

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

82-11-CA

CANADA POST CORPORATION

(Appellant) APPELLANT

- and -

EDITH CARROLL

(Claimant) RESPONDENT

- and -

WORKPLACE HEALTH, SAFETY AND
COMPENSATION COMMISSION OF NEW
BRUNSWICK

RESPONDENT

Canada Post Corporation v. Carroll and Workplace
Health, Safety and Compensation Commission of
New Brunswick, 2012 NBCA 18

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeals Tribunal of the Workplace Health, Safety
and Compensation Commission of New
Brunswick:
December 29, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 15, 2011

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES

(Appelante) APPELANTE

- et -

EDITH CARROLL

(Demanderesse) INTIMÉE

- et -

COMMISSION DE LA SANTÉ, DE LA
SÉCURITÉ ET DE L'INDEMNISATION DES
ACCIDENTS AU TRAVAIL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

INTIMÉE

Société canadienne des postes c. Carroll et
Commission de la santé, de la sécurité et de
l'indemnisation des accidents au travail du
Nouveau-Brunswick, 2012 NBCA 18

CORAM :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Tribunal d'appel de la Commission de la santé, de
la sécurité et de l'indemnisation des accidents au
travail du Nouveau-Brunswick :
Le 29 décembre 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 15 novembre 2011

Judgment rendered:
February 23, 2012

Jugement rendu :
Le 23 février 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Richard

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant Canada Post Corporation :
Rebekah L. Powell

Pour l'appelante la Société canadienne des postes :
Rebekah L. Powell.

The respondent Edith Carroll appeared in person

L'intimée Edith Carroll a comparu en personne.

For the respondent Workplace Health, Safety and
Compensation Commission:
David O'Brien, Q.C.

Pour l'intimée la Commission de la santé, de la
sécurité et de l'indemnisation des accidents au
travail :
David O'Brien, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Overview

[1] The Appeals Tribunal, established under the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act*, S.N.B. 1994, c. W-14 (*WHSCC Act*), concluded the respondent claimant was an employee of the appellant, Canada Post Corporation, within the meaning of the *Government Employees Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. G-5 (*GECA*), and not an independent contractor. At the time of her injury, the claimant was working as an “ergonomic paid assistant” to rural and suburban mail carriers (RSMCs). The latter are unionized employees of Canada Post. RSMCs deliver mail to roadside mailboxes using their own vehicles. Paid assistants sit in the passenger seat and place mail in the boxes, thereby relieving the driver from the task of having to reach over while operating the vehicle. As a result of the Appeals Tribunal’s ruling, the claimant was eligible to receive, and has received, compensation benefits with respect to work-related injuries in accordance with New Brunswick’s *Workers’ Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13.

[2] In concluding the claimant qualifies as an “employee”, the Appeals Tribunal applied the Supreme Court of Canada’s analytical framework, articulated in *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 SCC 59, [2001] 2 S.C.R. 983, and a decision of this Court rendered six months prior to the Supreme Court precedent: *Joey’s Delivery Service v. New Brunswick (Workplace Health, Safety and Compensation Commission)*, 2001 NBCA 17, 239 N.B.R. (2d) 300; leave to appeal to SCC refused (2002), 250 N.B.R. (2d) 400, [2001] S.C.C.A. No. 425 (QL).

[3] Canada Post appeals the Appeals Tribunal’s decision. With respect to the applicable standard of review, this Court has consistently followed the general understanding that no deference is owed to the Tribunal’s rulings on questions of law and

to questions involving alleged breaches of the fairness duty. Correctness is the proper review standard. Questions of mixed law and fact are to be evaluated on the standard of “reasonableness”, while questions of fact are subject to the test of “palpable and overriding error”. These points are discussed further at paragraph 18 of these reasons.

[4] Canada Post argues the Appeals Tribunal erred in two material respects. First, the Appeals Tribunal overemphasized the factor of sub-delegation and failed to consider other indicia of employment. This allegation is a general attack on the Tribunal’s ultimate conclusion and brings into consideration the review standard of reasonableness. The second of the alleged material errors is tied to the fairness duty. Canada Post alleges the Appeals Tribunal breached this duty by refusing to consider two tribunal decisions (one from Manitoba, the other from British Columbia). Those decisions were submitted to the Appeals Tribunal after the hearing, but before it released its decision.

[5] Both administrative law decisions involve Canada Post workers who work closely with paid assistants (replacement drivers for RSMCs) in circumstances where there is no material difference in their respective terms of retention. In each instance, the claimant was declared an independent contractor that is to say, self-employed. Canada Post relies on the two decisions to support two distinct propositions. First, Canada Post maintains that the “intention of the parties” is a relevant factor, but one which the Appeals Tribunal ignored. Second, Canada Post’s enabling statute, the *Canada Post Corporation Act*, R.S.C. 1985, c. C-10, evidences Parliament’s intention to treat workers such as the claimant as independent contractors, thereby narrowing the statutory scope of “employee” as defined under *GECA* and, correlatively, eliminating the broad or purposive approach normally adopted when interpreting workers’ compensation legislation. Hence, Canada Post maintains the Appeals Tribunal also erred in adopting the purposive approach. As these allegations raise questions of law, the applicable review standard is correctness.

[6] In addition to the two tribunal decisions mentioned above, Canada Post continues to rely on decisions of the Tax Court of Canada, cited to the Appeals Tribunal and discussed in its reasons. Each case held that replacement drivers for rural mail carriers are independent contractors and therefore not engaged, for example, in insurable employment under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23. In each case, the Tax Court looked at the intention of the parties as a relevant factor and at the impact of the provisions of the *Canada Post Corporation Act*. Collectively, these decisions, and those of the workers' compensation tribunals in Manitoba and British Columbia, lead one to legitimately question how a comparable worker in New Brunswick could be declared an employee so long as consistency remains a true hallmark of the law. The inconsistency can be attributed to several sources. For purposes of deciding this appeal, I need only identify three.

[7] The first source is tied to a preliminary question which the Appeals Tribunal addressed fully, but which is not under appeal to this Court. Let me explain. Having regard to the jurisprudence emanating from other provinces, the Appeals Tribunal concluded it possessed the "jurisdiction" to determine a claimant's status under *GECA*. Canada Post had argued that a determination regarding employment status properly rested with the federal government and its human resources department. Had the argument been accepted, one can reasonably presume that those persons performing the same work for or on behalf of Canada Post would be placed in the same category when it came to the question of employment status. But as Canada Post's "jurisdictional argument" has yet to succeed in any province in which the issue has been raised, the general precedent remains. It is the obligation of each provincial commission and appeals tribunal to adjudicate on the matter of a claimant's employment status. Above all, it must be emphasized that this Court was not asked to go behind the finding that the provincial Commission retains the jurisdiction to make the initial assessment regarding employment status. (As to the jurisprudence regarding the preliminary issue, see *Canadian Broadcasting Corporation v. Luo*, 2009 BCCA 318, [2009] B.C.J. No. 1559 (QL); *Thomson v. Workers' Compensation Board (Nova Scotia)*, 2002 NSCA 58, [2002] N.S.J. No. 207 (QL); *Cape Breton Development Corporation v. Estate of James Morrison*, 2003

NSCA 103, [2003] N.S.J. No. 353 at para. 14 (QL) and *Canada (Royal Canadian Mounted Police) v. Rees*, 2005 NLCA 15, [2005] N.J. No. 103 (QL). As to whether the preliminary question is a “true jurisdictional” question, see *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] S.C.J. No. 61 (QL), in particular, para. 31.)

[8] There is another logical explanation for the apparent inconsistency in the jurisprudence. The common law framework is sufficiently flexible to allow reasonable persons to reach different conclusions based on similar fact patterns. This is so because the task at hand requires an examination and balancing of competing factors tied mostly to the application of common law principles. However, what truly renders the adjudicative process more difficult is the constant erosion of the classical employment model, upon which the common law principles developed. Over the last 30 years, the movement has been away from full-time regular work of indefinite duration for time-based pay that qualifies for employee benefits, be they either public or private. Part of the movement is characterized by the engagement of part-time or casual workers and a restructuring of the working relationship so as to clothe workers with the air of being “self-employed”. These modified forms of retention involve an absence of income security for workers and are pursued with the object of reducing employer costs by eliminating the obligation to participate in and contribute to the cost of national and provincial security schemes, including workers’ compensation. In response, most courts carefully scrutinize working relationships to ensure that employers are not unfairly disadvantaging workers by falsely labeling them “self-employed”. In that vein, this Court has adopted a broad or purposive approach when construing legislation that extends benefits to employees only: *Joey’s Delivery, supra*. As a practical matter, the application of the purposive approach has the effect of tipping the balance in favour of the worker in cases of genuine doubt.

[9] The third source of the inconsistency between what the Appeals Tribunal decided in this case and what has been decided in other judicial and administrative forums is tied to Canada Post’s argument that the Appeals Tribunal failed to take into

account a relevant factor: the intention of the parties. While there is judicial support for the proposition that the common intention of employer and worker is a relevant consideration when determining employment status, in truth, there is no compelling evidence of such an intention in the present case. Rather, Canada Post is attempting to establish that an employer's unilateral declaration to treat workers as non-employees is a relevant consideration. In conformity with that declaration, Canada Post offers evidence that it has consistently treated paid assistants as non-employees (e.g. not providing them with T4 slips). The Appeals Tribunal declared such evidence to be largely "self serving" and I am not prepared to declare it erred in so doing. Another reason for the inconsistency in the jurisprudence stems from the Appeals Tribunal's implicit rejection of Canada Post's argument that certain provisions of its enabling statute evidence Parliament's intent to treat as non-employees those persons who perform functions similar or identical to those performed by the claimant in this case. In my view, the Tribunal did not err in so holding. Consequently, this case departs from those cases which hold otherwise. Correlatively, it follows there is no basis for rejecting the application of a broad or purposive approach to the definition of employee found within *GECA*. Therefore, the Appeals Tribunal cannot be faulted for accepting that approach even though other decision-makers have concluded otherwise. This is assuming that its application was necessary to tip the balance in favour of the claimant.

[10] Finally, after concluding that the Appeals Tribunal's analysis is not infected with an error of law, I conclude the Appeals Tribunal's ruling falls within the review standard of reasonableness and, therefore, the appeal should be dismissed. In brief, the Tribunal's reasoning that led to the finding the claimant was not carrying on business on her own account, but rather was engaged as a casual or part-time employee being paid by Canada Post at an hourly rate of \$12, falls within the description of reasonableness as articulated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. This finding is entirely consistent with the Tribunal's express finding that no apparent advantage would have accrued to the claimant had she been declared an independent contractor. As the Appeals Tribunal so adroitly observed, it is unlikely the claimant's work as a paid assistant qualified as a "marketable skill". If one is going to

argue the common law notion of “independent contractor” to sustain a finding that a worker is self-employed, the argument must have an air of reality – one that is informed by the underlying and general assumption that the independent contractor has more to gain as an entrepreneur than as an employee.

II. Background

[11] Canada Post is a federally regulated corporation, established pursuant to the *Canada Post Corporation Act*, and a self-insured employer subject to *GECA* and, in turn, New Brunswick’s *Workers’ Compensation Act*. In short, New Brunswick administers the compensation scheme in accordance with the provincial legislation and federal employers must reimburse the Commission for the costs incurred. The respondent claimant, Ms. Carroll, was engaged sometimes as a replacement worker for an RSMC and sometimes as a paid assistant to an RSMC. Prior to 2004, all mail carriers in rural areas were engaged by Canada Post as independent contractors rather than as employees. Effective 2004, their status changed. Canada Post accepted these workers as employees and entered into a collective agreement with their union. There are two other groups of workers whose duties flow from those performed by RSMCs. First, these rural mail carriers are authorized to find replacement workers/drivers on those days the rural carriers are unavailable to do the assigned task. Second, there is a group of workers who assist the rural carriers and their replacements. These workers are labeled “ergonomic paid assistants”. This class of worker came into existence in 2006 because of problems with mailbox placement in rural areas, apparently due to disability-related issues. The paid assistants are retained to place mail in roadside mailboxes from the passenger side of the RSMC’s delivery vehicle, or that of the replacement driver, thereby relieving the driver from having to reach over the passenger seat and place mail in the roadside box. The evidence reveals that the use of paid assistants was to be a temporary measure, yet the positions have endured. However, replacement workers and paid assistants continue to be treated as independent contractors, a fact confirmed by the provisions of the collective agreement between Canada Post and the RSMCs. As noted above, the claimant was sometimes engaged as a replacement mail carrier and, on other occasions, as a paid

assistant. At the time the claimant suffered the rotator cuff injury, she was engaged as a paid assistant. The claimant effectively worked exclusively for Canada Post.

[12] The claimant filed her claim with the New Brunswick Commission on September 18, 2007. Human Resources and Skills Development Canada informed the Commission that it did not regard the claimant as an employee of Canada Post. The Commission determined otherwise and went on to accept the claim. On January 27, 2009, Canada Post filed an appeal with the Appeals Tribunal, which was heard on June 17, 2010. As noted earlier, Canada Post raised a jurisdictional issue over which body had the authority to decide the employment status issue. In comprehensive reasons, the Appeals Tribunal concluded the Commission was the proper body to make that determination. As to the employment status issue, the Appeals Tribunal made reference to the Tax Court jurisprudence, which had characterized replacement drivers/carriers as independent contractors and to the common law framework for deciding the issue, as reflected in the Supreme Court's decision in *Sagaz* and this Court's decision in *Joey's Delivery*.

[13] The Appeals Tribunal's decision sets out the following unchallenged facts. Canada Post has never regarded replacement drivers and paid assistants as employees. They do not receive employee benefits and are not subject to deduction for income tax, employment insurance, Canada Pension, union dues or other deductions required of employees who are treated as such by Canada Post. The claimant was paid at an hourly rate of \$12. At the end of each year, Canada Post issues a T1204 slip to replacement carriers and assistants, as opposed to a T4 slip, which is issued to employees. Payment for services rendered by replacements and assistants is based on a system involving the submission of vouchers rather than periodic, salaried remuneration. Those vouchers are submitted to a Canada Post supervisor. It is Canada Post which pays the replacement carriers and ergonomic paid assistants. In short, no money is exchanged between an RSMC and their replacement carriers or ergonomic paid assistants. The claimant was paid each month by Canada Post. On the back of the vouchers are words to the effect that the person engaged is not to be regarded as an employee and that it is the responsibility of

the person so engaged to obtain and maintain such workers' compensation or other coverage as may be required in the province.

[14] Once identified, replacement carriers and ergonomic paid assistants are provided with "unique contractor numbers". Like other Canada Post employees, replacement carriers and assistants must obtain security clearance, but apparently they are routed through a different process and do not receive photo identification documents. Replacement workers and ergonomic paid assistants also receive different training. Replacement drivers and paid assistants are under no obligation to accept any particular task. If they do accept an assignment, they must sign in and out at Canada Post's "workstation". They may accept or decline assigned work and they cannot be disciplined by Canada Post. Only the RSMCs possess the right to discipline. However, unlike RSMCs, replacement carriers and ergonomic paid assistants cannot sub-delegate an assigned task. At the end of their service, these persons do not receive a standard Record of Employment, which is a condition precedent to the receipt of employment insurance benefits in Canada.

[15] This is the point where the reader expects to see a summary of the Appeals Tribunal's reasoning and findings, in the circumstances of this case, it makes better sense to defer that task until discrete questions of law have been addressed and dealt with appropriately. The substance of the Appeal Tribunal's decision is best dealt with when considering the challenge brought on the ground the decision fails to meet the review standard of reasonableness.

III. Issues

[16] In its Notice of Appeal, Canada Post alleges two errors on the part of the Appeals Tribunal. First, the Tribunal erred in finding the claimant to be an employee within the meaning of *GECA*. Second, the Tribunal breached the duty of fairness in refusing to accept and consider two decisions tendered after the close of the appeal hearing. The first decision was rendered by the Manitoba Appeal Commission. It was

released on the same day the appeal hearing in New Brunswick was concluded. The second decision emanates from the Workers' Compensation Appeal Tribunal of British Columbia. It was released two and a half months after the closing of the New Brunswick hearing, but before the Appeals Tribunal released its decision.

[17] Canada Post's first issue was refined on appeal to this Court. In assessing the total relationship of the parties, Canada Post alleges the Appeals Tribunal failed to consider the "intention of the parties" and "indicia of employment". Of course, the latter allegation is simply an invitation to reweigh the very factors considered by the Appeals Tribunal. The true thrust of Canada Post's argument is that the decision of the New Brunswick Appeals Tribunal runs contrary to the tribunal jurisprudence emanating from Manitoba and British Columbia, the jurisprudence of the Tax Court of Canada and, to a lesser extent, a decision of the Federal Court of Appeal. This takes us back to the refusal of the Appeals Tribunal to consider the precedential significance of the two tribunal decisions submitted after the close of the appeal hearing, but before the Tribunal rendered its formal decision in accordance with s. 21(10) of the *WHSCC Act*. It is this refusal which gives rise to the allegation that the Appeals Tribunal breached the fairness duty.

IV. The Standard of Review Issue

[18] With the statutory adoption of the workplace insurance scheme in 1918, the decisions of the Workmen's Compensation Board involving questions of law and jurisdiction were reviewed on the correctness standard. Under the *Workmen's Compensation Act*, S.N.B. 1918, c. 37, s. 33(1) and s. 35, the New Brunswick legislature declared the Board's rulings involving questions of law and fact to be "final and conclusive", subject only to direct right of appeal to the Court of Appeal, with leave of a judge of the Court of Queen's Bench, on a question of law or the Board's jurisdiction. Under the legislation in force in 1973, the decisions of the Board (now Commission) were expressly deemed to be final and immune from judicial review, subject to a statutory right of appeal to this Court on questions of law and jurisdiction: see *Workmen's Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13, ss. 34(1) and 36(2). The Appeals Tribunal

was established in 1989 (S.N.B. 1989, c. 65, s. 5). The amending legislation declared decisions of the Appeals Tribunal to be final, subject only to an appeal to this Court on a question of law or jurisdiction. In 1994, further amending legislation clothed the Appeals Tribunal with the status of an independent adjudicative tribunal. Section 21(1) of the current *WHSCC Act* establishes a “final right of appeal” to the Tribunal from a decision of the Commission. Section 21(12) of that *Act* also states that all decisions of the Appeals Tribunal are final, subject to an appeal to this Court on a question of law or jurisdiction.

[19] The New Brunswick jurisprudence supports the general understanding that this Court has, from the outset, applied the correctness standard to questions of law and jurisdiction. Indeed, some of the earlier cases predate the articulation of the modern deference doctrine. In *Lanteigne v. Workmen's Compensation Board (N.B.)* (1973), 7 N.B.R. (2d) 36, [1973] N.B.J. No. 112 (S.C.A.D.) (QL) and *Crothers and Sussex Farm & Garden Ltd. v. Martin and Ascon Ltd. and Workers' Compensation Board (N.B.)* (1982), 44 N.B.R. (2d) 59, [1982] N.B.J. No. 392 (C.A.) (QL), this Court assumed that correctness was the proper review standard for questions of law. Admittedly, it was not until 1994 that the standard of review issue was expressly raised in this Court in *Spellman v. Gulf Operators Ltd. et al.* (1994), 143 N.B.R. (2d) 382, [1994] N.B.J. No. 27 (C.A.) (QL). Writing for the Court, Chief Justice Hoyt reaffirmed the law as it had been assumed to be in earlier precedents: see also *Martin v. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1998), 205 N.B.R. (2d) 319, [1998] N.B.J. No. 263 (C.A.) (QL). Subsequently, in *Gallant v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (2000), 228 N.B.R. (2d) 98, [2000] N.B.J. No. 320 (C.A.) (QL), this Court, per Drapeau J.A. (as he then was), was called on to reaffirm its earlier precedents.

[20] I am not suggesting that the other factors set out in *Dunsmuir* have been ignored or that a statutory right to appeal a tribunal decision involving a question of law has been viewed determinative of the review standard: see the extensive analysis offered in *Keddy v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission, Region 3 Hospital Corporation and Anne Brown*, 2002 NBCA 24, 247 N.B.R. (2d) 284. For example, when

it comes to an appeal on a question of law, one cannot simply ignore the fact that, until recently, no member of the Appeals Tribunal was trained in the law. Nor has the Tribunal been guided in its legal determinations by the hand of independent legal counsel retained by the Appeals Tribunal. It is within this context that one has to approach the matter of tribunal expertise and not to be influenced by presumptions based, for example, on the realities of federal tribunals responsible for regulating such matters as energy, transportation or communications. In brief, so long as the analytical framework for identifying the applicable standard of review is premised on the understanding that the search for the proper standard is a search for legislative intent, the New Brunswick jurisprudence remains true to that of the Supreme Court.

[21] At this juncture, I wish to acknowledge the Supreme Court's recent decision in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, *supra*, at para. 39, adopting a presumption that a tribunal's interpretation of its "home statute" will be accorded deference under the reasonableness standard. Parenthetically, and for greater certainty, it is to be noted that this case does not involve the interpretation of a tribunal's home statute or a closely related one. Moreover, the majority of issues raised on this appeal are tied to common law principles over which the Supreme Court continues to exert doctrinal control and supervision, as evidenced by the application of its decision in *Sagaz*. This is not the case to ask whether the analytical framework set down in that case is of "central importance to the legal system as a whole" or simply one of "general importance": see *Dunsmuir*, *supra*, and *Alberta Teachers' Association*, *supra*, which speak of the former and *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] S.C.J. No. 53 (QL), at para. 24, which speaks of the latter.

[22] As would be expected, the New Brunswick jurisprudence recognizes that tribunal decisions involving a question of mixed law and fact (the application of an analytical framework to unchallenged primary findings of fact) must be accorded deference on the standard of reasonableness, as articulated in *Dunsmuir*. Questions of fact are reviewable on the standard of palpable and overriding error. The review of factual

determinations is consistent with the notion that a palpable and overriding error of fact qualifies as an error of law and also with s. 21(9) of the *WHSCC Act*: see generally *Brun v. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 183 N.B.R. (2d) 172, [1996] N.B.J. No. 507 (C.A.) (QL); *VSL Canada Ltd. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Duguay et al.*, 2011 NBCA 76, 376 N.B.R. (2d) 292; *Stewart v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2008 NBCA 45, 331 N.B.R. (2d) 278; *The City of Saint John v. The Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick and Rowe*, 2008 NBCA 83, 338 N.B.R. (2d) 213 and *New Brunswick Power Generation Corporation v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Dashwood*, 2011 NBCA 47, 374 N.B.R. (2d) 230.

V. Breach of the Fairness Duty

[23] One must ask why the Appeals Tribunal did not acknowledge receipt of the two administrative law decisions submitted by Canada Post following the hearing and indicate that copies had been provided to each of the three tribunal members for their respective consideration. Instead, the Appeals Tribunal wrote back indicating that the Chair had ruled, in accordance with policy guidelines issued by the Commission's Board of Directors, pursuant to s. 20(2) of the *WHSCC Act*, that the two decisions would not be considered because the panel had already reached a decision immediately following the hearing.

[24] I shall deal briefly, and in point form, with the allegation the Appeals Tribunal breached the fairness duty. First, I would allow the motion for both parties to introduce affidavit evidence pertaining to post-hearing matters touching on Canada Post's allegation. Second, I note that Canada Post did not ask the Tribunal to reopen the hearing for purposes of making oral submissions tied to the two administrative law decisions. Nor did Canada Post ask that it be provided with the opportunity to file a written submission addressing the decisions. Third, the two cases cited to the Commission are non-binding and do not signify a significant or fundamental change in the law, as would be true had

the Supreme Court of Canada released a decision following the hearing of the administrative law appeal. Fourth, the two administrative law decisions simply add weight to and support arguments which Canada Post had advanced before the Appeals Tribunal based on decisions of the Tax Court, which decisions the Appeals Tribunal acknowledged in its reasons. Finally, as this Court is in a position to reflect on the precedential significance of the two administrative law decisions, because of the application of the correctness review standard, it is unnecessary for this Court to engage in a thorough analysis of the following jurisprudence: *Joey's Delivery* at paras. 37-39; *Mattina v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2005 NBCA 8, 279 N.B.R. (2d) 104; *Levac v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [1992] F.C.J. No. 618 (C.A.) (QL); *Mladenov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 66 (T.D.) (QL); *Vairavanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1025 (T.D.) (QL) and *1247550 Ltd. (c.o.b. Can-Fix Auto) v. Ontario (Ministry of the Environment)*, [2008] O.E.R.T.D. No. 42 (QL).

VI. The Concept of Employee under the Relevant Federal and Provincial Legislation

[25] The analytical framework for assessing whether persons in the claimant's position are to be treated as employees rather than independent contractors has four potential sources: (1) *GECA*; (2) the *Canada Post Corporation Act*; (3) the *Worker's Compensation Act*; and (4) the common law. As a general proposition, it is not misleading to observe that legislatures and Parliament continue to rely primarily on the common law framework for distinguishing between employees and independent contractors.

[26] The right of a federal worker to claim workers' compensation benefits under provincial legislation is dependent upon the concept of "employee" as set out in *GECA*, not the provincial workers' compensation legislation: see *Nurnber v. Workers' Compensation Board (N.S.) et al.*, 2004 NSCA 83, [2004] N.S.J. No. 242 (QL). If the federal and provincial legislation conflict, the federal legislation prevails. This is not because of the paramountcy doctrine, but because the federal legislation's definition of

“employee” is what counts when it comes to employees working for employers who fall under federal jurisdiction. Section 4(1) of *GECA* provides, *inter alia*, that compensation shall be paid to an employee who suffers a personal injury or becomes disabled because of industrial disease. Pursuant to s. 4(2), these employees are entitled to compensation at the same rate and under the same conditions provided to provincial workers under the provincial scheme. But it is s. 2 of *GECA* that offers a definition of “employee”. Section 2 states:

“employee” means:

- (a) any person in the service of Her Majesty who is paid a direct wage or salary by or on behalf of Her Majesty; [and]
- (b) any [...] employee of any [...] corporation [...] established to perform a function or duty on behalf of the Government of Canada who is declared by the Minister with the approval of the Governor in Council to be an employee for the purposes of the *Act*.

[27] One would have thought that paragraph (a) applies to workers within the bureaucracy of the federal government and, in particular, those retained within the various government ministries or departments. These are the persons who are paid a direct wage or salary (see also s. 13(1) of the *Canada Post Corporation Act*). But, in any event, there is nothing in that paragraph that assists in our search for a workable definition of “employee”. So far as paragraph (b) is concerned, I would draw attention to Order in Council P.C. 1981-2248, which was adopted on August 19, 1981. The Order simply declares “the officers and employees of the Canada Post Corporation are to be employees for purposes of the *Government Employees Compensation Act*”. Obviously, one would not expect to see a Ministerial order designation either including or excluding the present claimant from employee status with Canada Post. Parenthetically, it is open to ask whether a Ministerial order could designate certain types of postal workers as non-employees.

[28] In summary, neither *GECA* nor the Privy Council Order provides us with any parameters or guidelines as to how one assesses whether a worker in the federal sphere is an employee as opposed to an independent contractor. In the absence of other applicable federal legislation, the determination must be based largely on the application

of common law principles. I employ the word “largely” because the law recognizes that the statutory concept of employee will be guided by a principle that the decision-maker must adopt a purposive or liberal approach; one that is consistent, for example, with the objects of the benefit conferring legislation. So found the Nova Scotia Court of Appeal in *Cape Breton Development Corporation, supra*, when dealing with the concept of employee under *GECA*:

The language of *GECA* is intended to be general and inclusive because its purpose is to provide federal employees with workers' compensation benefits in accordance with the particular wording of the workers' compensation acts of various provinces. The Parliamentary objective of making one federal act mesh with many provincial ones would be more difficult to achieve if *GECA* were to be read more narrowly than its natural meaning might support. Like other workers compensation legislation it is to be construed liberally and in favour of all workers within its purview. [para. 14]

[29] Before turning to the provisions of the *Canada Post Corporation Act* that allegedly impact on the concept of employee under *GECA*, I must point out the New Brunswick's *Workers' Compensation Act* does not speak of “employees”, but rather of “workers”. Indeed, throughout these reasons, I use the term “worker” to refer to someone who may qualify as either an employee or an independent contractor. I justify this deviation on the ground that we are not dealing with provincial workers and, therefore, I must employ the term “worker” as a term of art. What is important is that the definition of “worker” in the provincial legislation is as non-revealing as the definition of “employee” found in the federal legislation. Let me explain.

[30] The *Workers' Compensation Act* defines "employer" to include every person who “[has] in his service under contract of hire or apprenticeship [...] any worker engaged in any work”. In turn, "worker" is defined to mean any person who “works under a contract of service or apprenticeship”. In short, to be an employer, one must have workers that qualify as employees (the *Regulations* require a minimum of 3 workers: see *Exclusion of Workers Regulation – Workers' Compensation Act*, N.B. Reg. 82-79, s.

3(1)). Despite the fact that the definition of “employer” refers to those who retain persons under a contract of "hire", while the definition of “worker” refers to those who work under a contract of "service", the distinction is without significance. A contract of hire is a contract of employment. For our purposes, it is important to recognize the provincial legislation must rely on the common law principles governing the assessment of employment relationships to determine who is a “worker”, as does the federal legislation when it comes to classifying a person as an “employee”. At the same time, the purposive (or liberal) approach to the interpretation of workers compensation legislation adopted in *Cape Breton Development Corporation* has been adopted in New Brunswick with respect to the provincial *Workers’ Compensation Act: Joey’s Delivery* at paras. 56-59, citing *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, [1997] S.C.J. No. 41 (QL) and *Imperial Taxi Brandon (1983) Ltd. v. Hutchinson*, [1987] M.J. No. 551 (C.A.) (QL). In practical terms, the broad or purposive approach translates into the understanding that borderline cases will be decided in favour of workers being declared employees: see Barnacle and Wood, *Employment Law in Canada* (Markham, Ont.: LexisNexis, 2005), at 2-7.

[31] This leaves us to consider the impact which the *Canada Post Corporation Act* has on the definition of “employee” found in *GECA*. In brief, the provisions of the former *Act* are cited in support of the proposition that Parliament did not intend for replacement drivers and paid assistants to be treated as employees. The argument runs as follows. Section 12 of the *Canada Post Corporation Act* provides that the Corporation may hire employees and engage the services of agents and others “as it considers necessary for the proper conduct of its business, and may fix the terms and conditions of employment or engagement, as the case may be, and pay their remuneration”. Section 13(5) of the same *Act* goes on provide that, “[n]otwithstanding any provision of Part I of the *Canada Labour Code*, for the purposes of the application of that Part to the Corporation and to officers and employees of the Corporation, a mail contractor is deemed not to be a dependent contractor or an employee within the meaning of those terms [as set out] in s. 3(1) of [the *Canada Labour Code*]”. Section 2(1) of the *Canada Post Corporation Act* defines “mail contractor” to mean “a person who has entered into a

contract with the Corporation for the transmission of mail, which contract has not expired or been terminated”. Section 3(1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, defines an “employee”, for purposes of Part I only, as “any person employed by an employer and includes a dependent contractor and a private constable, but does not include a person who performs management functions or who is employed in a confidential capacity in matters relating to industrial relations”. The reference in s. 13(5) to Part I of the *Canada Labour Code* and the definition of “employee” found in s. 3(1) are significant because Part I deals with the rights of workers to unionize and bargain collectively.

[32] The submissions of Canada Post and the jurisprudence confirm the following historical facts. Prior to 2004, and pursuant to what is now s. 13(5) of the *Canada Post Corporation Act*, Canada Post took the position that “contractors” hired to deliver rural mail were captured by that provision and, therefore, could not be deemed to be employees and thus unable to unionize and enjoy the benefits of collective bargaining under the provisions of the *Canada Labour Code*. This position was confirmed in a 1987 decision of the Federal Court of Appeal: *Canada (Canada Post Corporation) v. C.U.P.W.*, [1987] F.C.J. No. 1142 (C.A.) (QL). Indeed, the Federal Court of Appeal set aside a decision of the Canada Labour Relations Board declaring rural route mail carriers to be employees. The Board had held that s. 13(6) of the *Canada Post Corporation Act* [now s. 13(5)] did not apply to rural mail carriers, but rather, for example, to those engaged in the trucking of mail between cities. Applying the review standard of correctness, the Federal Court of Appeal had little difficulty in concluding the Board was wrong to hold carriers were not “mail contractors” within the meaning of the federal legislation. The Federal Court of Appeal, per Hugessen J.A., reasoned:

While the Board has the undoubted power and jurisdiction to declare who is or is not an employee, that power is circumscribed here. Parliament, by deeming a certain class of persons not to be employees for the purposes of Part V [now Part I] of the Code even though, in fact, they may actually be so, has restricted the Board's jurisdiction to declare them to be employees. Thus any declaration by the Board that mail contractors were

employees would be ineffective against Parliament's provision deeming them not to be.

[33] Following the Federal Court decision, Canada Post continued to use independent contractors (RSMCs) to deliver mail in rural areas. These contractors were able to take on more than one contract with Canada Post at any given time, servicing multiple rural routes, and were responsible for engaging their own helpers. However, for operational and labour relations reasons, Canada Post subsequently decided to terminate all contracts with rural route and suburban services contractors and offered them new “contracts of service” as employees with Canada Post. This arrangement was undertaken in consultation with the Canadian Union of Postal Workers, which also represented Canada Post’s letter carriers. Negotiations resulted in a collective agreement, effective January 1, 2004. Consequently, approximately 6,800 new employees were hired as RSMCs. This is true despite the fact that the RSMCs were performing the same tasks in 2004 as they were performing in 2003 (see *Plant v. Minister of National Revenue*, 2007 TCC 453, [2007] T.C.J. No. 291 at para. 29 (QL)). However, Canada Post has continued to regard replacement drivers and paid assistants as independent contractors who remain within the ambit of s. 13(5) of the *Canada Post Corporation Act*. Indeed, each of the collective agreements entered into between Canada Post and the union representing the RSMCs has a provision which states as much. For example, Article 14.02 of the 2006 Collective Agreement provides that replacement workers “shall not be considered an employee of the Corporation while performing such work”.

[34] In *Laperrière v. Minister of National Revenue*, 2007 TCC 252, [2007] T.C.J. No. 170 (QL), the Tax Court of Canada made what I regard as two astute comments with respect to Canada Post’s treatment of RSMCs and replacement drivers. First, the Tax Court judge found it odd that although RSMCs were now treated as employees, their replacement drivers were not, despite the latter being paid exactly the same amount per day for handling the same route, together with the same vehicle allowance. Second, the Tax Court judge observed “it seems strange that a provision of an Act of Parliament [s. 13(5)] can be effectively overruled by means of a few clauses in a

collective agreement” (para. 33). When this Court brought that observation to the attention of counsel for Canada Post, counsel responded by submitting that the employment status of RSMCs does not conflict with s. 13(5) as “RSMCs do not have contracts for services; rather they have contracts of service” and, hence, are employees of Canada Post. If I understand the submission correctly, Canada Post is arguing that if it contracts with RSMCs on the understanding that they will be treated as employees, the law must treat them as employees notwithstanding s. 13(5) of the *Canada Post Corporation Act*. Admittedly, the legal status of RSMCs is not in issue in this appeal. But it is important to recognize the true thrust of Canada Post’s argument. If Canada Post has expressed a clear intention to treat certain workers as independent contractors, that intention is a relevant factor when applying the proper common law analytical framework for classifying a particular working relationship. I shall deal with this issue under a separate heading.

[35] I must still decide whether s. 13(5) of the *Canada Post Corporation Act* has a narrowing impact on the definition of employee found in *GECA*. In my view, it does not. Section 13(5) does not deem all mail contractors to be non-employees for all purposes, but only for purposes of collective bargaining under Part I of the *Canada Labour Code*. Section 13(5) does not apply to either Part II or Part III of the *Code*. Part II deals with occupational health and safety matters (commencing at s. 122), while Part III deals with matters of standard hours, wages, vacations and holidays (commencing at s. 166). In particular, s. 239.1(2) requires each federal employer to subscribe to a plan that provides an employee who is absent from work due to a work-related illness or injury and with compensation equivalent to that recoverable under workers’ compensation legislation in the employee’s province of permanent residence. It is also of significance that, just as Part I of the *Canada Labour Code* provides a definition for employee in s. 3(1), so too does Part II provide its own definition. Section 122 defines “employee” as “a person employed by an employer”. But again, this circular definition tells us nothing. On the other hand, Part III does not contain a definition for the term “employee”, but only for an “employer”, who is defined as “any person who employs one or more employees” (s. 166).

[36] In my view, Parliament's adoption of s. 13(5) of the *Canada Post Corporation Act* reveals only one clear intention: "mail contractors" would not be treated as employees for purposes of collective bargaining under Part I of the *Canada Labour Code*. That deeming provision was not extended to Part II or Part III of the *Code*. In particular, the *Canada Post Corporation Act* does not deem mail carriers to be non-employees for purposes of applying the provisions of Part III of the *Canada Labour Code*, which Part imposes on federal employers the obligation to provide employees with workers compensation coverage. The only reasonable inference to be drawn is that Parliament intended the question of whether mail contractors should be classified as employees or independent contractors, for purposes of Part II and III, to be determined in another forum. Frankly, what astute politician would be willing to stand up in the House of Commons and declare that replacement drivers and paid assistants would not be entitled to the minimum protections offered under the *Canada Labour Code*?

[37] As to the legal significance of a provision in a collective agreement which declares that non-parties are not to be regarded as employees, I want to acknowledge the obvious. A provision in a collective agreement which deems a third party to be an independent contractor cannot be binding on someone who is not a party to the agreement. Regrettably, other decision-makers have regarded the provisions of the collective agreement between Canada Post and the union representing the RSMCs as being relevant to the classification issue of replacement drivers. At best, those provisions can be invoked to support the fact that Canada Post has consistently treated replacement drivers as non-employees. This would take us back to Canada Post's argument the common intention of the parties is a relevant consideration, a topic which is dealt with below.

[38] Having concluded the provisions of the *Canada Post Corporation Act* and the provisions of the collective agreement governing Canada Post and RSMCs do not narrow the concept of employee as articulated in *GECA*, I turn to the jurisprudence Canada Post cited to the contrary and which the Appeals Tribunal declined to consider. The first is a September 8, 2010, decision of the Workers' Compensation Appeal

Tribunal of British Columbia (WCAT-2010-02423). The WCAT was dealing with a common issue raised by three appeals: Whether a replacement RSMC was an employee under s. 4(1) of *GECA*. In thorough and extensive reasons, the WCAT held that while the case for categorizing the replacement drivers as independent business persons was “weak”, there was evidence of Parliament’s intention that these workers should be characterized as independent contractors rather than employees (para. 107). This intention was evidenced by s. 13(5) of the *Canada Post Corporation Act* and the comments of the Minister responsible for Canada Post, as reproduced in *Canada (Canada Post Corporation) v. C.U.P.W., supra*, at the time the legislation was considered by Parliament. The WCAT also considered and deemed relevant the fact that the status of replacement workers as independent contractors was the subject of collective bargaining between Canada Post and the union. The WCAT went on to hold that while none of these factors was determinative of the replacements’ status, each had to be given “some weight” (para. 107). The WCAT went on to deal with the “thorny question” of the extent to which the “purposive approach” should be applied to support a broad application of workers’ compensation coverage (para. 109). Based on the court cases dealing with the status of replacements, the related history regarding their classification and the effect of s. 13(5) of the *Canada Post Corporation Act*, the WCAT concluded the adoption of a broad or purposive approach was not warranted. After examining and weighing other factors, the WCAT concluded the replacements had to be classified as independent contractors. Finally, the WCAT expressed its agreement with the decision of the Manitoba Appeal Commission, No. 52/2010, dated June 17, 2010.

[39] A decision of the Manitoba Appeal Commission (Decision No. 52/10) is the other case Canada Post brought to the attention of the New Brunswick Appeals Tribunal following the appeal hearing. That Commission was dealing with the status of replacement drivers (as was the British Columbia tribunal). The majority of the Commission concluded the replacement drivers were independent contractors. In so holding, the majority recognized that, although s. 13(5) of the *Canada Post Corporation Act* is not directly applicable for purposes of *GECA*, the provision reflects the status of mail carriers generally, absent any statutory provision or negotiated terms of

employment. However, the majority went on to hold that, even if s. 13(5) did not exist, on a balance of probabilities the claimant replacement worker was an independent contractor, having regard to the factors set down in the common law. In that regard, the majority went on to note that the evidence supported a clear intention on the part of Canada Post to hire the worker as an independent contractor, as evidenced by both the collective agreement and the vouchers provided by Canada Post to replacement drivers. However, the majority cautioned these facts were not determinative of the issue, as the replacement workers were neither privy to the collective agreement nor provided a copy of its relevant terms. As to the legal effect of the vouchers, the majority held that despite the replacement worker's evidence that he never read the back of the vouchers and no one had ever explained their significance, the replacement driver must have known that the relationship did not give rise to the type of working relationship which provided benefits typically made available to employees. The minority disagreed, principally for the following reason: "It is fundamental to all workers compensation systems that any person doing identical work as another worker who is covered for injury must enjoy the same coverage." The dissenting member went on to observe: "it is not reasonable that doing the job as a temporary replacement for a worker who is covered, disentitles the replacement from coverage."

[40] Both the Manitoba and British Columbia tribunal decisions cite and discuss two cases emanating from the Tax Court of Canada in support of their conclusions: *Plant v. Minister of National Revenue, supra* and *Laperrière v. Minister of National Revenue, supra*. In both instances, the Tax Court concluded that replacement drivers were independent contractors and, therefore, the drivers were not engaged in insurable employment for purposes of accessing benefits available under the *Employment Insurance Act*. To the same effect, see *918855 Ontario Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1997] T.C.J. No. 664 (QL); but see *Skipsey v. Minister of National Revenue*, 2007 TCC 192, [2006] T.C.J. No. 569 (QL), where a replacement driver was found to be an employee of Canada Post.

[41] Notwithstanding the jurisprudence discussed and referred to above, I must disagree with the proposition that the provisions of the *Canada Post Corporation Act* indicate an intention on the part of Parliament to limit the ambit of the term “employee” found within *GECA*. This leads me to consider Canada Post’s submission that the Appeals Tribunal failed to consider the evidence regarding the intent of the parties, including the evidence pertaining to the wording on the back of the vouchers issued by Canada Post to workers such as the claimant.

VII. The Intent of One or Both Parties – A Relevant Factor?

[42] Canada Post submits the Appeals Tribunal erred in failing to take into account the intention of the parties when rendering its decision. I acknowledge the jurisprudence of the Federal Court of Appeal holding that the common intention of the parties is a relevant consideration when it comes to deciding whether a taxpayer should be treated as an employee or an independent contractor. However, I am not prepared to subscribe to the view that the intention of one of the parties (Canada Post) is a relevant factor when the evidence referred to in support of that position is self-serving. I do not doubt that Canada Post has always regarded replacement drivers and paid assistants as non-employees and has taken every measure possible to arrange the working relationship in a manner that embodies the features typically attributable to independent contractors (e.g., the wording placed on the back of vouchers). But the law does not embrace the proposition that simply because an employer proclaims workers to be non-employees, those workers must be deemed to be such. Further analysis is required.

[43] In *Royal Winnipeg Ballet v. Minister of National Revenue*, 2006 FCA 87, [2006] F.C.J. No. 339 (QL), the Federal Court of Appeal was divided as to whether a common intention on the part of the Winnipeg Ballet and its dancers to classify the latter as independent contractors was a relevant consideration for purposes of classifying the status of their relationship. The ballet company had sought a ruling from the Minister on the issue for the purpose of determining whether it had any legal obligation to pay contributions in regard to the Canada Pension and Employment Insurance schemes. The

parties' common intention was set out in the contract of engagement and both parties had acted in accordance with their agreement. The Minister ruled the dancers were employees and, therefore, the ballet company was obligated to make the necessary contributions. The Minister's ruling was upheld by the Tax Court. On appeal, the majority of the Federal Court of Appeal reversed that decision, holding that the expressed common intent was a relevant but not determinative consideration. So too was the fact that the dancers had acted in accordance with the agreement. Evidence of the parties' understanding of their contractual arrangement was to be examined and given "appropriate weight", and the failure of the Tax Court judge to do so was found to constitute error. The minority disagreed on the ground the common law of contract attaches little, if any, significance to parties' understanding of, or stated intention about, the legal nature of their relationship. Hence, the minority was not prepared to reverse the Tax Court's finding that the dancers were properly classified as employees.

[44] In Barnacle and Wood, *Employment Law in Canada, supra*, at 2-15, the authors acknowledge that "courts are prepared to give greater weight to contractual self-descriptions under the *Income Tax Act*", citing *Wolf v. Canada*, 2002 FCA 96, [2002] F.C.J. No. 375 (QL). Canada Post also cited two Tax Court decisions in which the common intent of the parties, as manifested in an agreement, together with conduct consistent with that agreement, was deemed a relevant consideration when assessing the true nature of the relationship for the purposes of determining whether the taxpayer was engaged in insurable and pensionable employment under the *Employment Insurance Act* and the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, respectively: *Prue v. Minister of National Revenue*, 2011 TCC 9, [2011] T.C.J. No. 14 (QL); *Smith v. Minister of National Revenue*, 2011 TCC 20, [2011] T.C.J. No. 16 (QL) and see also *Combined Insurance Company of America v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2007 FCA 60, [2007] F.C.J. No. 124 (QL).

[45] As to this Court's position on the effect of a written agreement and the parties self-classification of their working relationship, in a non-tax case, it was held in *Joey's Delivery*:

In other cases, the parties to the working relationship will have executed a written agreement. That document can be used to supplement viva voce evidence, provided that the written word corresponds with the manner in which the parties actually conduct themselves. In these cases, the law is concerned with what people actually do and not what they agreed to do. More importantly, the law will not blindly accept the classification label the parties have placed on their relationship. This follows from the equitable doctrine that form does not prevail over substance. For example, one cannot label a document a "lease" that in law is regarded a "licence". The nature of a working relationship is a legal problem that is to be resolved by legal analysis, not agreement. [para. 79]

[46] Regardless of what was decided in *Royal Winnipeg Ballet* and the Tax Court cases noted above, this is not a case where Canada Post can validly argue a common intent on the part of Canada Post and the claimant to classify the latter as an independent contractor. Aside from what is written on the back of the vouchers supplied to all paid assistants, a matter I shall deal with shortly, nearly all of the evidence which Canada Post cites in support of a common intention is self-serving and indicative of a unilateral intent to treat all replacement drivers and paid assistants as non-employees. To wit: during the time the claimant was engaged as a replacement driver or paid assistant, no deductions were made for taxes, CPP or EI contributions; at the end of each year the claimant was not issued a T4 slip, as is expected in the case of an employee and, at the end of service, persons such as the claimant do not receive a Record of Employment, which is needed to access employment insurance benefits. As would be expected, Canada Post did not provide paid assistants with sick leave, dental or medical coverage or give credit with respect to statutory holidays. In my view, evidence showing that the employer has consistently treated a worker as a non-employee is not evidence of a common intention.

[47] The leads me to consider whether the wording on the back of the vouchers issued by Canada Post is sufficient to establish a common intent on its part and that of workers, such as the claimant, to establish the relationship of independent contractor. In

its written submission to this Court, Canada Post also draws attention to the fact the claimant received written communication of the terms and condition of her independent contractor status when she applied for a contract identification number. While there appear to be English precedents to support Canada Post's position (e.g., *Stevedoring & Haulage Services Ltd. v. Fuller & Ors.*, 2001 EWCA Civ. 651), I am mindful of the Canadian approach as expressed by Barnacle and Wood in *Employment Law in Canada*: "It is also submitted that the Canadian approach of giving little weight to express contractual self-descriptions in the employment sphere makes eminent sense, given the disparity of power in most employment relationships" (at 2-15). To the extent that the voucher can be looked on as a contract of adhesion, and on the facts of the present case, I would give no weight to the words on the back of the voucher except for the purpose of showing that the employer has consistently treated the worker as an employee. The same reasoning applies to the written confirmation Canada Post provided the claimant when applying for a contract identification number. In my view, the statutory definition of employee, found in *GECA*, cannot be overridden by a contractual provision, and this is true irrespective of whether both parties express a common intent and the agreement would be otherwise enforceable at common law. In other words, if a statute directs or infers that the classification issue will be determined in accordance with common law principles, the parties cannot override that directive by agreeing to a classification that is incompatible with the proper application of those principles.

VIII. The Common Law Framework

[48] Before turning to Canada Post's argument directed at the "reasonableness" of the Appeals Tribunal's decision, it is instructive to look at the common law framework which the Tribunal was obligated to apply. In that regard, the Appeals Tribunal examined the Supreme Court's decision in *Sagaz* and this Court's decision in *Joey's Delivery*. The following analysis is intended to shore up two propositions: (1) the Appeals Tribunal correctly articulated the legal framework set out in *Sagaz*; and (2) the framework set out in *Joey's Delivery* is consistent with that framework, except in one respect, which is not material to the outcome of the present case.

[49] The lead decision of the Supreme Court with respect to the analytical framework to be applied when deciding whether a worker is an employee or an independent contractor is *Sagaz Industries Canada Inc, supra*. The case involved the issue of whether Sagaz, a supplier of goods to Canadian Tire, was vicariously liable for the acts of bribery perpetrated by a consultant whom Sagaz had retained to assist in securing Canadian Tire's business. The plaintiff in the underlying action was the supplier who had lost the supply contract with Canadian Tire. Following its review of the case law and the various tests that had developed, the Supreme Court of Canada concluded that there was no "universal test" to determine whether a person is an employee or an independent contractor. The Supreme Court also agreed with the late MacGuigan J.A. in *Wiebe Door Services Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1986] 3 F.C. 553 (C.A.), that what must occur is a search for the total relationship of the parties. In *Wiebe Door*, MacGuigan J.A. held:

[I]t is exceedingly doubtful whether the search for a formula in the nature of a single test for identifying a contract of service any longer serves a useful purpose.... The most that can profitably be done is to examine all the possible factors which have been referred to in these cases as bearing on the nature of the relationship between the parties concerned. Clearly not all of these factors will be relevant in all cases, or have the same weight in all cases. Equally clearly no magic formula can be propounded for determining which factors should, in any given case, be treated as the determining ones. [p. 563]

[50] The Supreme Court acknowledged the "control test" as an early attempt to deal with the classification issue, which in turn led to the articulation of a fourfold test known as the "entrepreneur test", first applied by Lord Wright in *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (P.C.). The test requires the decision-maker to examine the factors of: (1) control; (2) ownership of the tools; (3) chance of profit; and (4) risk of loss. Control itself is not conclusive. The Supreme Court in *Sagaz* also agreed that a persuasive approach to the classification issue was that taken by Cooke J. in *Market Investigations Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.). The Supreme Court went on to express the central question as follows:

Although there is no universal test to determine whether a person is an employee or an independent contractor, I agree with MacGuigan J.A. that a persuasive approach to the issue is that taken by Cooke J. in *Market Investigations*, supra. The central question is whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account. In making this determination, the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor. However, other factors to consider include whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers, the degree of financial risk taken by the worker, the degree of responsibility for investment and management held by the worker, and the worker's opportunity for profit in the performance of his or her tasks. [para. 47]

[Emphasis added.]

[51] The Supreme Court's analysis in *Sagaz* concludes with the following notations: (1) that the factors cited therein constitute a non-exhaustive list; (2) there is no set formula as to their application; and (3) the relative weight of each will depend on the particular facts and circumstances of each case (para. 48). But I am acutely aware that the Supreme Court's analysis is premised on the identification of the policy considerations underlying the imposition of vicarious liability. Those policy considerations assist in determining whether the doctrine should be applied in a particular case. The first policy consideration is that vicarious liability provides a just and practical remedy to people who suffer harm as a consequence of wrongs perpetrated by an employee. The "deep pockets" justification on its own does not accord with an inherent sense of fairness. What is relevant is the fact that the employer is often in the best position to spread the losses through mechanisms like insurance and higher prices. The second policy consideration is deterrence of future harm, as employers are often in a position to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. In my view, these policy considerations explain why the element of control takes on greater significance in cases involving the question of vicarious liability.

[52] The decision of this Court in *Joey's Delivery* predates the Supreme Court's decision in *Sagaz* by a few months. Hence, anything that was said in the former

case must be measured against what was said in the latter. That said, the analytical framework outlined in *Joey's Delivery* is, in my view, consistent with what was said in *Sagaz*, except in one respect. In *Joey's Delivery*, this Court rejected the “business organization test”, sometimes referred to as the “integration test”. In *Sagaz*, the Supreme Court acknowledged the criticisms leveled against the test, but accepted the proposition set out in *Wiebe Door* that the organization could, in some cases, be of assistance. Otherwise, the framework set down in *Joey's Delivery* does not contradict or detract from the Supreme Court’s pronouncement. For example, *Joey's Delivery* formulated the central question in terms of whether workers are “carrying on business for themselves” (paras. 96-97).

[53] To the extent that the Supreme Court in *Sagaz* was prepared to look at policy considerations relevant to the application of the doctrine of vicarious liability, so too did *Joey's Delivery* recognize that it is permissible for administrative tribunals and courts to approach the classification issue in light of the particular policy objectives of the statute in question. As noted earlier, this proposition was based on the Supreme Court’s decision in *Pointe-Claire, supra*. In that case, it was held permissible for an administrative tribunal to determine “employer” status in light of the particular policy objectives underscoring the statute in question. The Supreme Court went on to hold that temporary workers supplied to a unionized employer by an agency became employees of the unionized employer. The result was held to be harmonious with the policy goal of extending collective bargaining rights to a relatively powerless group of workers. In short, *Joey's Delivery* acknowledges the jurisprudence which recognizes the relevance of the policy goals that underscore federal or provincial legislation which limits the availability of benefits to those who qualify as employees. Thus, for example, in cases involving minimum employment standards legislation, one should not be surprised to see that any reasonable doubt as to the proper classification of a worker will be resolved in favour of the worker: see *Imperial Taxi Brandon, supra*, and the analysis offered in Barnacle and Wood, *Employment Law in Canada*, at 2.3, explaining the purposive approach to classifying a working relationship. In practical terms, I agree with the proposition that the purposive approach will be used to swing the balance in favour of

declaring a worker as an employee in cases where there is a genuine and reasonable doubt as to the proper classification.

[54] *Joey's Delivery* formulated the central question in the same manner as the Supreme Court did in *Sagaz*: Is the person who has been engaged to perform the services performing them as a person in business on his or her own account? To make that determination, the decision-maker must examine a number of factors, including that of "control". The Court in *Joey's Delivery* goes on to examine control in terms of its classical elements: (1) a person's power to direct the thing to be done; (2) the means by which it will be done; (3) the way it will be done; and (4) directing the time; and place it will be done (para. 76). The Court pointed out that the modern law generally eliminates the third criterion and instead emphasizes "control" in the sense of directing the residual "when and where" of the work as opposed to the manner of its completion (para. 76). The elimination of the third criterion seems to logically follow, at least in cases involving professional employees and other highly skilled workers who exercise considerable discretion when deciding how tasks are to be performed. The employer is more concerned with assigning tasks and their date of completion than with the way in which results are achieved: see *Joey's Delivery* at para. 76 and *Wiebe Door* at paras. 6-7.

[55] Two other aspects of the control factor are discussed in *Joey's Delivery*. First, the Court observed that workers who provide services at a designated business location, whether on a full-time, part-time or casual basis are instinctively or intuitively classified as employees (para. 77). Thus, it comes as no surprise that much of the litigation involves workers who are required to perform tasks away from the employer's business premises, as is true in the present case. In such cases, the question is whether the employer engaging the worker continues to exercise sufficient control to warrant his or her classification as "employee". The second aspect of the control factor identified in *Joey's Delivery* is the proposition that control may be measured in terms of the restrictions placed on workers that make them incapable of carrying on business on their own behalf (para. 78). For example, a restriction on a person's right to perform work for others, which is a hallmark of the independent contractor, seriously challenges the notion

that the worker is an independent contractor (the exclusivity factor). One expects the independent contractor to be one who offers his or her marketable services either on a part-time or full-time basis. Even if no such restriction exists, consideration will be given to the realities of the working relationship: e.g. whether the worker *de facto* continues to work exclusively for one employer. The same reasoning holds true in respect of restrictions that prevent the worker from sub-delegating tasks (the sub-delegation factor). If it is agreed that the worker has an unfettered right to use a replacement worker, the proper inference shifts to the understanding the worker is an independent contractor.

[56] Putting aside the concept of control, the decision-maker is left to consider the remaining three factors outlined by Lord Wright in *Montreal Locomotive Works Ltd*: (1) ownership of tools; (2) chance of profit; and (3) risk of loss. In *Joey's Delivery*, the Court observed these three factors are inextricably related and their function is to assist in determining whether a worker is carrying on business on his or her own account. The Privy Council also made some general observations. It is easier to claim status as an independent contractor if capital expenses have been incurred. In theory, one must ensure the income stream is sufficient to defray the cost of capital investments. For this reason, independent contractors are exposed to a greater risk of financial loss than are employees, whose principal concern is with respect to fair remuneration and access to private and public benefits.

[57] As noted in the introductory paragraphs of these reasons, the difficulty in applying the classical tenets of the common law framework for assessing the status of a working relationship is exacerbated by the shift from the classical form of employment: full-time regular work of indefinite duration for time-based pay that qualifies for employee benefits, be they public or private in nature. In response to concerns of competitiveness and cost-efficiency, the classical employer has turned to outsourcing or to the retention of part-time and casual workers. Indeed, there are those authors and commentators who have advanced an intelligent argument that the common law approach to the task of classifying a working relationship is simply unresponsive to the significant restructuring of Canadian workplaces, including the increased use of part-time workers.

These matters were touched on in *Joey's Delivery*, but are better addressed in Barnacle and Wood, *Employment Law in Canada*; Judy Fudge, "New Wine into Old Bottles?: Updating Legal Forms to Reflect Changing Employment Norms" (1999) 33 U.B.C.L. Rev. 129 and Judy Fudge, "Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation" (2006) 44 Osgoode Hall L.J. 609. See also G.W. Adams, "Towards a New Vitality: Reflections on 20 Years of Collective Bargaining Regulation" (1991) 23 Ottawa L. Rev. 139.

[58] In response to the restructuring of Canadian workplaces, one would expect an adjudicative body to carefully scrutinize relationships in which one of the parties has unilaterally deemed the other to be self-employed. It is not difficult for employers to restructure a working relationship to emulate the legal characteristics of the independent contractor, that is to say, one who falls within the category of self-employed. This is particularly true in cases where the services being provided need not be performed at the employer's business address, thereby giving the appearance that the person being retained is no longer under the control of the person who does the retaining. As discussed in *Joey's Delivery*, too much of the jurisprudence dealing with employment status is concerned with those who use their own vehicles when providing services to the other contracting party. Of course, the vehicle is regarded as a capital investment and provides a springboard to the argument that the contractee has more to gain or lose than an employee.

[59] While significant changes to the common law are the prerogative of the Supreme Court and legislatures, one cannot help but observe that too frequently counsel approach the status issue in narrow terms of whether the claimant possesses the characteristics of an employee, as reflected in the classical model of a bilateral contract of subordination. This approach is often taken at the expense of or to the exclusion of the question whether the surrounding circumstances support the inference that a claimant has the potential to realistically qualify as a self-employed entrepreneur. Let me explain.

[60] Ultimately, those called on to assess the true nature of any working relationship must address a fundamental question which flows naturally from the host of legal factors outlined above: Objectively and realistically speaking, does the claimant have the potential to gain more as an entrepreneur (independent contractor) than as an employee? Alternatively stated, the underlying question is whether the working relationship provides the claimant with the opportunity to achieve economic security and success. The thesis underlying these questions is not complicated. No reasonable person would go into business for herself or himself unless the potential benefits outweigh the loss of benefits which are presently available to employees under provincial and federal legislation. It is the Supreme Court of Canada which has cast the central question in terms of whether the worker is performing services on his or her own account. The employer's argument that the worker is an independent contractor and, therefore, self-employed, must have an air of reality. It will not when the services being provided are not marketable to others or when the facts of the case reveal a part-time worker who is economically dependent on one employer: see Barnacle and Wood, *Employment Law in Canada*, at 2-28.

IX. The Reasonableness of the Appeals Tribunal's Decision

[61] To this point I have concluded the Appeals Tribunal's analysis was not infected with an error of law. However, Canada Post maintains the Appeals Tribunal overemphasized the factor of sub-delegation and failed to consider other indicia of employment. I regard this ground of appeal as a challenge to the reasonableness of the Appeals Tribunal's decision, all the while having due regard to the jurisprudence holding that similarly situated workers (replacement drivers) have been classified as independent contractors.

[62] Applying the review standard of reasonableness as articulated in *Dunsmuir*, we must inquire into two related qualities that render a decision reasonable: (1) the reasons reveal "justification, transparency and intelligibility" within the decision making process; and (2) whether the decision falls within a range

of “possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (para. 47). I should caution that, when dealing with questions of mixed law and fact, the application of the review standard of reasonableness does not involve a microscopic examination of each and every aspect of the Appeals Tribunal’s reasons in support of its ultimate conclusion. Such an intense analysis would lead one to ask whether the reviewing court had inadvertently moved from the application of the reasonableness standard to the correctness standard. The latter would involve, for example, a step-by-step analysis of the constituent elements of the common law framework applied when distinguishing between employees and independent contractors. I draw attention to the level of scrutiny required in cases involving the application of the reasonableness standard because of the recent and incisive comments of Binnie J. (concurring) in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association, supra*. His comments deserve more than a passing reference.

[63] In the *Alberta Teachers’* case, Binnie J. observed that the Supreme Court’s application of the reasonableness standard in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General), supra*, and *Dunsmuir* involved an “intensity of scrutiny [...] not far removed from a correctness analysis” (para. 85). In both cases, the Supreme Court was dealing with a question of statutory interpretation and the application of Driedger’s “golden rule” and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL). By contrast, Binnie J. noted that in cases involving a tribunal’s exercise of general policy or broad discretion, the Supreme Court applied the reasonableness standard with a “much less aggressive attitude” (para. 86, citing *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339).

[64] Respectfully, I do not read Binnie J.’s observations as an affirmation or resurrection of the earlier jurisprudence of the Supreme Court, suggesting that deference would be accorded a tribunal decision on a sliding scale. That approach was rejected in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*,

[1997] 1 S.C.R. 748, [1996] S.C.J. No. 116 (QL), which established the two deferential standards of reasonableness simpliciter and patent unreasonableness. Of course, *Dunsmuir* eliminated the latter standard. I interpret Binnie J.'s observation as one intended to force the reader to address a fundamental question: As a practical matter, how does the application of the reasonableness standard differ from the application of the correctness standard in cases involving the interpretation of a statute? Binnie J. suggested the difference is not great if one reviews the extensive analysis undertaken by the Supreme Court in two particular cases requiring the application of the reasonableness standard to a question of statutory interpretation. By contrast, if the tribunal is not dealing with a case requiring the application of accepted principles of statutory interpretation, but rather with a case involving the application of facts to a legal framework (questions of mixed fact and law), Binnie J. observed the level of scrutiny has not been as intense.

[65] From these observations, I glean the following. The application of the reasonableness standard to questions of mixed fact and law is not a license to engage in a *de novo* hearing before the Court of Appeal hearing in which counsel seeks to reargue each and every issue advanced but rejected or properly ignored by the administrative tribunal. For example, arguments that the tribunal failed to give "sufficient" weight to a relevant factor is nothing less than an open invitation for the reviewing court to reweigh all of the factors and to come to its own conclusion, thereby effectively bypassing the deference doctrine. Regardless of what review standard is being applied, counsel for the appellant must be prepared to identify the flaw in the tribunal's reasoning that warrants judicial intervention. Of course, there may be more than one alleged flaw. But as the number of alleged flaws grows, so too does the suspicion that the reviewing court is being asked to retry the case.

[66] The Appeals Tribunal's analysis begins with an acknowledgment that its central task is not to determine how Canada Post treated the paid assistants in the past. Instead, the Appeals Tribunal stated it must identify the proper legal framework and make appropriate findings of fact to be applied against the legal framework

identified. The Appeals Tribunal's decision contains extensive and accurate references to the relevant and binding jurisprudence (*Sagaz* and *Joey's Delivery*) and also to the tax jurisprudence cited by Canada Post. Here is a list of the Tribunal's primary and unchallenged findings of fact, relating to paid assistants:

- (1) While paid assistants are initially selected by RSMCs, who are employees of Canada Post, the former must still obtain a modified security clearance from Canada Post;
- (2) Canada Post issues each paid assistant with a "unique contractor number" and does not provide this group of workers with employee benefits;
- (3) All other documentation which Canada Post issues to paid assistants is consistent with classification as an independent contractor (ex., tax slip and vouchers);
- (4) Paid assistants are not issued photo identification;
- (5) Canada Post provides training to paid assistants;
- (6) Paid assistants are under no obligation to accept an offer to work from an RSMC, in which case it is up to the RSMC to find another qualified paid assistant;
- (7) Paid assistants may work for more than one RSMC;
- (8) Paid assistants who do agree to work must sign "in" and "out" at Canada Post's "workstation";
- (9) Paid assistants are not required to provide a vehicle or equipment ("tools");
- (10) Paid assistants are not permitted to sub-delegate a work assignment;
- (11) The RSMC, who is an employee of Canada Post, determines how the work will be carried out;

- (12) To obtain compensation, paid assistants must fill out a voucher which is returned to a Canada Post supervisor;
- (13) Paid assistants are not paid by RSMCs, but rather by Canada Post directly and once a month;
- (14) The claimant was remunerated at an hourly rate (\$12);
- (15) While paid assistants are not required to work exclusively for Canada Post, the claimant in this case effectively did so;
- (16) Canada Post cannot discipline or terminate paid assistants. Such matters are within the control of the RSMCs.

[67] Having regard to the above facts, the Appeals Tribunal had to address the central issue as framed by the Supreme Court in *Sagaz*: Is the person performing the services doing so on his or her business account? The shorthand question is whether the claimant was self-employed. To make that determination, the Appeals Tribunal had to deal with the matter of “control” having regard to the inapplicability of the policy considerations that come into play with respect to cases involving vicarious liability. Recall that the classical elements of control are: (1) a person’s power to direct the thing to be done; (2) the means by which it will be done; (3) the way it will be done; and (4) directing the time and place it will be done. Control is also to be measured by the worker’s ability to sub-delegate tasks. Whether the worker is obligated to or is, in fact, working exclusively for one employer is also a relevant consideration. Putting aside the concept of control, the Appeals Tribunal was left to consider the remaining three factors outlined by Lord Wright in *Montreal Locomotive Works Ltd*: (1) ownership of tools; (2) chance of profit; and (3) risk of loss. Having regard to this framework and the directions of the Supreme Court noted above, the Appeals Tribunal went about its task of deciding whether the claimant should be classified as an employee or independent contractor. There are three passages from its decision which accurately reflect its central reasoning for declaring the claimant an employee of Canada Post:

The Appeals Panel considers it a fiction – but a useful fiction from the appellant’s standpoint – to treat Ergonomic Paid Assistants as wholly independent contractors, rather than employees. The Ergonomic Paid Assistant brings nothing ‘to the table’ so-to-speak in pursuit of work which benefits [Canada Post]: no control over the work; no opportunity for profit (beyond an hourly wage); no ownership of tools. The assistant cannot sub-delegate the work to others. The assistant is paid directly by the appellant through the “voucher” system. As one of our Panel members pointed out during the questioning of [Canada Post’s] second witness, the arrangements involving RSMCs – formerly contractors, but now employees – in securing replacements, helpers and assistants is simply a “carry over” from the days before the RSMCs were unionized. We are now left with a system where an employee, controlled by [Canada Post] (or, in rare cases, her/his temporary replacement) is directing a person with a narrow task that benefits [Canada Post] and its employees most of all.

[...]

In any case, given the limited nature of the Ergonomic Paid Assistant’s work – handing out mail – the claimant has no “more to gain than the typical employee who is concerned only with the receipt of a fair wage for a day’s work”, and no greater risk of lost investment or opportunity to profit from sound management than any employee of [Canada Post].

[...]

The Appeals Panel has concluded that the Ergonomic Paid Assistant is not involved in an independent business venture on his or her own account, but simply provides a specific task for [Canada Post] in aid of [Canada Post’s] RSMCs. The claimant had no incorporated business associated with her work. She was present on mail deliveries to ensure that the mail driver was not injured by awkward straining while trying to effect deliveries. This function was exclusive to the appellant. It is unlikely that it is a marketable skill. While the hours the claimant worked each week may fall short of what has traditionally been viewed as “full-time hours”, the claimant was, essentially, working exclusively for [Canada Post] on an ongoing basis

providing ergonomic assistance to [Canada Post's] employee. The claimant could not sub-delegate her assigned work to others. [Appeals Tribunal decision, pp. 24-26] [Citations omitted.]

[68] The Appeals Tribunal went on to discuss the purposive approach to the issue, as discussed in *Joey's Delivery*, and concluded that although a paid assistant may be viewed as a "contractor" for some purposes (i.e. tax/insurable earnings/pensions), it was not to be so in cases where the legislation, such as *GECA*, seeks to provide a "safety net". Of particular relevance is the following passage from the Appeals Tribunal's decision:

The Appeals Panel certainly cannot ignore the "purposive" or "mischief" approach, in combination with all other factors. As previously stated, a liberal, inclusive approach to workers' compensation legislation is called for. So too, is a liberal, inclusive approach to ensuring that the protection of workers' compensation legislation is extended to a person in the claimant's circumstances to whom no discernible advantage accrues to being labeled an "independent contractor". [p. 28]

[Emphasis added.]

[69] While the Appeals Tribunal acknowledged that Canada Post had pointed to numerous facts that weighed against the employer/employee classification (e.g. lack of employee benefits), the Appeals Tribunal was also cognizant of "the limited, repetitive and controlled nature of the claimant's work calls for greater scrutiny of the working relationship" (p. 28).

[70] In brief, the Appeals Tribunal effectively concluded the claimant had little control over her work environment once she made the decision to work on a given day. An employee of Canada Post (an RSMC) exercised direct control over the claimant and it was Canada Post that exercised control over that employee. Parenthetically, this situation is no different from those in which the employee is subject to the control of a work supervisor. Moreover, no discernible advantage would accrue to the claimant were she declared an independent contractor. Certainly, there was no ownership of tools, no chance for profit beyond an hourly wage and no right to sub-delegate work to a third

party. All of these factors led the Appeals Tribunal to conclude that the claimant was not self-employed and that it was unreasonable to expect her specific skill-set could lead to self-employment. The Appeals Tribunal answered the central question by deciding the claimant did not have the potential to gain more as an entrepreneur than as an employee.

[71] Recall that the review standard of reasonableness, as articulated in *Dunsmuir*, requires consideration of two interrelated qualities: (1) the reasons reveal “justification, transparency and intelligibility within the decision-making process”; and (2) “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (para. 47). In my view, both criteria are easily met. The allegation the Appeals Tribunal overemphasized the fact that the claimant is unable to sub-delegate work is not supported by the extensive reasons which the Appeals Tribunal crafted in response to a host of issues. The allegation that the same Tribunal failed to examine or consider other indicia of employment is not supportable. If what Canada Post means by “other indicia” is its consistent treatment of the claimant as a non-employee, the Appeals Tribunal properly found most of this evidence to be self-serving.

[72] In conclusion, the Appeals Tribunal’s ultimate finding that the claimant was an employee of Canada Post was one that was reasonably open to the Tribunal to make. The Appeals Tribunal rejected Canada Post’s plea that the claimant was self-employed because the plea was incongruous with the notion that work as a paid assistant provided the claimant with an opportunity of achieving economic security and success. On the record and on the facts, this finding comes within the category of “possible and acceptable outcomes” referred to in *Dunsmuir*.

X. Disposition

[73] I would dismiss the appeal.

LE JUGE ROBERTSON

I. Vue d'ensemble

[1] Le Tribunal d'appel établi en vertu de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, L.N.-B. 1994, ch. W-14, est arrivé à la conclusion que la demanderesse intimée était une « agente de l'État » au service de l'appelante, la Société canadienne des postes, au sens de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. 1985, ch. G-5, et non une entrepreneure indépendante. Lorsqu'elle s'est blessée, la demanderesse occupait un poste d'« auxiliaire en ergonomie payée » des factrices et facteurs ruraux et suburbains (FFRS). Ces derniers sont des employés syndiqués de Postes Canada. Les FFRS déposent le courrier dans les boîtes aux lettres en utilisant leur propre véhicule. Les auxiliaires payés occupent le siège du passager avant et placent le courrier dans les boîtes, ce qui permet au conducteur d'éviter de devoir se pencher du côté du passager pendant qu'il est au volant. Par suite de la décision du Tribunal d'appel, la demanderesse était admissible à recevoir et a bel et bien reçu des indemnités d'accident du travail conformément à la *Loi sur les accidents du travail* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13.

[2] En concluant que la demanderesse répond à la définition de l'expression « agente de l'État », le Tribunal d'appel a appliqué le cadre analytique que la Cour suprême du Canada a énoncé dans l'arrêt *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 CSC 59, [2001] 2 R.C.S. 983, ainsi qu'une décision que notre Cour a rendue six mois avant celle de la Cour suprême : *Joey's Delivery Service c. Nouveau-Brunswick (Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail)*, 2001 NBCA 17, 239 R.N.-B. (2^e) 300; autorisation d'appel à la CSC refusée, (2002), 250 R.N.-B. (2^e) 400, [2001] C.S.C.R. n^o 425 (QL).

[3] Postes Canada interjette appel de la décision du Tribunal d'appel. En ce qui concerne la norme de contrôle applicable, notre Cour a régulièrement suivi la proposition générale voulant que les décisions du Tribunal portant sur des questions de droit et sur des questions mettant en cause des allégations de manquements au devoir d'agir équitablement ne commandent aucune déférence. La norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte. Les questions mixtes de droit et de fait doivent être évaluées au moyen de la norme de la « décision raisonnable » tandis que les questions de fait sont soumises au critère de l'« erreur manifeste et dominante ». Ces points sont repris au paragraphe 18 des présents motifs.

[4] Postes Canada soutient que le Tribunal d'appel a commis une erreur à deux égards importants. En premier lieu, le Tribunal d'appel a accordé une importance exagérée au facteur de la sous-délégation et a omis de prendre en considération d'autres indices d'une relation d'emploi. Cette allégation constitue une contestation générale de la conclusion finale du Tribunal et elle nous amène à utiliser la norme de contrôle de la décision raisonnable. La seconde des erreurs importantes invoquées est liée au devoir d'agir équitablement. Postes Canada allègue que le Tribunal d'appel a manqué à ce devoir en refusant de tenir compte de deux décisions émanant de tribunaux administratifs (l'un du Manitoba, l'autre de la Colombie-Britannique). Ces décisions ont été présentées au Tribunal d'appel après l'audience, mais avant qu'il ne rende publique sa décision.

[5] Ces deux décisions de droit administratif mettent en cause des travailleurs de Postes Canada qui travaillent étroitement avec des auxiliaires payés (remplaçants des FFRS) dans des circonstances telles qu'il n'existe pas de différence importante dans leurs conditions respectives d'engagement. Dans chaque cas, il a été conclu que le demandeur était un travailleur indépendant, c'est-à-dire qu'il était à son propre compte. Postes Canada invoque ces deux décisions à l'appui de deux propositions distinctes. Premièrement, Postes Canada affirme que « l'intention des parties » est un facteur pertinent dont le Tribunal d'appel n'a cependant pas tenu compte. Deuxièmement, la loi habilitante de Postes Canada, la *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. 1985, ch. C-10, atteste de l'intention du Parlement de traiter les travailleurs telle la

demanderesse comme des entrepreneurs indépendants, réduisant ainsi la portée de l'expression « agent de l'État » définie dans la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* et, corrélativement, éliminant l'analyse libérale ou fondée sur l'objet qui est normalement adoptée pour interpréter la législation relative aux accidents du travail. Par conséquent, Postes Canada soutient que le Tribunal d'appel a également commis une erreur en adoptant l'analyse fondée sur l'objet. Puisque ces allégations soulèvent des questions de droit, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[6] En plus des deux décisions susmentionnées rendues par des tribunaux administratifs, Postes Canada continue à se fonder sur des décisions de la Cour canadienne de l'impôt qui ont été invoquées devant le Tribunal d'appel et discutées dans ses motifs. Dans chacune de ces causes, la Cour a conclu que les conducteurs qui remplacent les factrices et facteurs ruraux sont des entrepreneurs indépendants et qu'ils n'occupent donc pas, par exemple, un emploi assurable au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23. Dans chaque cause, la Cour de l'impôt a examiné l'intention des parties, qui a été jugée comme un facteur pertinent, ainsi que l'effet des dispositions de la *Loi sur la Société canadienne des postes*. Collectivement, ces décisions, comme celles des tribunaux des accidents du travail du Manitoba et de Colombie-Britannique, amènent légitimement à se demander comment il se fait qu'un travailleur occupant un emploi analogue au Nouveau-Brunswick puisse être déclaré comme ayant le statut d'agent de l'État dans la mesure où la cohérence demeure l'une des véritables caractéristiques du droit. Cette absence de cohérence peut être attribuée à plusieurs sources. Pour les besoins du présent arrêt, il me suffit d'en examiner trois.

[7] La première source est liée à une question préliminaire dont le Tribunal d'appel a pleinement traité mais qui n'est pas portée en appel devant notre Cour. Je m'explique. Compte tenu de la jurisprudence provenant d'autres provinces, le Tribunal d'appel a conclu qu'il possédait la « compétence » voulue pour déterminer le statut d'un demandeur sous le régime de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. Postes Canada avait fait valoir qu'il appartenait à bon droit au gouvernement fédéral et à son ministère des ressources humaines de déterminer la situation d'emploi. Si l'argument

avait été accepté, on peut raisonnablement présumer que, s'agissant de la situation d'emploi, les personnes effectuant le même travail à Postes Canada ou pour son compte seraient placées dans la même catégorie. Mais comme « l'argument relatif à la compétence » de Postes Canada n'a pour l'instant été accepté dans aucune des provinces dans lesquelles la question a été soulevée, le précédent de portée générale reste applicable. Chaque commission et tribunal d'appel provincial a l'obligation de statuer sur la question de la situation d'emploi d'un demandeur. Avant tout, il faut souligner qu'il n'a pas été demandé à notre Cour de passer outre à la conclusion selon laquelle la Commission provinciale conserve la compétence initiale en matière d'évaluation de la situation d'emploi. (En ce qui concerne la jurisprudence relative à la question préliminaire, voir *Canadian Broadcasting Corporation c. Luo*, 2009 BCCA 318, [2009] B.C.J. No. 1559 (QL); *Thomson c. Workers' Compensation Board (Nova Scotia)*, 2002 NSCA 58, [2002] N.S.J. No. 207 (QL); *Cape Breton Development Corporation c. Estate of James Morrison*, 2003 NSCA 103, [2003] N.S.J. No. 353 au par. 14 (QL) et *Canada (Royal Canadian Mounted Police) c. Rees*, 2005 NLCA 15, [2005] N.J. No. 103 (QL). Sur la question de savoir si la question préliminaire est une « véritable question de compétence », voir l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] A.C.S. n° 61 (QL), en particulier le par. 31.

[8] Il existe une autre explication logique à l'absence apparente de cohérence qui caractérise la jurisprudence. Les paramètres de la common law sont suffisamment souples pour permettre à des personnes raisonnables de parvenir à des conclusions différentes sur la base de situations de fait semblables. Cela vient du fait que l'exercice auquel il faut se livrer oblige à examiner et à concilier des facteurs concurrents essentiellement liés à l'application de principes de common law. Toutefois, c'est l'érosion constante du modèle classique du statut de l'employé à partir duquel se sont développés les principes de common law qui rend vraiment le processus décisionnel plus difficile. Au cours des 30 dernières années, la tendance a été de s'éloigner de l'emploi régulier à plein temps de durée indéfinie, et de favoriser l'emploi en fonction du temps de travail, qui permet de bénéficier des avantages sociaux, qu'ils soient de nature publique ou privée. Cette tendance se caractérise en partie par l'engagement de travailleurs à temps

partiel ou occasionnels et par une restructuration des relations de travail ayant pour but de faire en sorte que les travailleurs aient l'air d'être « à leur compte ». Ces formes modifiées de liens d'emploi sont caractérisées par une absence de sécurité du revenu pour les travailleurs et sont recherchées dans le but de réduire les coûts supportés par les employeurs en les dispensant de l'obligation de participer et de contribuer au coût des régimes de sécurité sociale nationaux et provinciaux, dont l'indemnisation des accidents de travail. En réponse à cette évolution, la plupart des tribunaux examinent très soigneusement les relations de travail dans le but de veiller à ce que les employeurs ne désavantagent pas injustement des travailleurs en disant faussement d'eux qu'ils sont « à leur compte ». Dans cette veine, notre Cour a adopté une analyse libérale ou fondée sur l'objet pour interpréter des mesures législatives qui accordent des avantages aux employés seulement : *Joey's Delivery*, précité. En pratique, l'application de l'analyse fondée sur l'objet a pour effet de faire pencher la balance en faveur du travailleur dans les cas où il existe un véritable doute.

[9] La troisième source du manque de cohérence entre la décision que le Tribunal d'appel a rendue en l'espèce et ce qui a été décidé dans d'autres instances judiciaires et administratives est liée à l'argument de Postes Canada selon lequel le Tribunal d'appel a omis de tenir compte d'un facteur pertinent, à savoir l'intention des parties. Bien qu'il existe une jurisprudence à l'appui de la proposition selon laquelle l'intention commune de l'employeur et du travailleur est une considération pertinente pour déterminer la situation d'emploi, en vérité, il n'existe aucune preuve convaincante de l'existence d'une telle intention dans la présente instance. Postes Canada tente plutôt de démontrer que la déclaration unilatérale par laquelle un employeur décide de refuser le statut d'employé à des travailleurs constitue une considération pertinente. En conformité avec cette déclaration, Postes Canada présente des éléments de preuve attestant qu'elle a toujours traité les auxiliaires payés comme des personnes qui n'avaient pas le statut d'employé (par ex. en ne leur remettant pas de formules T4). Le Tribunal d'appel a déclaré que ces éléments de preuve étaient surtout « intéressés » et je ne suis pas disposé à déclarer qu'il a commis une erreur en le faisant. Le manque de cohérence dans la jurisprudence s'explique également par le fait que le Tribunal d'appel a implicitement

rejeté l'argument de Postes Canada voulant que certaines dispositions de sa loi habilitante attestent de l'intention du législateur de traiter comme des non-employés les personnes dont les fonctions sont analogues ou identiques à celles dont la demanderesse s'acquittait en l'espèce. À mon avis, le Tribunal n'a commis aucune erreur en la matière. Il en découle que la présente cause s'écarte de la jurisprudence dans laquelle on est arrivé à une conclusion différente. Corrélativement, il s'ensuit qu'il n'existe aucun fondement pour rejeter l'application d'une analyse libérale ou fondée sur l'objet pour interpréter la définition de l'expression « agent de l'État » que renferme la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. Par conséquent, le Tribunal d'appel ne peut être blâmé pour avoir accepté cette analyse même si d'autres décideurs sont arrivés à des conclusions différentes. Cela suppose que son application était nécessaire pour faire pencher la balance en faveur de la demanderesse.

[10] Finalement, après avoir conclu que l'analyse du Tribunal d'appel n'est pas entachée d'une erreur de droit, je conclus que sa décision satisfait à la norme de contrôle de la décision raisonnable et que par conséquent, l'appel devrait être rejeté. En un mot, le raisonnement que le Tribunal a suivi pour conclure que la demanderesse n'exerçait pas une activité commerciale à son propre compte mais travaillait plutôt comme une employée occasionnelle ou à temps partiel que Postes Canada payait 12 \$ l'heure répond à la description de la décision raisonnable qui est énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Cette conclusion cadre parfaitement avec la conclusion expresse du Tribunal selon laquelle la demanderesse n'aurait tiré aucun avantage apparent d'une déclaration portant qu'elle était une entrepreneure indépendante. Comme le Tribunal d'appel l'a si judicieusement fait observer, il est peu probable que le travail d'auxiliaire payé effectué par la demanderesse puisse être qualifié d'« aptitude monnayable ». Si l'on a l'intention d'invoquer la notion de common law de l'« entrepreneur indépendant » à l'appui d'une conclusion qu'un travailleur est à son compte, l'argument doit avoir une certaine vraisemblance – qui doit reposer sur l'hypothèse générale sous-jacente que l'entrepreneur indépendant a plus à gagner en étant un entrepreneur qu'en étant un employé.

II. Le contexte

[11] Postes Canada est une société sous réglementation fédérale établie en vertu de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, et un employeur autoassuré soumis à la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* et également à la *Loi sur les accidents du travail* du Nouveau-Brunswick. En résumé, notre province administre le régime d'indemnisation conformément à la législation provinciale et les employeurs fédéraux doivent rembourser les coûts engagés à la Commission. Les services de la demanderesse intimée, M^{me} Carroll, étaient retenus parfois à titre de remplaçante d'un FFRS et parfois à titre d'auxiliaire payée d'un FFRS. Avant l'année 2004, Postes Canada engageait tous les facteurs travaillant dans des régions rurales à titre d'entrepreneurs indépendants plutôt que d'agents de l'État/d'employés. À compter de l'année 2004, leur statut a changé. Postes Canada a accepté ces travailleurs à titre d'agents de l'État/d'employés et a conclu une convention collective avec leur syndicat. Il existe deux autres groupes de travailleurs dont les fonctions découlent de celles qui sont effectuées par les FFRS. Premièrement, ces facteurs ruraux sont autorisés à trouver des travailleurs/conducteurs remplaçants les jours où ils sont eux-mêmes dans l'impossibilité d'assurer leurs fonctions. Deuxièmement, il existe un groupe de travailleurs qui aident les facteurs ruraux et leurs remplaçants. Ces travailleurs sont appelés des « auxiliaires en ergonomie payés ». Cette catégorie de travailleurs a vu le jour en 2006 en raison des problèmes que pose l'emplacement des boîtes aux lettres dans les régions rurales, apparemment à cause des invalidités qu'il entraîne. Les auxiliaires payés sont engagés pour placer le courrier dans les boîtes aux lettres situées le long des routes à partir du siège avant droit du véhicule de livraison des FFRS ou des conducteurs remplaçants, ce qui permet à la personne qui est au volant de ne pas avoir à se pencher du côté du siège du passager pour placer le courrier dans la boîte située en bord de route. Selon la preuve, le recours à des auxiliaires payés devait être une mesure temporaire, mais cela n'a pas été le cas. Toutefois, les travailleurs remplaçants et les auxiliaires payés continuent à être traités comme des entrepreneurs indépendants, un fait que confirment les clauses de la convention collective passée entre Postes Canada et les FFRS. Comme je l'ai indiqué plus haut, la demanderesse était parfois engagée à titre de factrice remplaçante et parfois à titre d'auxiliaire payée. À

l'époque où la demanderesse a subi une lésion de la coiffe des rotateurs, elle travaillait comme auxiliaire payée. Effectivement, la demanderesse travaillait exclusivement pour Postes Canada.

[12] La demanderesse a déposé sa demande d'indemnisation auprès de la Commission du Nouveau-Brunswick le 18 septembre 2007. Ressources humaines et Développement des compétences Canada a alors informé la Commission qu'il ne considérait pas la demanderesse comme une agente de l'État/employée de Postes Canada. La Commission en a décidé autrement et a accepté la demande. Le 27 janvier 2009, Postes Canada a déposé auprès du Tribunal d'appel un appel qui a été entendu le 17 juin 2010. Comme nous l'avons vu plus haut, Postes Canada a soulevé une question relative à la compétence en se demandant quel était l'organe habilité à statuer sur la question de la situation d'emploi. Dans des motifs exhaustifs, le Tribunal d'appel a conclu que la Commission était l'organe compétent. S'agissant de la situation d'emploi, pour trancher la question, le Tribunal d'appel a cité à la fois la jurisprudence de la Cour canadienne de l'impôt, qui avait déjà qualifié les conducteurs/facteurs remplaçants d'entrepreneurs indépendants, et les règles de la common law conformément aux décisions que la Cour suprême et notre Cour ont respectivement rendues dans les arrêts *Sagaz* et *Joey's Delivery*.

[13] Dans sa décision, le Tribunal d'appel énumère les faits non contestés suivants. Postes Canada n'a jamais considéré les conducteurs remplaçants et les auxiliaires payés comme des agents de l'État/employés. Ils ne bénéficient d'aucun avantage social et aucun prélèvement n'est effectué sur leur salaire au titre de l'impôt sur le revenu, de l'assurance-emploi, du Régime de pensions du Canada, des cotisations syndicales ou des autres déductions exigées des personnes que Postes Canada traite comme des agents de l'État/employés. La demanderesse était payée 12 \$ l'heure. À la fin de chaque année, Postes Canada remet aux conducteurs remplaçants et aux auxiliaires une formule T1204, plutôt qu'une formule T4, qu'elle remet aux agents de l'État/employés. Le paiement des services rendus par les remplaçants et les auxiliaires est effectué au moyen d'un système basé sur la présentation de bons plutôt que sur le

versement d'un salaire périodique. Ces bons sont soumis à un superviseur de Postes Canada. C'est Postes Canada qui paye les facteurs remplaçants et les auxiliaires en ergonomie payés. Bref, il n'existe aucun échange d'argent entre les FFRS et leurs remplaçants ou leurs auxiliaires en ergonomie payés. La demanderesse était payée chaque mois par Postes Canada. Au dos des bons se trouve une inscription indiquant que la personne engagée ne saurait être considérée comme un agent de l'État/employé et qu'il lui incombe d'obtenir et de conserver une assurance contre les accidents du travail ou toute autre assurance susceptible d'être exigée dans la province.

[14] Une fois qu'on les a trouvés, les facteurs remplaçants et les auxiliaires en ergonomie payés reçoivent des [TRADUCTION] « numéros d'entrepreneur uniques ». Tout comme les autres employés de Postes Canada, les facteurs remplaçants et les auxiliaires doivent obtenir une autorisation sécuritaire, mais il semblerait qu'ils suivent une procédure différente et ne reçoivent pas de documents d'identité à photo. Les facteurs remplaçants et les auxiliaires en ergonomie payés reçoivent aussi une formation différente. Les conducteurs remplaçants et les auxiliaires payés n'ont pas l'obligation d'accepter quelque tâche particulière que ce soit. S'ils décident d'accepter une affectation, ils sont tenus de signer un registre au « poste de travail » de Postes Canada à leur arrivée et à leur départ. Ils peuvent accepter ou refuser une affectation et Postes Canada ne peut leur imposer aucune sanction disciplinaire. Les FFRS sont les seuls à avoir le droit de leur imposer une telle sanction. Toutefois, contrairement aux FFRS, il est interdit aux facteurs remplaçants et aux auxiliaires en ergonomie payés de sous-déléguer une tâche qui leur a été assignée. Une fois leur service terminé, ces personnes ne reçoivent pas de Relevé d'emploi, ce qui constitue une condition préalable à l'obtention de prestations d'assurance-emploi au Canada.

[15] Nous en sommes au stade où le lecteur s'attend à ce qu'on lui présente un résumé du raisonnement et des conclusions du Tribunal d'appel. Dans les circonstances de la présente instance, je crois plus judicieux de reporter cette tâche jusqu'à ce que des questions de droit bien distinctes aient été examinées et convenablement tranchées. La meilleure façon de traiter de la substance de la décision du Tribunal d'appel consiste à

examiner la contestation fondée sur le motif que la décision ne satisfait pas à la norme de contrôle de la décision raisonnable.

III. Les questions en litige

[16] Dans son avis d'appel, Postes Canada allègue que le Tribunal d'appel a commis deux erreurs. Premièrement, le Tribunal a commis une erreur en concluant que la demanderesse était une agente de l'État au sens de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. Deuxièmement, le Tribunal a manqué à son devoir d'agir équitablement en refusant d'accepter et de prendre en considération deux décisions rendues après la clôture de l'audition de l'appel. La première de ces décisions a été rendue par la Commission d'appel du Manitoba. Elle a été rendue publique le jour même où l'audition de l'appel au Nouveau-Brunswick arrivait à son terme. La seconde décision émane du Workers' Compensation Appeal Tribunal de la Colombie-Britannique. Elle a été communiquée deux mois et demi après la clôture de l'audience au Nouveau-Brunswick, mais avant que le Tribunal d'appel ne rende sa décision publique.

[17] La première question soulevée par Postes Canada a été précisée en appel devant notre Cour. Postes Canada allègue qu'en évaluant l'ensemble des rapports liant les parties, le Tribunal d'appel a omis de tenir compte de [TRADUCTION] « [l']intention des parties » et de certains [TRADUCTION] « indices caractéristiques de la relation d'emploi ». Il va de soi que la seconde allégation nous invite simplement à peser de nouveau les facteurs mêmes que le Tribunal d'appel a pris en considération. La portée véritable de l'argument de Postes Canada est que la décision du Tribunal d'appel du Nouveau-Brunswick va à l'encontre de la jurisprudence des tribunaux du Manitoba et de la Colombie-Britannique, de la jurisprudence de la Cour canadienne de l'impôt et, dans une moindre mesure, d'une décision de la Cour d'appel fédérale. Cela nous ramène au refus du Tribunal d'appel de tenir compte de la valeur de précédent des deux décisions rendues publiques par des tribunaux administratifs après la clôture de l'audition de l'appel, mais avant que le Tribunal ne rende officiellement sa décision conformément au par. 21(10) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation*

des accidents au travail. C'est ce refus qui sert de fondement à l'allégation que le Tribunal d'appel a manqué à son devoir d'agir équitablement.

IV. La question de la norme de contrôle

[18] Avec l'adoption par voie législative du régime d'assurance en milieu de travail en 1918, les décisions de la Commission des accidents du travail portant sur des questions de droit et de compétence étaient contrôlées selon la norme de la décision correcte. En vertu de la *Workmen's Compensation Act*, S.N.B. 1918, ch. 37, par. 33(1) et art. 35, le législateur néo-brunswickois déclarait que les décisions de la Commission sur des questions de droit et de fait étaient [TRADUCTION] « définitives et péremptoires », sous réserve seulement d'un droit d'appel direct à la Cour d'appel, avec l'autorisation d'un juge de la Cour du Banc de la Reine, au sujet d'une question de droit ou de compétence de la Commission. En vertu de la loi en vigueur en 1973, les décisions de la Commission étaient expressément réputées être définitives et non susceptibles de révision devant un tribunal, sous réserve d'un droit d'appel devant notre Cour sur des questions de droit et des questions relatives à la compétence : voir la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13, par. 34(1) et 36(2). Le Tribunal d'appel a été établi en 1989 (L.N.-B. 1989, ch. 65, art. 5). La loi modificative déclarait définitives les décisions du Tribunal d'appel, sous réserve uniquement d'un appel devant notre Cour sur une question de droit ou de compétence. En 1994, on a adopté une loi modificative qui dotait le Tribunal d'appel du statut d'instance décisionnelle indépendante. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* actuelle établit un « dernier droit d'appel » devant le Tribunal d'une décision rendue par la Commission. Le paragraphe 21(12) de cette *Loi* prévoit également que toutes les décisions du Tribunal d'appel sont définitives, sous réserve seulement d'un appel devant notre Cour concernant une question de droit ou de compétence.

[19] La jurisprudence néo-brunswickoise reconnaît généralement que dès le commencement, notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte aux questions de droit et de compétence. De fait, certaines des toutes premières causes sont antérieures à

l'élaboration de la doctrine moderne de la retenue judiciaire. Dans l'arrêt *Lanteigne c. Workmen's Compensation Board* (1973), 7 R.N.-B. (2^e) 36, [1973] A.N.-B. n^o 112 (C.S.N.-B., Div. d'appel) (QL) et *Crothers c. Martin et al.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 59, [1982] A.N.-B. n^o 392 (C.A.) (QL), notre Cour a émis l'hypothèse que la norme de la décision correcte était la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne les questions de droit. Certes, ce n'est qu'en 1994 que notre Cour a expressément soulevé la question de la norme de contrôle dans l'arrêt *Spellman c. Gulf Operators Ltd. et al.* (1994), 143 R.N.-B. (2^e) 382, [1994] A.N.-B. n^o 27 (C.A.) (QL). S'exprimant au nom de la Cour, le juge en chef Hoyt a confirmé le droit tel qu'il avait été présumé être dans des décisions antérieures : voir également *Martin c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 319, [1998] A.N.-B. n^o 263 (C.A.) (QL). Par la suite, dans l'arrêt *Gallant c. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 98, [2000] A.N.-B. n^o 320 (C.A.) (QL), notre Cour, par l'entremise du juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre), a été invitée à confirmer ses arrêts antérieurs.

[20] Je ne veux aucunement laisser entendre que les autres facteurs énoncés dans l'affaire *Dunsmuir* ont été laissés de côté ou que l'existence d'un droit d'origine législative d'interjeter appel d'une décision d'un tribunal portant sur une question de droit a été jugée déterminante dans le choix de la norme de contrôle : voir l'analyse exhaustive effectuée dans l'arrêt *Keddy c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail, Corporation hospitalière de la Région 3 et Anne Brown*, 2002 NBCA 24, 247 R.N.-B. (2^e) 284. Par exemple, s'agissant d'un appel sur une question de droit, il est impossible de mettre tout simplement de côté le fait que jusqu'à une date récente, aucun membre du Tribunal d'appel n'avait de formation juridique. Le Tribunal n'a pas non plus été guidé, dans ses solutions aux questions de droit, par un conseiller juridique indépendant dont les services avaient été retenus par le Tribunal d'appel. C'est dans ce contexte qu'il faut aborder la question de l'expertise du tribunal, sans se laisser influencer par des présomptions fondées, par exemple, sur des réalités propres aux tribunaux administratifs fédéraux chargés de régir des secteurs comme l'énergie, les transports ou les communications. Bref, tant que le cadre analytique qui sert

à déterminer quelle est la norme de contrôle applicable sera fondé sur le postulat que la recherche de la norme appropriée est une recherche de l'intention du législateur, la jurisprudence néo-brunswickoise restera fidèle à celle de la Cour suprême.

[21] À ce stade, je désire faire mention de la décision récente que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, précité, au par. 39, dans lequel a été adoptée la présomption que l'interprétation par un tribunal administratif de sa « loi constitutive » commande la déférence en vertu de la norme de la décision raisonnable. Entre parenthèses, et à titre de précision, il faut noter que cette cause ne vise pas l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive ou d'une loi connexe. De plus, la majorité des questions soulevées dans ce pourvoi sont liées à des principes de common law sur lesquels la Cour suprême continue à exercer un contrôle et une supervision sur le plan doctrinal, comme en témoigne l'application de sa décision dans l'arrêt *Sagaz*. La présente instance n'est pas une affaire dans laquelle il faut se demander si le cadre analytique énoncé dans cette cause est d'« importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » ou soulève simplement une « question de droit générale » : voir *Dunsmuir*, précité, et *Alberta Teachers' Association*, précité, pour la première citation et *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] A.C.S. n° 53 (QL), au par. 24, pour la seconde.

[22] Comme on pouvait s'y attendre, la jurisprudence néo-brunswickoise reconnaît que les décisions des tribunaux administratifs portant sur une question mixte de droit et de fait (l'application d'un cadre analytique à des conclusions non contestées relatives à des faits prouvés directement) commandent la déférence suivant la norme de la décision raisonnable comme cela a été énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir*. La norme qui préside au contrôle des questions de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante. Le contrôle des questions de fait concorde avec la notion qu'une erreur de fait manifeste et dominante représente une erreur de droit, ainsi qu'avec le par. 21(9) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* : voir en général *Brun c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des*

accidents au travail (N.-B.) (1996), 183 R.N.-B. (2^e) 172, [1996] A.N.-B. n^o 507 (C.A.) (QL), *VSL Canada Ltd. c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail et Duguay et autres*, 2011 NBCA 76, 376 R.N.-B. (2^e) 292; *Stewart c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2008 NBCA 45, 331 R.N.-B. (2^e) 278; *City of Saint John c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick et Rowe*, 2008 NBCA 83, 338 R.N.-B. (2^e) 213 et *Corporation de production Énergie Nouveau-Brunswick c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick et Dashwood*, 2011 NBCA 47, 374 R.N.-B. (2^e) 230.

V. Manquement au devoir d'agir équitablement

[23] Il faut se demander pourquoi le Tribunal d'appel n'a pas accusé réception des deux décisions de droit administratif que lui a présentées Postes Canada après l'audience et indiqué que des copies avaient été remises aux trois membres du comité pour que chacun d'eux en prenne connaissance. Au moyen d'une lettre, le Tribunal d'appel a répondu que le président, conformément aux directives que le conseil d'administration de la Commission avait adoptées en vertu du par. 20(2) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, avait décidé que les deux décisions ne seraient pas prises en considération étant donné que le comité avait déjà pris sa décision immédiatement après la clôture de l'audience.

[24] Je vais traiter brièvement, et de façon schématique, de l'allégation voulant que le Tribunal d'appel ait manqué à son devoir d'agir équitablement. Premièrement, j'accueillerais une motion permettant aux deux parties d'introduire une preuve par affidavit portant sur des affaires postérieures à l'audience qui ont trait à l'allégation de Postes Canada. Deuxièmement, je note que Postes Canada n'a pas demandé au Tribunal de rouvrir l'audience dans le but de faire des observations orales liées aux deux décisions de droit administratif. Postes Canada n'a pas non plus demandé qu'on lui donne la possibilité de déposer un mémoire traitant de ces décisions. Troisièmement, les deux

causes qui ont été citées à la Commission n'ont pas force obligatoire et ne signifient pas qu'il y a eu une modification importante ou fondamentale du droit comme ce serait le cas si la Cour suprême du Canada avait rendue publique une décision après l'audition d'un appel ressortissant au droit administratif. Quatrièmement, les deux décisions de droit administratif confortent et renforcent simplement les arguments que Postes Canada avait invoqués devant le Tribunal d'appel en se fondant sur des décisions de la Cour canadienne de l'impôt, décisions dont le Tribunal d'appel a fait mention dans ses motifs. Finalement, étant donné que notre Cour est en mesure de réfléchir à la valeur de précédent des deux décisions de droit administratif, l'application de la norme de contrôle de la décision correcte rend superflue une analyse approfondie par notre Cour de la jurisprudence suivante : *Joey's Delivery* aux par. 37-39; *Mattina c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2005 NBCA 8, 279 R.N.-B. (2^e) 104; *Levac c. Canada (Forces armées canadiennes)*, [1992] A.C.F. n^o 618 (C.A.F.) (QL); *Mladenov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n^o 66 (C.F. Can., 1^{re} inst.) (QL); *Vairavanathan c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n^o 1025 (C.F. Can., 1^{re} inst.) (QL) et *1247550 Ltd. (c.o.b. Can-Fix Auto) c. Ontario (Ministry of the Environment)*, [2008] O.E.R.T.D. No. 42 (QL).

VI. La notion d'agent de l'État/d'employé dans la législation fédérale et provinciale pertinente

[25] Le cadre analytique qui permet de déterminer si des personnes qui se trouvent dans la situation de la demanderesse doivent être traitées comme des agentes de l'État/employées plutôt que comme des entrepreneures indépendantes se compose de quatre sources possibles : (1) la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, (2) la *Loi sur la Société canadienne des postes*, (3) la *Loi sur les accidents du travail* et (4) la common law. À titre de proposition générale, il n'est pas fallacieux d'observer que les législateurs fédéral et provinciaux continuent à se fonder essentiellement sur les paramètres de la common law pour différencier les agents de l'État/employés des entrepreneurs indépendants.

[26] Le droit d'un travailleur fédéral de revendiquer des indemnités d'accident du travail en vertu d'une loi provinciale dépend de la notion d'« agent de l'État » qui est énoncée dans la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, et non de la loi sur les accidents du travail de la province en cause : voir *Nurnber c. Workers' Compensation Board (N.S.) et al.*, 2004 NSCA 83, [2004] N.S.J. No. 242 (QL). En cas de contradiction entre les textes de loi fédéral et provincial, c'est le texte de loi fédéral qui l'emporte. Cela s'explique non pas par la doctrine de la suprématie, mais parce que la définition de l'expression « agent de l'État » dans la loi fédérale est ce qui compte lorsqu'il est question de personnes travaillant pour des employeurs régis par la loi fédérale. Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* prévoit, entre autres choses, qu'il est versé une indemnité à un agent de l'État qui est blessé ou devient invalide par suite d'une maladie professionnelle. Aux termes du par. 4(2), ces employés de l'État ont droit à l'indemnité aux taux et aux conditions dont bénéficient les travailleurs de la province en vertu du régime provincial. Toutefois, c'est l'art. 2 de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* qui renferme une définition de l'expression « agent de l'État ». L'article 2 est ainsi libellé :

« agents de l'État » Personnes :

a) qui sont au service de Sa Majesté et rémunérées directement par celle-ci ou en son nom;

b) occupant une charge ou un emploi dans [...] une personne morale [...]chargé[e] d'exécuter une mission pour le compte du gouvernement du Canada et que le ministre, avec l'agrément du gouverneur en conseil, déclare être des agents de l'État pour l'application de la présente loi[.]

[27] On aurait pu penser que l'alinéa a) s'applique aux travailleurs qui font partie de la bureaucratie du gouvernement fédéral et, en particulier, à ceux qui sont engagés par les différents ministères. Il s'agit des personnes qui sont rémunérées directement (voir également le par. 13(1) of la *Loi sur la Société canadienne des postes*). Quoi qu'il en soit, il n'y a cependant rien dans cet alinéa qui puisse nous aider dans notre recherche d'une définition pratique de l'expression « agent de l'État ». Pour ce qui est de

l'alinéa *b*), j'aimerais attirer votre attention sur le décret en conseil C.P. 1981-2248, qui a été adopté le 19 août 1981. Le décret prévoit simplement que [TRADUCTION] « les dirigeants et employés de la Société canadienne des postes sont des agents de l'État aux fins de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* ». Manifestement, on ne s'attendrait pas à ce qu'un arrêté ministériel de désignation précise que la demanderesse possède le statut d'agente de l'État au service de Postes Canada ou est privée de ce statut. Entre parenthèses, on peut parfaitement se demander si un arrêté ministériel pourrait désigner certaines catégories de travailleurs des postes comme n'étant pas des agents de l'État.

[28] En résumé, ni la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, ni le décret du Conseil privé ne nous fournissent quelques paramètres ou lignes directrices que ce soit sur la façon d'évaluer si quelqu'un qui travaille dans la sphère fédérale est un agent de l'État par opposition à un entrepreneur indépendant. En l'absence d'autres mesures législatives fédérales, cette détermination doit être largement fondée sur l'application des principes de la common law. J'utilise le terme « largement » parce qu'il est reconnu en droit que dans son interprétation du concept d'origine législative d'agent de l'État, le décideur doit adopter une analyse fondée sur l'objet visé, ou libérale, une analyse qui est par exemple compatible avec les objets de la loi conférant les avantages. C'est la conclusion qu'a tirée la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Cape Breton Development Corporation*, précité, lorsqu'elle s'est penchée sur la notion d'agent de l'État sous le régime de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* :

[TRADUCTION]

Le libellé de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* se veut général et inclusif parce qu'il a pour objet d'accorder aux personnes qui travaillent dans la sphère fédérale des indemnités d'accident du travail qui sont conformes aux textes respectifs des lois sur les accidents du travail des différentes provinces. L'objectif du Parlement qui consiste à faire concorder une loi fédérale avec un grand nombre de lois provinciales serait plus difficile à atteindre si la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* devait être interprétée de manière plus étroite que ne le permettrait son sens naturel. À l'instar d'autres lois sur les

accidents du travail, elle doit être interprétée de manière libérale et en faveur de tous les travailleurs qui relèvent d'elle. [Par. 14]

[29] Avant de passer à l'examen des dispositions de la *Loi sur la Société canadienne des postes* qui, est-il allégué, ont une incidence sur la notion d'agent de l'État au sens de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, je dois souligner que la *Loi sur les accidents du travail* du Nouveau-Brunswick n'utilise pas l'expression « agent de l'État » mais plutôt le terme « travailleur ». De fait, dans les présents motifs, j'emploie le terme « travailleur » pour parler d'une personne qui peut être admissible à des indemnités soit à titre d'agent de l'État/employé, soit à titre d'entrepreneur indépendant. Je justifie cet écart par le fait que les travailleurs provinciaux ne sont pas en cause dans la présente instance, de sorte que je dois utiliser le terme « travailleur » comme un terme technique. L'important, c'est que la définition du terme « travailleur » dans la législation provinciale est aussi peu révélatrice que la définition de l'expression « agent de l'État » dans la loi fédérale. Je m'explique.

[30] Selon la définition de la *Loi sur les accidents du travail*, le terme « employeur » comprend toute personne qui « utilise, en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage, [...] les services d'un travailleur engagé dans un travail quelconque ». Le terme « travailleur » est ensuite défini comme désignant toute personne qui « a conclu un contrat de louage de services ou d'apprentissage ». En résumé, pour avoir la qualité d'employeur, il faut avoir des travailleurs à son emploi (les *Règlements* exigent un minimum de trois travailleurs : voir le *Règlement sur l'exclusion de travailleurs – Loi sur les accidents du travail*, Règlement du Nouveau-Brunswick 82-79, par. 3(1)). Certes, dans sa version anglaise, la définition du terme « employer » vise ceux qui engagent des personnes en vertu d'un « contract of hire » [contrat de louage de services] alors que la définition du terme « travailleur » fait état des personnes qui ont conclu un « contract of service » [contrat de service], mais la distinction est sans importance. Un contrat de louage de services (contract of hire) est un contrat de travail. Pour les fins qui nous intéressent, il est important de reconnaître que la loi provinciale doit se fonder sur les principes de la common law régissant les relations d'emploi afin de

déterminer qui est un « travailleur », tout comme le fait la loi fédérale lorsqu'il s'agit de déterminer qu'une personne appartient à la catégorie des « agents de l'État/employés ». En même temps, l'analyse fondée sur l'objet visé (aussi dite libérale), qui préside à l'interprétation de la loi sur les accidents de travail et qui a été adoptée dans l'arrêt *Cape Breton Development Corporation*, l'a également été au Nouveau-Brunswick relativement à la *Loi sur les accidents du travail : Joey's Delivery* aux par. 56-59, citant les arrêts *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, [1997] A.C.S. n° 41 (QL) et *Imperial Taxi Brandon (1983) Ltd. c. Hutchinson*, [1987] M.J. No. 551 (C.A.) (QL). En pratique, l'analyse libérale ou fondée sur l'objet signifie que les cas limites seront tranchés en faveur des travailleurs qui sont déclarés comme ayant le statut d'agent de l'État/employé : voir l'ouvrage de Barnacle et Wood, *Employment Law in Canada* (Markham, Ont. : LexisNexis, 2005), à la p. 2-7.

[31] Il nous reste donc à déterminer quel est l'effet de la *Loi sur la Société canadienne des postes* sur la définition de l'expression « agent de l'État » qui se trouve dans la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. En résumé, les dispositions de la première de ces deux lois sont invoquées à l'appui de la proposition voulant que l'intention du Parlement n'était pas que les conducteurs remplaçants et les auxiliaires payés soient traités comme des agents de l'État. L'argument est le suivant. L'article 12 de la *Loi sur la Société canadienne des postes* prévoit que la Société peut employer le personnel et retenir les services des mandataires et autres personnes « qu'elle estime nécessaires à l'exercice de ses activités; elle peut en outre fixer les conditions d'emploi ou de prestation de services correspondantes et verser les rémunérations afférentes ». Le paragraphe 13(5) de cette même *Loi* prévoit ensuite que « [p]our l'application de la partie I du *Code canadien du travail* à la Société ainsi qu'à ses dirigeants et employés, les entrepreneurs postaux sont réputés n'être ni des entrepreneurs dépendants ni des employés au sens du paragraphe 3(1) du code ». Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Société canadienne des postes* définit un « entrepreneur postal » comme « [t]oute personne partie à un contrat d'entreprise avec la Société pour la transmission des envois ». Le par. 3(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, définit un « employé », aux fins de la seule partie I, comme toute « [p]ersonne travaillant pour un

employeur; y sont assimilés les entrepreneurs dépendants et les agents de police privés. Sont exclus du champ d'application de la présente définition les personnes occupant un poste de direction ou un poste de confiance comportant l'accès à des renseignements confidentiels en matière de relations du travail ». La mention au par. 13(5) de la partie I du *Code canadien du travail* et la définition du terme « employé » au par. 3(1) sont importantes car la partie I vise les droits des travailleurs de se syndiquer et de négocier collectivement.

[32] Les observations de Postes Canada ainsi que la jurisprudence confirment les faits historiques suivants. Avant 2004, et en vertu de ce qui est aujourd'hui le par. 13(5) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, Postes Canada adoptait la position que les « entrepreneurs » engagés pour livrer le courrier dans les régions rurales tombaient sous le coup de cette disposition et que de ce fait, ils ne pouvaient être considérés comme des employés, ce qui les empêchait de se syndiquer et de bénéficier des avantages des négociations collectives en vertu des dispositions du *Code canadien du travail*. Cette position a été confirmée en 1987 par une décision de la Cour d'appel fédérale : *Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada*, [1987] A.C.F. n° 1142 (C.A.) (QL). De fait, la Cour d'appel fédérale a annulé une décision du Conseil canadien des relations du travail déclarant que les facteurs ruraux étaient des employés. Le Conseil a déterminé que le par. 13(6) de la *Loi sur la Société canadienne des postes* [maintenant le par. 13(5)] ne s'appliquait pas aux facteurs ruraux, mais plutôt, par exemple, aux personnes qui acheminaient le courrier par camion entre les villes. Après avoir appliqué la norme de contrôle de la décision correcte, la Cour d'appel fédérale n'a eu aucun mal à conclure que c'est à tort que le Conseil avait décidé que les facteurs n'étaient pas des « entrepreneurs postaux » au sens du texte de loi fédérale. Par la voix du juge d'appel Hugessen, la Cour d'appel fédérale a tenu le raisonnement suivant :

Le Conseil est indubitablement habilité à déclarer qui est ou n'est pas un employé, mais ce pouvoir est circonscrit en l'espèce. Le législateur, en déterminant que des personnes d'une certaine catégorie ne sont pas des

employés soumis à l'application de la Partie V [aujourd'hui la Partie I) du Code même si elles peuvent l'être dans les faits, a restreint le pouvoir du Conseil de les déclarer employés. Ainsi, toute déclaration du Conseil selon laquelle les entrepreneurs postaux étaient des employés serait sans effet vu la disposition contraire du législateur.

[33] Après la décision de la Cour fédérale, Postes Canada a continué à recourir à des entrepreneurs indépendants (FFRS) pour livrer le courrier dans les régions rurales. Ces entrepreneurs pouvaient passer un ou plusieurs contrats avec Postes Canada à tout moment donné et desservir des itinéraires ruraux multiples, et il leur appartenait d'engager leurs propres assistants. Toutefois, pour des raisons de service et de relations de travail, Postes Canada a par la suite décidé de résilier tous les contrats passés avec des entrepreneurs offrant des services dans les zones rurales et suburbaines et leur a offert de nouveaux « contrats de louage de services » à titre d'agents de l'État/employés de Postes Canada. Cet arrangement a été négocié en consultation avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes qui représentait aussi les facteurs de Postes Canada. Les négociations ont abouti à la signature d'une convention collective qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004. C'est ainsi que quelque 6 800 nouveaux agents de l'État/employés ont été engagés comme FFRS. Cela est vrai même si les FFRS accomplissaient en 2004 des tâches identiques à celles dont ils s'acquittaient en 2003 (voir *Plant c. Ministre du Revenu national*, 2007 CCI 453, [2007] A.C.I. n° 291, au par. 29 (QL)). Cependant, Postes Canada a continué à considérer les conducteurs remplaçants et les auxiliaires payés comme des entrepreneurs indépendants qui continuent d'être visés par le par. 13(5) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*. De fait, chacune des conventions collectives conclues entre Postes Canada et le syndicat qui représente les FFRS renferme une clause à cet effet. Par exemple, l'article 14.02 de la Convention collective 2006 prévoit que la remplaçante ou le remplaçant « n'est pas une employé ou un employé de la Société pendant qu'elle exécute cette tâche ».

[34] Dans l'affaire *Laperrière c. Ministre du Revenu national*, 2007 CCI 252, [2007] A.C.I. n° 170 (QL), la Cour canadienne de l'impôt a fait deux observations à mon

avis intelligentes relativement à la façon dont Postes Canada traite les FFRS et les conducteurs remplaçants. Premièrement, le juge de la Cour de l'impôt a trouvé étrange que bien que les FFRS soient maintenant traités comme des employés, ce ne soit pas le cas des conducteurs qui les remplacent alors même que ces derniers touchent exactement la même rémunération quotidienne pour effectuer les livraisons sur le même itinéraire, et reçoivent également la même allocation d'automobile. Deuxièmement, le juge de la Cour de l'impôt a noté qu'« il paraît curieux qu'une disposition d'une loi du Parlement [le par. 13(5)] puisse être écartée au moyen de quelques dispositions d'une convention collective » (par. 33). Lorsque notre Cour a attiré l'attention de l'avocate de Postes Canada sur cette observation, elle a répondu en faisant valoir que la situation d'emploi des FFRS ne contrevient pas au par. 13(5) puisque [TRADUCTION] « les FFRS n'ont pas des contrats d'entreprise; ils ont plutôt des contrats de travail » et sont donc des employés de Postes Canada. Si je comprends bien sa thèse, Postes Canada soutient que si elle passe des contrats avec les FFRS, étant entendu qu'ils seront traités comme des employés, ils doivent être traités comme tels en droit malgré le par. 13(5) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*. Certes, le statut juridique des FFRS n'est pas en cause dans le présent appel, mais il est important de reconnaître la portée véritable de l'argument de Postes Canada. Si Postes Canada a clairement exprimé l'intention de traiter certains travailleurs comme des entrepreneurs indépendants, cette intention constitue un facteur pertinent lorsque l'on utilise le cadre analytique approprié tiré de la common law pour déterminer à quelle catégorie appartient une relation de travail donnée. Je traiterai de la question dans une rubrique distincte.

[35] Je dois quand même déterminer si le par. 13(5) de la *Loi sur la Société canadienne des postes* a pour effet de restreindre la portée de la définition de l'expression « agent de l'État » dans la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. À mon avis, ce n'est pas le cas. En effet, aux termes du paragraphe 13(5), les entrepreneurs postaux sont tous réputés ne pas être des employés, non pas à toutes les fins, mais seulement aux fins des négociations collectives sous le régime de la Partie I du *Code canadien du travail*. Le paragraphe 13(5) ne s'applique ni à la Partie II, ni à la Partie III du *Code*. La Partie II traite des questions de santé et de sécurité au travail (à partir de l'art. 122), tandis que la

Partie III porte sur des questions comme la durée normale du travail, les salaires, les congés et les jours fériés (à partir de l'art. 166). En particulier, le par. 239.1(2) impose à chaque employeur fédéral l'obligation d'adhérer à un régime dont les modalités prévoient, à l'égard de l'employé qui s'absente du travail en raison d'un accident ou d'une maladie professionnels, le remplacement du salaire payable à un taux équivalent à celui prévu aux termes de la loi sur les accidents du travail en vigueur dans la province de résidence permanente de l'employé. Il est également important d'observer que si la Partie I du *Code canadien du travail* renferme sa propre définition du terme « employé » au par. 3(1), il en va de même de la Partie II. L'article 122 définit le terme « employé » comme une « [p]ersonne au service d'un employeur ». Là encore, toutefois, cette définition circulaire ne nous apprend rien. Par contre, la Partie III ne renferme aucune définition du terme « employé », mais définit seulement le terme « employeur » qui est une « [p]ersonne employant un ou plusieurs employés » (art. 166).

[36] À mes yeux, l'adoption du par. 13(5) de la *Loi sur la Société canadienne des postes* par le Parlement ne révèle qu'une seule intention claire : les « entrepreneurs postaux » ne doivent pas être traités comme des employés aux fins de négociations collectives sous le régime de la Partie I du *Code canadien du travail*. Cette disposition déterminative n'a pas été étendue à la Partie II ou à la Partie III du *Code*. En particulier, la *Loi sur la Société canadienne des postes* ne prévoit pas que les facteurs sont réputés ne pas être des employés aux fins de l'application des dispositions de la Partie III du *Code canadien du travail*, partie qui impose aux employeurs fédéraux l'obligation de fournir à leurs employés une assurance contre les accidents du travail. La seule inférence raisonnable qui puisse être tirée est que le Parlement entendait que la question de savoir si les entrepreneurs postaux devaient être placés dans la catégorie des employés ou dans celle des entrepreneurs indépendants aux fins des Parties II and III soit tranchée par une autre instance. Franchement, quel homme politique avisé irait prendre la parole dans la Chambre des communes pour déclarer que les conducteurs remplaçants et les auxiliaires payés ne devraient pas bénéficier des protections minimales offertes par le *Code canadien du travail*?

[37] En ce qui concerne l'importance juridique d'une clause d'une convention collective selon laquelle les non-parties ne doivent pas être considérées comme des employés, je désire admettre ce qui est une évidence. Une clause d'une convention collective qui prévoit qu'une tierce partie est réputée être un entrepreneur indépendant ne saurait lier quelqu'un qui n'est pas partie à cette convention. Malheureusement, d'autres décideurs ont considéré les clauses de la convention collective conclue entre Postes Canada et le syndicat représentant les FFRS comme pertinentes pour trancher la question de la classification des conducteurs remplaçants. Au mieux, il est possible d'invoquer ces clauses à l'appui du fait que Postes Canada a toujours traité les conducteurs remplaçants comme n'étant pas des employés. Ceci nous ramènerait à l'argument de Postes Canada selon lequel l'intention commune des parties est une considération pertinente, un point que nous allons aborder un peu plus loin.

[38] Ayant conclu que les dispositions de la *Loi sur la Société canadienne des postes* et les clauses de la convention collective régissant Postes Canada et les FFRS ne restreignent pas la notion d'agent de l'État énoncée dans la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, je passe maintenant à la jurisprudence que Postes Canada a citée à l'appui de la thèse contraire et dont le Tribunal d'appel a refusé de tenir compte. La première cause est une décision datée du 8 septembre 2010 du Workers' Compensation Appeal Tribunal de la Colombie-Britannique (WCAT-2010-02423). Le WCAT se penchait sur une question commune soulevée dans trois appels : un FFRS remplaçant était-il un agent de l'État aux fins du par. 4(1) de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*? Dans des motifs approfondis et détaillés, le WCAT a déterminé que même si l'argument en faveur d'une classification des conducteurs remplaçants comme entrepreneurs indépendants était [TRADUCTION] « faible », il existait une preuve que l'intention du législateur fédéral était que ces travailleurs soient considérés comme des entrepreneurs indépendants plutôt que comme des agents de l'État (par. 107). Une telle intention était attestée par le par. 13(5) de la *Loi sur la Société canadienne des postes* et par les observations que le Ministre responsable de Postes Canada avait faites au moment où le Parlement étudiait le projet de loi, observations qui sont reprises dans *Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada*, précitée. Le WCAT a

également examiné et jugé pertinent le fait que le statut d'entrepreneur indépendant des travailleurs remplaçants avait fait l'objet de négociations collectives entre Postes Canada et le syndicat. Le WCAT a ensuite conclu que même si aucun de ces facteurs n'était en soi déterminant pour décider du statut des remplaçants, il fallait accorder [TRADUCTION] « un certain poids » à chacun d'eux (par. 107). Le WCAT s'est ensuite penché sur la [TRADUCTION] « question épineuse » de la mesure dans laquelle l'« analyse fondée sur l'objet » devrait être appliquée pour justifier l'existence généralisée d'une assurance contre les accidents du travail (par. 109). Sur le fondement de précédents judiciaires traitant du statut des travailleurs remplaçants, des antécédents connexes concernant leur classification et de l'effet du par. 13(5) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, le WCAT a conclu que l'adoption d'une analyse libérale ou fondée sur l'objet ne se justifiait pas. Après avoir examiné et pesé d'autres facteurs, le WCAT est arrivé à la conclusion que les travailleurs remplaçants devaient être classifiés comme des entrepreneurs indépendants. Finalement, le WCAT a indiqué qu'il souscrivait à la décision n° 52/2010 de la Commission d'appel du Manitoba, datée du 17 juin 2010.

[39] Une décision de la Commission d'appel du Manitoba (la décision n° 52/10) est l'autre cause que Postes Canada a portée à l'attention du Tribunal d'appel du Nouveau-Brunswick après l'audition de l'appel. Cette Commission examinait le statut des conducteurs remplaçants (tout comme le tribunal de la Colombie-Britannique). Dans une décision majoritaire, la Commission est arrivée à la conclusion que les conducteurs remplaçants étaient des entrepreneurs indépendants. Ce faisant, elle a reconnu que même si le par. 13(5) de la *Loi sur la Société canadienne des postes* n'est pas directement applicable pour les fins de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, la disposition traduit le statut général des facteurs, en l'absence de toute disposition législative ou de conditions d'emploi négociées. Toutefois, la majorité a ensuite déterminé que même si le par. 13(5) n'existait pas, selon la prépondérance des probabilités, le travailleur remplaçant demandeur était un entrepreneur indépendant, compte tenu des facteurs établis par la common law. À cet égard, la majorité a ensuite noté que la preuve étayait l'existence chez Postes Canada d'une intention d'engager le travailleur à titre d'entrepreneur indépendant, comme en témoignent à la fois la convention collective et les

bons que Postes Canada remet aux conducteurs remplaçants. Toutefois, la majorité a lancé une mise en garde en indiquant que ces faits ne permettaient pas de statuer de façon déterminante sur la question, car les travailleurs remplaçants n'étaient pas partie à la convention collective et n'avaient pas reçu copie des clauses pertinentes qu'elle renfermait. En ce qui concerne l'effet juridique des bons, la majorité s'est dite d'avis que malgré le témoignage du travailleur remplaçant attestant qu'il n'avait jamais lu le verso des bons et que personne ne lui en avait expliqué l'importance, le conducteur remplaçant aurait dû savoir que la relation d'emploi ne créait pas le type de relation de travail qui lui permettait de bénéficier des avantages habituellement offerts aux employés. La minorité a exprimé son désaccord, essentiellement pour le motif suivant : [TRADUCTION] « Dans tous les régimes d'indemnisation des accidents du travail, il est fondamental que toute personne effectuant un travail identique à celui qui est accompli par un autre travailleur jouissant d'une assurance en cas d'accident du travail doit également bénéficier de la même assurance ». Le membre dissident a ensuite fait observer : [TRADUCTION] « il n'est pas raisonnable que le fait d'effectuer le travail à titre de remplaçant temporaire d'un travailleur jouissant d'une garantie prive le remplaçant du droit de bénéficier de cette même garantie ».

[40] Les décisions du Manitoba et de la Colombie-Britannique citent et examinent toutes deux à l'appui de leurs conclusions deux affaires jugées devant la Cour canadienne de l'impôt : *Plant c. Ministre du Revenu national*, précitée, et *Laperrière c. Ministre du Revenu national*, précitée. Dans les deux cas, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que les conducteurs remplaçants étaient des entrepreneurs indépendants et que, par conséquent, ils n'occupaient pas un emploi assurable qui leur permettait de bénéficier des prestations offertes par la *Loi sur l'assurance-emploi*. Dans la même veine, voir *918855 Ontario Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1997] A.C.I. n° 664 (QL); mais voir également *Skipsey c. Ministre du Revenu national*, 2007 CCI 192, [2006] A.C.I. n° 569 (QL), où il a été conclu qu'un conducteur remplaçant était un employé de Postes Canada.

[41] Malgré la jurisprudence dont il a été question et qui a été citée ci-dessus, je dois rejeter la proposition voulant que les dispositions de la *Loi sur la Société canadienne des postes* indiquent que le Parlement avait l'intention de limiter la portée du terme « agent de l'État » qui se trouve dans la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. Ceci m'amène à examiner la prétention de Postes Canada voulant que le Tribunal d'appel ait omis de tenir compte de la preuve relative à l'intention des parties, notamment celle qui visait l'inscription figurant au verso des bons que Postes Canada remet aux travailleurs comme la demanderesse.

VII. L'intention de l'une ou des deux parties – un facteur pertinent?

[42] Postes Canada soutient que le Tribunal d'appel a commis une erreur en omettant de prendre en considération l'intention des parties lorsqu'il a rendu sa décision. Je conviens que selon la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale, l'intention commune des parties constitue un facteur pertinent pour déterminer si un contribuable devrait être traité comme un employé ou un entrepreneur indépendant. Toutefois, je ne suis pas disposé à souscrire à l'opinion que l'intention d'une des parties (Postes Canada) est un facteur pertinent lorsque la preuve dont il est fait mention à l'appui de cette thèse est intéressée. Je ne doute aucunement que Postes Canada ait toujours considéré les conducteurs remplaçants et les auxiliaires payés comme des non-employés et pris toutes les mesures possibles pour organiser les relations de travail d'une manière qui incorpore les caractéristiques habituellement attribuables aux entrepreneurs indépendants (par ex., l'inscription placée au verso des bons). Cependant, le droit ne souscrit pas à la proposition voulant que des travailleurs soient réputés être des non-employés pour la simple raison que leur employeur les proclame comme tels. Une analyse plus poussée est nécessaire.

[43] Dans l'arrêt *Royal Winnipeg Ballet c. M.N.R.*, 2006 CAF 87, [2006] A.C.F. n° 339 (QL), la Cour d'appel fédérale était divisée sur la question de savoir si une intention commune de la part du Royal Winnipeg Ballet et de ses danseurs de qualifier ces derniers d'entrepreneurs indépendants constituait une considération pertinente pour

déterminer leur statut. La compagnie de ballet avait demandé au Ministre de se prononcer sur ce point pour connaître ses obligations juridiques envers les danseurs au titre du Régime de pensions du Canada et de l'assurance-emploi. L'intention commune des parties était énoncée dans le contrat d'engagement et les deux parties avaient agi conformément à la convention qu'elles avaient conclue. Le Ministre a décidé que les danseurs étaient des employés et que de ce fait, la compagnie de ballet avait l'obligation de verser les cotisations voulues. La décision du Ministre a été confirmée par la Cour canadienne de l'impôt. En appel, la majorité de la Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision au motif que l'intention commune était certes un facteur pertinent, mais pas une considération déterminante. C'était également le cas du fait que les danseurs avaient agi conformément à la convention conclue. Il fallait toujours examiner les éléments de preuve qui traduisent la façon dont les parties ont compris leur contrat et leur accorder une « force probante », et il a été conclu que l'omission de le faire de la part du juge de la Cour canadienne de l'impôt constituait une erreur. Le juge minoritaire s'est dit en désaccord au motif que le droit des contrats en common law attache peu de poids, sinon aucun, à la façon dont les parties comprennent la nature juridique de leur relation et à l'intention qu'elles ont exprimée à ce sujet. Par conséquent, le juge minoritaire n'était pas disposé à annuler la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle les danseurs appartenaient bien à la catégorie des employés.

[44] Dans l'ouvrage de Barnacle et Wood intitulé *Employment Law in Canada*, précité, à la p. 2-15, les auteurs reconnaissent que [TRADUCTION] « les tribunaux sont disposés à accorder plus de poids à la description qu'une partie fait d'elle-même dans un contrat pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », citant *Wolf c. Canada*, 2002 CAF 96, [2002] A.C.F. n° 375 (QL). Postes Canada a également cité deux décisions de la Cour canadienne de l'impôt dans lesquelles il a été établi que l'intention commune des parties, manifestée dans une convention, associée à une conduite conforme à cette convention, constituait une considération pertinente pour évaluer la véritable nature de la relation de travail afin de déterminer si le contribuable occupait un emploi assurable et ouvrant droit à pension au titre de la *Loi sur l'assurance-emploi* et du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, respectivement : *Prue c. Ministre du Revenu national*,

2011 CCI 9, [2011] A.C.I. n° 14 (QL); *Smith c. Ministre du Revenu national*, 2011 CCI 20, [2011] A.C.I. n° 16 (QL), et voir également *Combined Insurance Company of America c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2007 CAF 60, [2007] A.C.F. n° 124 (QL).

[45] Pour ce qui est de la position que notre Cour a adoptée relativement à l'effet d'une convention écrite et à la manière dont les parties décrivent elles-mêmes leur relation de travail, dans *Joey's Delivery*, une affaire non fiscale, il a été précisé ce qui suit :

Dans d'autres cas, les parties auront conclu une convention écrite. Ce document peut servir à compléter les témoignages de vive voix, pourvu que l'écrit corresponde vraiment à la façon dont fonctionnent les parties. Dans ces cas, le droit s'intéresse à ce que les personnes font réellement et non à ce qu'elles ont convenu de faire. Fait encore plus important, le droit n'acceptera pas aveuglément la catégorie dans laquelle les parties classent leur relation. Cet élément découle de la doctrine en « equity » selon laquelle la forme ne l'emporte pas sur le fond. Par exemple, une personne ne peut pas qualifier de « bail » un document qui, en droit, est considéré comme un « permis ». La nature d'une relation de travail est un problème juridique, qui doit être résolu au moyen d'une analyse juridique et non d'une convention. [Par. 79]

[46] Indépendamment de ce qui a été décidé dans *Royal Winnipeg Ballet* et dans les causes susmentionnées de la Cour canadienne de l'impôt, dans la présente instance, il est impossible à Postes Canada de plaider valablement qu'elle-même et la demanderesse avaient l'intention commune de classer cette dernière comme une entrepreneure indépendante. En effet, en dehors de l'inscription qui figure au verso des bons remis à tous les auxiliaires payés, un point sur lequel je compte revenir un peu plus loin, la quasi-totalité de la preuve que Postes Canada cite à l'appui de l'existence d'une intention commune est intéressée et indicative d'une intention unilatérale de traiter l'ensemble des conducteurs remplaçants et des auxiliaires payés comme des non-employés, comme en témoigne ce qui suit : lors de la période pendant laquelle la demanderesse était engagée comme conductrice remplaçante ou auxiliaire payée, aucune déduction n'a été effectuée au titre des impôts, du RPC ou de l'assurance-emploi; à la fin

de chaque année, la demanderesse ne recevait pas de formule T4, comme c'est le cas d'une employée, et une fois qu'elles sont remerciées de leurs services, les personnes dans la situation de la demanderesse ne reçoivent pas de relevé d'emploi, un document qui est nécessaire pour demander des prestations d'assurance-emploi. Comme on pouvait s'y attendre, Postes Canada n'offrait pas aux auxiliaires payés des congés de maladie, un régime d'assurance dentaire ou médicale ou une rémunération des jours fériés. Selon moi, la preuve indiquant que l'employeur a systématiquement traité un travailleur comme un non-employé ne prouve en rien une intention commune.

[47] Ceci m'amène à me demander si l'inscription qui se trouve au verso des bons délivrés par Postes Canada est suffisante pour établir l'existence, chez elle et chez les travailleurs, comme la demanderesse, d'une intention commune de nature à prouver une relation d'entrepreneur indépendant. Dans le mémoire qu'elle a présenté à notre Cour, Postes Canada attire également l'attention sur le fait que la demanderesse a été informée par écrit des conditions de son statut d'entrepreneur indépendant lorsqu'elle a demandé un numéro d'identification de contrat. Bien qu'il semble exister en Angleterre une jurisprudence à l'appui de la thèse de Postes Canada (par ex., *Stevedoring & Haulage Services Ltd. c. Fuller & Ors.*, 2001 EWCA Civ. 651), je garde à l'esprit l'approche canadienne qui a été exprimée dans l'ouvrage de Barnacle et Wood intitulé *Employment Law in Canada* : [TRADUCTION] « On fait également valoir que l'approche canadienne, qui consiste à accorder peu de poids aux descriptions expresses des relations contractuelles que font les intéressés dans la sphère de l'emploi, est tout à fait logique, compte tenu de la disparité de pouvoir dans la plupart des relations de travail » (à la p. 2-15). Dans la mesure où on peut considérer le bon comme un contrat d'adhésion, et sur le fondement des faits de la présente instance, je n'accorderais aucun poids à l'inscription qui figure au verso du bon, sauf dans le but de démontrer que l'employeur a systématiquement traité la travailleuse comme une employée. Le même raisonnement s'applique à la confirmation écrite que Postes Canada a remise à la demanderesse lorsqu'elle a demandé un numéro d'identification de contrat. À mon avis, la définition législative de l'expression « agent de l'État » qui se trouve dans la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* ne peut être annulée par une clause contractuelle, et

cela reste vrai indépendamment du fait que les parties aient ou non exprimé une intention commune et que la convention serait autrement exécutoire en common law. En d'autres termes, si une loi ordonne ou laisse entendre que la question de la classification sera déterminée en fonction des principes de la common law, les parties ne peuvent passer outre à cette directive en convenant d'une classification incompatible avec la bonne application de ces principes.

VIII. Les paramètres de la common law

[48] Avant de passer à l'analyse de l'argument de Postes Canada concernant le « caractère raisonnable » de la décision du Tribunal d'appel, je crois instructif d'examiner les paramètres de la common law que le Tribunal était tenu d'appliquer. À cet égard, le Tribunal d'appel s'est intéressé à la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Sagaz* et à la décision de notre Cour dans l'arrêt *Joey's Delivery*. L'analyse qui va suivre a pour but d'étayer deux propositions : (1) le Tribunal d'appel a correctement présenté le cadre juridique énoncé dans l'arrêt *Sagaz* et (2) le cadre énoncé dans l'arrêt *Joey's Delivery* concorde avec ce cadre sauf sur un point qui n'est pas déterminant pour ce qui est de l'issue de la présente instance.

[49] La décision de principe de la Cour suprême relativement au cadre analytique qui doit être appliqué afin de déterminer si un travailleur est un employé ou un entrepreneur indépendant est l'arrêt *Sagaz Industries Canada Inc.*, précité. Dans cette cause, il s'agissait de déterminer si la responsabilité du fait d'autrui de Sagaz, qui fournissait des articles à Canadian Tire, était engagée en raison du système de pots-de-vin établi par un consultant dont Sagaz avait retenu les services afin d'obtenir la clientèle de Canadian Tire. La demanderesse dans l'action sous-jacente était le fournisseur qui avait perdu le contrat d'approvisionnement qu'il avait conclu avec Canadian Tire. Après avoir examiné la jurisprudence et les différents critères qui avaient été élaborés, la Cour suprême du Canada a conclu qu'il n'existait aucun « critère universel » pour déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. Elle a également souscrit à l'opinion du juge d'appel MacGuigan, aujourd'hui décédé, dans *Wiebe Door Services*

Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national), [1986] 3 C.F. 553 (C.A.), opinion selon laquelle il faut toujours déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles. Dans *Wiebe Door*, le juge d'appel MacGuigan s'est exprimé en ces termes :

[N]ous doutons fortement qu'il soit encore utile de chercher à établir un critère unique permettant d'identifier les contrats de louage de services [...]. La meilleure chose à faire est d'étudier tous les facteurs qui sont considérés dans ces causes comme des facteurs influant sur la nature des liens unissant les parties. De toute évidence, ces facteurs ne s'appliquent pas dans tous les cas et n'ont pas toujours la même importance. De la même façon, il n'est pas possible de trouver une formule magique permettant de déterminer quels facteurs devraient être tenus pour déterminants dans une situation donnée. [P. 563]

[50] La Cour suprême a fait état du « critère de contrôle » en indiquant qu'il s'agissait d'une des toutes premières tentatives pour régler les difficultés de classification, qui a ensuite abouti à l'énoncé d'un critère à quatre volets appelé le « critère de l'entreprise », lequel a été appliqué pour la première fois par lord Wright dans l'arrêt *Montreal c. Montreal Locomotive Works Ltd. et al.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (C.J.C.P.). Ce critère exige du décideur qu'il examine les quatre éléments suivants : (1) le contrôle, (2) la propriété des instruments de travail, (3) la possibilité de profit et (4) le risque de perte. Le contrôle en lui-même n'est pas concluant. Dans l'arrêt *Sagaz*, la Cour suprême a également convenu qu'une démarche convaincante en matière de désignation était celle que le juge Cooke avait suivie dans la décision *Market Investigations, Ltd. c. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (H.C. Angl., Div. du B. de la R.). La Cour suprême a ensuite posé la question centrale en ces termes :

Bien qu'aucun critère universel ne permette de déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant, je conviens avec le juge MacGuigan que la démarche suivie par le juge Cooke dans la décision *Market Investigations*, précitée, est convaincante. La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il

faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches. [Par. 47]

[Je souligne.]

[51] L'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Sagaz* se termine par les notes suivantes : (1) ces facteurs ne sont pas exhaustifs, (2) il n'y a pas de manière préétablie de les appliquer et (3) leur importance relative respective dépend des circonstances et des faits particuliers de l'affaire (par. 48). Toutefois, je sais pertinemment que l'analyse de la Cour suprême est fondée sur l'identification des considérations de politique générale qui sous-tendent l'imputation d'une responsabilité du fait d'autrui. Ces considérations de politique générale contribuent à déterminer si la doctrine devrait être appliquée dans une affaire donnée. La première considération est que la responsabilité du fait d'autrui fournit un recours juste et pratique à ceux qui ont subi un préjudice en raison des fautes commises par un employé. La justification de la « bourse bien garnie » ne concorde pas en soi avec ce qui est perçu comme étant foncièrement équitable. Ce qui est pertinent, c'est le fait que l'employeur est souvent le mieux placé pour répartir les pertes au moyen de mécanismes comme l'assurance et la hausse de prix. La seconde considération est celle de dissuader de causer un préjudice à l'avenir étant donné que les employeurs sont souvent en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. À mon avis, ces considérations de politique générale expliquent pourquoi l'élément de contrôle prend une plus grande importance dans les affaires mettant en cause la question de la responsabilité du fait d'autrui.

[52] La décision de notre Cour dans l'affaire *Joey's Delivery* est antérieure de quelques mois à l'arrêt *Sagaz* de la Cour suprême. Il en découle que tout ce qui a été dit dans le premier arrêt doit être mesuré à l'aune de ce qui a été dit dans le second. Cela étant dit, le cadre analytique énoncé dans *Joey's Delivery* est à mon avis compatible avec

ce qui a été dit dans l'arrêt *Sagaz*, à un égard près. Dans *Joey's Delivery*, notre Cour a rejeté le « critère d'organisation de l'entreprise », parfois appelé « critère d'intégration ». Dans l'arrêt *Sagaz*, la Cour suprême a fait état des critiques qui se sont élevées contre ce critère, mais elle a accepté la proposition énoncée dans *Wiebe Door* voulant que le critère d'organisation puisse être utile dans certains cas. En dehors de cela, le cadre énoncé dans *Joey's Delivery* ne contredit ni ne restreint aucunement la décision de la Cour suprême. Par exemple, dans *Joey's Delivery*, il a été déclaré que la question centrale consistait à déterminer si un travailleur « exploit[ait] une entreprise pour son propre compte » (par. 96-97).

[53] Dans la mesure où, dans l'arrêt *Sagaz*, la Cour suprême était disposée à examiner les considérations de politique générale qui sont pertinentes à l'application de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui, il a également été reconnu dans *Joey's Delivery* que les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires peuvent déterminer la question du statut en se fondant sur les objectifs de principe particuliers de la loi en question. Comme je l'ai indiqué plus haut, cette proposition était fondée sur la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Pointe-Claire*, précité. Dans cette affaire, il a été déclaré qu'un tribunal administratif était en droit de déterminer le statut d'« employeur » à la lumière des objectifs de principe particuliers qui sous-tendent la loi en question. La Cour suprême a ensuite affirmé que les travailleurs temporaires fournis par une agence à un employeur syndiqué devenaient des employés de l'employeur syndiqué. La Cour a déclaré que cette démarche s'accordait avec l'objectif de principe visant à étendre le droit à la négociation collective à un groupe de travailleurs relativement impuissants. Bref, *Joey's Delivery* fait mention de la jurisprudence qui reconnaît la pertinence des objectifs de principe qui sous-tendent la législation fédérale ou provinciale limitant l'admissibilité aux avantages sociaux aux personnes qui ont le statut d'employé. Ainsi, par exemple, dans des affaires relatives aux protections qu'offrent les lois sur les normes minimales d'emploi, on ne devrait pas être surpris de voir que tout doute raisonnable quant à la désignation appropriée d'un travailleur sera résolu en faveur de ce dernier : voir *Imperial Taxi Brandon*, précité, et l'analyse présentée dans l'ouvrage de Barnacle et Wood intitulé *Employment Law in Canada*, à la

p. 2-3, qui explique l'application de l'analyse fondée sur l'objet visé pour ce qui est de la qualification d'une relation de travail. En pratique, je souscris à la proposition voulant que l'analyse fondée sur l'objet sera utilisée pour faire pencher la balance afin de déclarer qu'un travailleur est un employé dans les cas où il existe un doute véritable et raisonnable au sujet de la classification appropriée.

[54] Dans l'arrêt *Joey's Delivery*, la question centrale a été formulée de la même manière que dans l'arrêt *Sagaz* de la Cour suprême : la personne qui s'est engagée à accomplir ces tâches les accomplit-elle en tant que personne dans les affaires à son compte? Pour répondre à cette question, le décideur doit examiner un certain nombre de facteurs, dont celui du « contrôle ». Dans *Joey's Delivery*, la Cour examine ensuite le contrôle en faisant référence à ses éléments classiques : (1) le pouvoir que possède la personne d'ordonner la chose à faire, (2) le moyen à utiliser pour la faire, (3) la manière de la faire et (4) la détermination du moment et du lieu de la faire (par. 76). La Cour a souligné que le droit moderne élimine généralement le troisième élément et accorde plus d'importance au « contrôle » en insistant sur « le moment et le lieu », par opposition à la manière d'exécuter le travail (par. 76). L'élimination du troisième critère semble suivre logiquement, au moins dans le cas des professionnels et des autres travailleurs hautement qualifiés qui ont une grande latitude pour décider de quelle manière les tâches seront exécutées. L'employeur s'intéresse davantage à l'assignation des tâches et à la date à laquelle elles doivent être terminées qu'à la manière d'atteindre les résultats voulus : voir *Joey's Delivery* au par. 76 et *Wiebe Door* aux par. 6-7.

[55] Les autres aspects du facteur de contrôle sont discutés dans l'arrêt *Joey's Delivery*. Premièrement, la Cour a observé que les travailleurs qui fournissent des services à un endroit désigné, que ce soit à temps plein, à temps partiel ou à titre occasionnel, sont instinctivement ou intuitivement qualifiés d'employés (par. 77). Par conséquent, il n'est pas surprenant qu'une grande partie des litiges mettent en cause des travailleurs qui sont tenus d'effectuer des tâches à l'extérieur du lieu d'exploitation de l'employeur, comme c'est le cas dans la présente instance. Dans de tels cas, la question tourne autour de la capacité de la compagnie d'exercer un contrôle suffisant sur le

travailleur pour justifier qu'il soit classé comme « employé ». Le second aspect du facteur de contrôle qui a été énoncé dans *Joey's Delivery* est la proposition selon laquelle le contrôle peut être mesuré au regard des restrictions imposées aux travailleurs, lesquelles les rendent incapables d'exploiter une entreprise en leur propre nom (par. 78). Par exemple, une restriction au droit de faire du travail pour d'autres personnes, qui est l'un des traits distinctifs d'un entrepreneur indépendant, met sérieusement en doute la notion que le travailleur est bel et bien un entrepreneur indépendant (le facteur de l'exclusivité). On s'attend à ce que l'entrepreneur indépendant soit quelqu'un qui offre ses services commercialisables à temps partiel ou à plein temps. Même en l'absence d'une telle restriction, il faudra prendre en considération les réalités de la relation de travail en se demandant par exemple si le travailleur continue effectivement à travailler exclusivement pour un employeur. Le même raisonnement s'applique aux restrictions qui empêchent le travailleur de sous-déléguer des tâches (le facteur de sous-délégation). Si l'on convient que le travailleur a un droit inconditionnel d'utiliser un remplaçant, l'inférence appropriée est plutôt qu'il s'agit d'un entrepreneur indépendant.

[56] Si l'on met de côté la notion de contrôle, l'instance décisionnelle doit encore se pencher sur les trois facteurs restants que lord Wright a énoncés dans *Montreal Locomotive Works Ltd* : (1) la propriété des instruments de travail, (2) la possibilité de profit et (3) le risque de perte. Dans l'arrêt *Joey's Delivery*, la Cour a observé que ces trois facteurs sont inextricablement liés et que leur fonction vise à déterminer si un travailleur exploite sa propre entreprise à titre d'entrepreneur indépendant. Le Conseil privé a également fait des observations d'ordre général. Une personne a beaucoup plus de facilité à se prévaloir du statut d'entrepreneur indépendant si elle a effectué des dépenses d'établissement. En théorie, un entrepreneur indépendant doit s'assurer que ses flux de revenu sont suffisants pour supporter son investissement d'argent. C'est pourquoi les entrepreneurs indépendants sont exposés à un plus grand risque de perte financière que ne le sont les employés, dont la principale préoccupation consiste à recevoir une rémunération équitable et à pouvoir bénéficier des avantages sociaux publics et privés.

[57] Comme je l'ai noté dans les paragraphes d'introduction des présents motifs, la difficulté associée à l'application des principes classiques qui sous-tendent les paramètres de la common law servant à évaluer le statut d'une relation de travail est exacerbée par l'abandon de la forme d'emploi traditionnelle : on s'éloigne de l'emploi à plein temps régulier de durée indéfinie pour favoriser un emploi rémunéré en fonction du temps de travail, qui permet de bénéficier des avantages sociaux, qu'ils soient de nature publique ou privée. En réponse à des préoccupations liées à la concurrence et au rapport coût-efficacité, l'employeur classique s'est tourné vers l'externalisation ou l'engagement de travailleurs à temps partiel ou occasionnels. De fait, des auteurs et commentateurs ont avancé l'argument intelligent que l'analyse que la common law a adoptée pour distinguer les relations d'emploi est tout simplement inadaptée à l'importante restructuration qu'ont connue les milieux de travail canadiens, notamment le recours grandissant à une main-d'œuvre à temps partiel. Ces questions ont été abordées dans l'arrêt *Joey's Delivery*, mais elles sont mieux traitées dans l'ouvrage de Barnacle et Wood intitulé *Employment Law in Canada* et dans deux articles de Judy Fudge, soit « New Wine into Old Bottles?: Updating Legal Forms to Reflect Changing Employment Norms » (1999), 33 U.B.C.L. Rev. 129 et « Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation » (2006), 44 Osgoode Hall L.J. 609. Voir également G.W. Adams, « Towards a New Vitality: Reflections on 20 Years of Collective Bargaining Regulation » (1991), 23 Ottawa L. Rev. 139.

[58] En réponse à la restructuration des milieux de travail canadiens, on s'attendrait à ce qu'une instance décisionnelle examine soigneusement les relations d'emploi dans le cadre desquelles une des parties a unilatéralement présumé que l'autre travaillait à son propre compte. Les employeurs n'ont aucune difficulté à restructurer une relation de travail afin de reproduire les caractéristiques juridiques de l'entrepreneur indépendant, c'est-à-dire d'une personne appartenant à la catégorie des travailleurs qui sont à leur compte. C'est particulièrement vrai dans les cas où il n'est pas nécessaire que les services offerts soient rendus à l'adresse professionnelle de l'employeur, ce qui donne ainsi l'apparence que la personne dont les services sont retenus n'est plus placée sous le contrôle de la personne qui l'engage. Comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Joey's*

Delivery, une trop grande partie de la jurisprudence relative à la situation d'emploi s'intéresse aux personnes qui utilisent leur propre véhicule pour offrir des services à l'autre partie contractante. Bien entendu, le véhicule est considéré comme un investissement financier et il sert de tremplin à l'argument voulant que l'exécutant ait plus à gagner ou à perdre qu'un employé.

[59] Bien qu'il appartienne à la Cour suprême et aux différents législateurs de modifier en profondeur la common law, on ne peut s'empêcher d'observer que trop souvent, les avocats abordent la question du statut de façon étroite, en se contentant de se demander si le demandeur possède les caractéristiques d'un employé que reflète le modèle classique du contrat bilatéral de subordination. Une telle analyse est souvent adoptée au mépris ou à l'exclusion de la question consistant à déterminer si les circonstances de l'espèce étayent l'inférence qu'un demandeur pourrait, de façon réaliste, appartenir à la catégorie des entrepreneurs travaillant à leur compte. Je m'explique.

[60] En fin de compte, celles et ceux qui sont appelés à évaluer la véritable nature de toute relation de travail doivent trancher une question fondamentale qui découle naturellement de toute la gamme de facteurs juridiques qui viennent d'être exposés : d'un point de vue objectif et réaliste, le demandeur est-il susceptible d'avoir plus à gagner comme entrepreneur (entrepreneur indépendant) que comme employé? Pour dire les choses autrement, la question sous-jacente consiste à déterminer si la relation de travail donne au demandeur la possibilité d'obtenir la sécurité et la réussite sur le plan économique. La thèse qui sous-tend ces questions n'est pas compliquée. Aucune personne raisonnable ne se lancerait dans les affaires à son propre compte à moins que les avantages potentiels ne l'emportent sur la perte des avantages que la législation fédérale et provinciale offre actuellement aux employés. C'est la Cour suprême du Canada qui a exprimé la question centrale en précisant qu'il s'agissait de déterminer si le travailleur fournit des services en étant à son propre compte. L'argument de l'employeur selon lequel le travailleur est un entrepreneur indépendant, et donc à son compte, doit avoir une apparence de vraisemblance. Ce ne sera pas le cas lorsque les services fournis ne sont pas vendables à d'autres personnes ou lorsque les faits de l'espèce révèlent que l'on a affaire

à un travailleur à temps partiel qui dépend économiquement d'un seul employeur : voir l'ouvrage de Barnacle et Wood intitulé *Employment Law in Canada*, à la p. 2-28.

IX. Le caractère raisonnable de la décision du Tribunal d'appel

[61] Jusqu'à maintenant, j'ai conclu que l'analyse du Tribunal d'appel n'était pas entachée d'une erreur de droit. Toutefois, Postes Canada soutient que le Tribunal d'appel a accordé une importance exagérée au facteur de la sous-délégation et omis de prendre en considération d'autres indices caractéristiques d'un emploi. Je considère ce moyen d'appel comme une contestation du caractère raisonnable de la décision du Tribunal d'appel, tout en tenant dûment compte de la jurisprudence qui a établi que des travailleurs dans la même situation (les conducteurs remplaçants) ont été placés dans la catégorie des entrepreneurs indépendants.

[62] L'application de la norme de contrôle dite de la décision raisonnable énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* nous oblige à nous demander si la décision contestée possède les deux attributs connexes de cette norme : (1) les motifs révèlent la « justification de la décision, [...] la transparence et [...] l'intelligibilité du processus décisionnel » et (2) la décision appartient aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (par. 47). Je devrais cependant faire la mise en garde suivante : lorsqu'un tribunal traite de questions mixtes de droit et de fait, l'application de la norme de contrôle dite de la décision raisonnable ne signifie pas qu'il faut examiner à la loupe chacun des aspects des motifs que le Tribunal d'appel a invoqués à l'appui de sa conclusion finale. Une analyse aussi approfondie amènerait à se demander si le tribunal de révision est passé par inadvertance de la norme de la décision raisonnable à la celle de la décision correcte. Cette dernière norme comporterait par exemple une analyse étape par étape des éléments constitutifs des règles de la common law que l'on applique pour distinguer les employés des entrepreneurs indépendants. J'attire l'attention sur l'étendue de l'analyse exigée dans des cas entraînant l'application de la norme de la décision raisonnable en raison des motifs incisifs que le juge Binnie (souscrivant aux motifs) a récemment rédigés dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy*

Commissioner) c. Alberta Teachers' Association, précité. Ses observations méritent plus qu'une simple mention.

[63] Dans l'arrêt *Alberta Teachers'*, le juge Binnie a observé que l'application par la Cour suprême de la norme de la décision raisonnable dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, précité, ainsi que dans l'arrêt *Dunsmuir*, précité, comportait un « degré d'intensité de l'examen [...] assez proche de celui propre à la norme de la décision correcte » (par. 85). Dans les deux cas, la Cour suprême traitait d'une question d'interprétation législative et de l'application de la règle d'or de Driedger et de l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL). Par contre, le juge Binnie a noté que dans les cas mettant en cause l'application par un tribunal d'une politique générale ou d'un pouvoir discrétionnaire étendu, la Cour suprême a appliqué la norme de la décision raisonnable, « mais de manière beaucoup moins stricte » (par. 86, citant *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339).

[64] En toute déférence, je n'interprète pas les observations du juge Binnie comme une confirmation ou une réintroduction de la jurisprudence antérieure de la Cour suprême qui préconisait de faire preuve de déférence à l'égard de la décision d'un tribunal selon une échelle variable. Cette approche a été rejetée dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, [1996] A.C.S. n° 116 (QL), arrêt dans lequel ont été établies les deux normes commandant la déférence, soit la norme de la décision raisonnable simplifiée et celle du caractère manifestement déraisonnable. Bien entendu, l'arrêt *Dunsmuir* a éliminé la dernière de ces deux normes. J'interprète donc l'observation du juge Binnie comme ayant pour but de forcer le lecteur à trancher la question fondamentale suivante : En pratique, en quoi l'application de la norme du caractère raisonnable diffère-t-elle de l'application de la norme de la décision correcte dans les affaires où il faut interpréter une loi? Le juge Binnie a laissé entendre que la différence est mince si l'on examine l'analyse approfondie à laquelle s'est livrée la Cour suprême dans deux affaires distinctes mettant en cause l'application de la norme de la décision raisonnable à une question d'interprétation

législative. Par contre, si le tribunal n'est pas saisi d'une affaire nécessitant l'application des principes reconnus d'interprétation législative, mais plutôt d'une affaire qui l'amène à appliquer les faits à un cadre juridique (des questions mixtes de fait et de droit), le juge Binnie a observé que l'examen est moins strict.

[65] Je retire ce qui suit de ces observations. L'application de la norme de la décision raisonnable aux questions mixtes de droit et de fait ne permet pas d'obtenir, devant la Cour d'appel, une nouvelle audience pendant laquelle l'avocat cherche à plaider à nouveau chacun des arguments qui ont déjà été invoqués devant un tribunal administratif, mais que ce dernier a rejetés ou refusé à bon droit de prendre en considération. Par exemple, les arguments selon lesquels le tribunal a omis d'accorder un poids « suffisant » à un facteur pertinent n'est rien de moins qu'une invitation ouverte faite à la cour de révision de peser de nouveau tous les facteurs et de tirer sa propre conclusion, court-circuitant ainsi de manière efficace la doctrine de la déférence. Indépendamment de la norme de contrôle qui est appliquée, l'avocat de l'appelant doit pouvoir préciser quelle est la faille dans le raisonnement du tribunal qui justifie l'intervention d'une cour de justice. Bien entendu, il peut y avoir plus d'une faille présumée. Toutefois, à mesure que le nombre de failles présumées augmente, il en va aussi de même du soupçon que l'on demande à la cour de révision d'instruire de nouveau l'affaire.

[66] Dans son analyse, le Tribunal d'appel a commencé par reconnaître que sa tâche essentielle n'est pas de déterminer comment Postes Canada a traité les auxiliaires payés dans le passé. Le Tribunal d'appel a plutôt déclaré qu'il doit préciser quel est le cadre juridique approprié et tirer les conclusions de fait voulues qui doivent ensuite être appliquées au cadre juridique en question. La décision du Tribunal d'appel fait largement et correctement référence à la jurisprudence pertinente et contraignante (*Sagaz et Joey's Delivery*) ainsi qu'à la jurisprudence en matière fiscale citée par Postes Canada. Voici une liste des conclusions de fait principales et non contestées que le Tribunal a tirées relativement aux auxiliaires payés :

- (17) bien que les auxiliaires payés soient initialement choisis par les FFRS, qui sont des employés de Postes Canada, ils doivent quand même obtenir une autorisation sécuritaire modifiée de Postes Canada;
- (18) Postes Canada délivre à chaque auxiliaire payé un « numéro d'entrepreneur unique » et n'offre pas d'avantages sociaux à ce groupe de travailleurs;
- (19) tous les autres documents que Postes Canada remet aux auxiliaires payés sont compatibles avec leur appartenance à la catégorie des entrepreneurs indépendants (par ex., les feuillets d'impôt sur le revenu et les bons);
- (20) les auxiliaires payés ne reçoivent pas de carte d'identité à photo;
- (21) Postes Canada donne une formation aux auxiliaires payés;
- (22) les auxiliaires payés ne sont aucunement tenus d'accepter une offre de travail d'un FFRS, auquel cas il appartient au FFRS de trouver un autre auxiliaire payé qualifié;
- (23) les auxiliaires payés peuvent travailler pour plus d'un FFRS;
- (24) les auxiliaires payés qui acceptent de travailler sont tenus de signer un registre au « poste de travail » de Postes Canada à leur arrivée et à leur départ;
- (25) les auxiliaires payés ne sont pas tenus de fournir un véhicule ou un équipement (« instruments de travail »);
- (26) il est interdit aux auxiliaires payés de sous-déléguer une tâche qui leur a été assignée;
- (27) le FFRS, qui est un employé de Postes Canada, détermine le mode d'exécution du travail;
- (28) pour obtenir leur rémunération, les auxiliaires payés doivent remplir un bon et le retourner à un superviseur de Postes Canada;

- (29) les auxiliaires payés ne sont pas payés par les FFRS mais plutôt par Postes Canada, et ce directement et une fois par mois;
- (30) la demanderesse était rémunérée à un taux horaire (12 \$);
- (31) bien que les auxiliaires payés ne soient pas tenus de travailler exclusivement pour Postes Canada, c'était effectivement le cas de la demanderesse en cause;
- (32) Postes Canada n'a pas le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux auxiliaires payés ou de les congédier. Cela relève des FFRS.

[67] Compte tenu des faits énumérés ci-dessus, le Tribunal d'appel devait trancher la question centrale formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *Sagaz* : la personne qui s'est engagée à accomplir ces tâches les accomplit-elle en tant que personne dans les affaires à son compte? En raccourci, il s'agit de déterminer si la demanderesse était une entrepreneure indépendante. Pour trancher cette question, le Tribunal d'appel devait traiter de la question du « contrôle », compte tenu de l'impossibilité d'appliquer les considérations de politique générale qui entrent en jeu lorsque la responsabilité du fait d'autrui est en cause. Rappelons que les éléments classiques du contrôle sont les suivants : (1) le pouvoir que possède la personne d'ordonner la chose à faire, (2) le moyen à utiliser pour la faire, (3) la manière de la faire et (4) la détermination du moment et du lieu de la faire. Une autre mesure du contrôle est la capacité du travailleur de sous-déléguer des tâches. Que le travailleur y soit contraint ou non, en réalité, le fait de travailler exclusivement pour un seul et unique employeur est aussi une considération pertinente. Si l'on met de côté la notion de contrôle, il restait au Tribunal d'appel à examiner les trois facteurs restants que lord Wright a décrits dans l'arrêt *Montreal Locomotive Works Ltd* : (1) la propriété des instruments de travail, (2) la possibilité de profit et (3) le risque de perte. Compte tenu de ce cadre et des directives susmentionnées de la Cour suprême, le Tribunal d'appel a alors entrepris de déterminer si la demanderesse devrait être classée dans la catégorie des employés ou dans celle des entrepreneurs indépendants. Trois passages de sa décision traduisent fidèlement le cœur

du raisonnement qu'il a suivi pour déclarer que la demanderesse était une employée de Postes Canada :

[TRADUCTION]

Le comité du Tribunal d'appel considère que c'est une fiction – mais une fiction utile du point de vue de l'appelante – que de traiter les auxiliaires en ergonomie payés comme des entrepreneurs complètement indépendants plutôt que comme des employés. L'auxiliaire en ergonomie payé n'amène rien « à la table », si je peux m'exprimer ainsi, pour obtenir un travail qui sert les intérêts de [Postes Canada] : aucun contrôle sur les tâches à accomplir; aucune possibilité de profit (en dehors d'un salaire horaire); aucune propriété des instruments de travail. L'auxiliaire ne peut sous-déléguer le travail à des tierces personnes. L'auxiliaire est payé directement par l'appelante par l'entremise du système des « bons ». Comme l'un des membres de notre comité l'a souligné pendant l'interrogatoire du second témoin de [Postes Canada], les mesures que prennent les FFRS – auparavant des entrepreneurs mais maintenant des employés – dans le but de trouver des remplaçants, des aides et des auxiliaires sont simplement des « vestiges » d'une époque où les FFRS étaient syndiqués. Nous nous retrouvons avec un système dans lequel un employé contrôlé par [Postes Canada] (ou, dans de rares cas, par son remplaçant temporaire) donne des ordres à une personne accomplissant une tâche limitée qui sert les intérêts de [Postes Canada], et surtout de ses employés.

[...]

Quoi qu'il en soit, compte tenu de la nature limitée du travail effectué par l'auxiliaire en ergonomie payé – livrer le courrier – la demanderesse n'a [TRADUCTION] « rien à gagner de plus que l'employé type qui ne se préoccupe que de recevoir un salaire équitable pour une journée de travail », et ne court pas un plus grand risque de perdre sa mise de fond ou n'a pas une plus grande possibilité de tirer un profit d'une saine gestion qu'un employé de [Postes Canada].

[...]

Le comité du Tribunal d'appel a conclu que l'auxiliaire en ergonomie payé n'est pas associé à une entreprise commerciale indépendante dans laquelle il travaille à son compte, mais qu'il accomplit simplement une tâche précise pour [Postes Canada] en venant en aide aux FFRS [de Postes Canada]. La demanderesse n'avait aucune entreprise constituée en personne morale associée à son travail. Sa présence lors des tournées de livraison du courrier avait pour but d'éviter que le conducteur du véhicule de la poste se blesse en se penchant et en tendant le bras pour placer le courrier dans les boîtes aux lettres. Cette fonction était exclusive à l'appelante. Il est peu probable qu'il s'agisse d'une aptitude monnayable. Le nombre d'heures pendant lesquelles la demanderesse travaillait chaque semaine était peut-être inférieur à ce que l'on considère traditionnellement comme un travail à temps plein, mais essentiellement, la demanderesse travaillait exclusivement pour [Postes Canada] sur une base continue, offrant un soutien ergonomique à un employé [de Postes Canada]. Il était interdit à la demanderesse de sous-déléguer la tâche qui lui était assignée. [Décision du Tribunal d'appel, p. 24 à 26] [Citations omises.]

[68] Le Tribunal d'appel a ensuite examiné l'analyse fondée sur l'objet qui a été discutée dans l'arrêt *Joey's Delivery* pour arriver à la conclusion que même si un auxiliaire payé peut être considéré comme un « entrepreneur » à certaines fins (à savoir les impôts/les gains assurables/les pensions), ce ne devait pas être le cas dans des situations où une loi comme la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* vise à instituer un « filet de sécurité sociale ». Le passage suivant de la décision du Tribunal d'appel est particulièrement pertinent :

[TRADUCTION]

Le comité du Tribunal d'appel ne peut certainement pas passer outre à « l'analyse fondée sur l'objet » ou à la règle du « mal à corriger », en combinaison avec tous les autres facteurs. Comme nous l'avons indiqué plus haut, une analyse libérale et globale pour ce qui est de l'interprétation de la législation relative aux accidents du travail s'impose. Une analyse libérale et globale est également nécessaire pour faire en sorte que la protection offerte par la législation sur les accidents du travail soit étendue à une personne qui, comme la demanderesse, ne retire aucun avantage

perceptible d'avoir été étiquetée « entrepreneur indépendant ». [p. 28]

[Je souligne.]

[69] Bien qu'il ait admis que Postes Canada avait invoqué de nombreux facteurs qui militaient contre la classification employeur/employé (par ex. l'absence d'avantages sociaux), le Tribunal d'appel était également au courant du fait que [TRADUCTION] « la nature limitée, répétitive et contrôlée du travail effectué par la demanderesse impose un examen plus approfondi de la relation de travail » (p. 28).

[70] Bref, le Tribunal d'appel a effectivement conclu que la demanderesse avait peu de contrôle sur son environnement de travail une fois qu'elle avait pris la décision de travailler une journée donnée. Un employé de Postes Canada (un FFRS) exerçait un contrôle direct sur la demanderesse et c'était Postes Canada qui exerçait un contrôle sur cet employé. Soit dit entre parenthèses, cette situation ne diffère aucunement de celles dans lesquelles l'employé est sous le contrôle d'un surveillant. Qui plus est, la demanderesse ne retirerait aucun avantage perceptible si elle était étiquetée comme entrepreneure indépendante. Assurément, elle n'avait ni la propriété des instruments de travail, ni la possibilité de réaliser un profit en dehors d'un salaire horaire, ni le droit de sous-déléguer ses tâches à une tierce personne. Tous ces facteurs ont amené le Tribunal d'appel à conclure que la demanderesse n'était pas à son compte et qu'il était déraisonnable de s'attendre à ce que les compétences particulières qu'elle possédait puissent lui permettre de travailler un jour à son compte. Le Tribunal d'appel a répondu à la question centrale en décidant que la demanderesse n'avait pas la possibilité de gagner plus comme entrepreneure que comme employée.

[71] Rappelons que la norme de contrôle du caractère raisonnable, qui a été énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir*, impose à la Cour l'obligation de prendre en considération deux qualités étroitement liées : (1) les motifs révèlent la « justification de la décision, [...] la transparence et [...] l'intelligibilité du processus décisionnel » et (2) la décision appartient aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (par. 47). À mon avis, ces deux critères sont facilement remplis. L'allégation que

le Tribunal d'appel a accordé une importance exagérée au fait que la demanderesse n'est pas en droit de sous-déléguer des tâches n'est pas étayée par les motifs détaillés que le Tribunal d'appel a rédigés en réponse à une foule de questions. L'allégation selon laquelle le même Tribunal a omis d'examiner et de prendre en considération d'autres indices de la relation d'emploi n'est pas justifiée. Si Postes Canada, en employant l'expression « d'autres indices », fait référence au fait qu'elle a toujours traité la demanderesse comme une non-employée, alors c'est à bon droit que le Tribunal d'appel a conclu que la majorité de cette preuve était intéressée.

[72] En définitive, la conclusion finale du Tribunal d'appel selon laquelle la demanderesse était une agente de l'État/employée de Postes Canada était une conclusion qu'il pouvait raisonnablement tirer. Le Tribunal d'appel a rejeté le plaidoyer de Postes Canada voulant que la demanderesse travaillait à son propre compte parce que ce plaidoyer était incompatible avec la notion qu'un travail d'auxiliaire payée offrait à la demanderesse la possibilité d'obtenir la sécurité et la réussite sur le plan économique. Sur la base du dossier et des faits, cette conclusion entre dans la catégorie des « issues possibles acceptables » dont fait mention l'arrêt *Dunsmuir*.

X. Dispositif

[73] Je rejetterais l'appel.