement le même objet. La première vise le gouvernement de l'extérieur et, tout comme le *Code canadien du travail*<sup>10</sup> le fait pour les employeurs dans le secteur privé, régleme les rapports collectifs entre le gouvernement et ceux qui travaillent pour lui. Par contre, la seconde vise la régie interne du gouvernement et <sup>g</sup> s'apparente plutôt aux règlements corporatifs d'un employeur du secteur privé. À mon avis donc et en principe, rien ne s'oppose à ce qu'une personne soit considérée comme employé aux fins de ses relations de travail avec le gouvernement sans pour <sup>h</sup> autant avoir nécessairement le statut de membre de la fonction publique<sup>11</sup>. De plus il est maintenant bien établi, il me semble, que, quoi qu'en dise la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, la <sup>i</sup> création d'un poste et la nomination à celui-ci ne dépendent pas de l'intention subjective du gouvernement mais bien de l'évaluation objective des faits de chaque espèce:

<sup>10</sup> S.R.C. 1970, chap. L-1.

<sup>11</sup> Voir, par exemple, le cas des pigistes à l'Office national du film, mentionné dans l'affaire *Syndicat général du Cinéma et de la Télévision, supra*.

... 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.<sup>12</sup>

It may be argued that the Board erred in law by disregarding the contracts existing between the mis-en-cause Econosult Inc. and the employees concerned on the one hand and the government on the other, and concluding that despite these contracts there was an employer-employee relationship between the government and the contract workers. To make such an argument is in my view to misunderstand the nature of the impugned decision. I have already said that the Board had a right and a duty to look at the reality behind the appearances. The perception of reality, even in legal relationships, is above all a question of fact. The Board weighed the evidence with care and drew its conclusions. This Court cannot intervene unless, of course, the result is patently absurd. Whether one agrees with the impugned decision or not, it is based on the earlier decisions and well-established practice of tribunals specializing in the area: there can be no question here of absurdity.

Ultimately what is at issue here is freedom of association, guaranteed by the supreme law of Canada. In my view, this freedom is at the very basis of the *Public Service Staff Relations Act*. It would be anomalous to suggest that the government could avoid its obligations to people who are in fact its employees by invoking the body of strict and technical rules governing hiring in the Public Service. If there is truly a conflict between the principles underlying the *Public Service Staff Relations Act* and the rules enacted in the *Public Service Employment Act*, it is the former which should prevail.

I would dismiss the application.

... 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<sup>12</sup>.

D'aucuns prétendent que la Commission aurait erré en droit en écartant les contrats existant entre la mise-en-cause Econosult Inc. et les employés concernés, d'une part, et le gouvernement, d'autre part, et en concluant que malgré ces contrats il existait une relation d'employeur à employé entre le gouvernement et les contractuels. Soutenir cette thèse c'est, à mon avis, se méprendre sur la nature de la décision attaquée. J'ai déjà dit que la Commission avait le droit et l'obligation de chercher la réalité à travers les apparences. Or la perception de la réalité, même en matière de relations juridiques, est avant tout une question de faits. La Commission a pesé la preuve avec soin et en a tiré ses conclusions. Notre cour ne peut intervenir à moins, évidemment, que le résultat ne soit manifestement absurde. Qu'on soit d'accord ou non avec la décision attaquée, elle est fondée sur une jurisprudence et une pratique bien établies des tribunaux spécialisés en la matière; il ne peut être ici question d'absurdité.

En fin de compte, ce qui est en jeu ici c'est la liberté d'association, garantie par la loi suprême du pays. À mon avis, cette liberté est à la base même de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Il serait aberrant de prétendre que le gouvernement puisse se soustraire à ses obligations vis-à-vis des personnes qui sont, en fait, ses employés en invoquant l'ensemble des règles, strictes et techniques, régissant l'embauche dans la fonction publique. Si réellement il existe un conflit entre les principes qui sous-tendent la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et les règles édictées dans la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, ce sont les premiers qui doivent primer.

Je conclurais au rejet de la demande.

<sup>12</sup> *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, per Le Dain J., at p. 510.

<sup>12</sup> *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, par le juge Le Dain, à la p. 510.