

A-599-96

A-599-96

**Attorney General of Canada (Applicant)****Procureur général du Canada (requérant)**

v.

c.

**Jencan Ltd. (Respondent)****Jencan Ltd. (intimée)****INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JENCAN LTD. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. JENCAN LTD. (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and McDonald JJ.A.—Fredericton, May 8; Ottawa, June 24, 1997.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Stone et McDonald, J.C.A.—Fredericton, 8 mai; Ottawa, 24 juin 1997.

*Unemployment insurance — Appeal from T.C.C. decision quashing M.N.R.'s determination worker's employment not "insurable employment" under the Act — In earlier case, Minister finding respondent, worker not dealing at arm's length, employment not insurable — Terms, conditions of employment in instant case "basically the same" — Contract of service between worker, respondent required under Act, s. 3(1)(a) — Considering large number of appeals from ministerial determinations under s. 3(2)(c)(ii), Court providing clarification of law — T.C.C. must undertake two-stage inquiry — Discretionary power conferred upon Minister to make determinations under Act, s. 3(2)(c)(ii) — Judicial deference not extending to Minister's findings of fact — T.C.J. failing to consider whether Minister exercised discretionary authority properly.*

*Assurance-chômage — Appel d'un jugement par lequel la C.C.I. a infirmé la décision par laquelle le M.R.N. avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas un «emploi assurable» au sens de la Loi — Dans la décision précédente, le ministre avait conclu que, comme l'intimée et le salarié avaient un lien de dépendance entre eux, l'emploi en question n'était pas assurable — En l'espèce, les modalités d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes» qu'auparavant — L'art. 3(1)a de la Loi exige que le salarié soit employé aux termes d'un contrat de louage de services — Vu le nombre élevé d'appels interjetés de décisions rendues par le ministre en vertu de l'art. 3(2)c(ii), la Cour se doit de clarifier davantage les règles de droit applicables — La C.C.I. doit procéder à une analyse à deux étapes — L'art. 3(2)c(ii) de la Loi confère au ministre le pouvoir de rendre des décisions discrétionnaires — La retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre — Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas déterminé si le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon régulière.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — T.C.C. reversing M.N.R.'s determination worker's employment not insurable under Unemployment Insurance Act, s. 3(1)(a) — Minister said to have improperly relied upon T.C.C.'s previous decision between same parties — Whether T.C.J. erred in interfering with discretionary determination by Minister under Act, s. 3(2)(c)(ii) — Minister granted discretionary power to determine whether employer, worker deemed to deal at arm's length — Tax Court's intervention justified only if Minister exercised discretion in manner contrary to law — Judicial deference not extending to Minister's findings of fact — T.C.J. failing to consider whole evidence — Judicial deference not accorded.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La C.C.I. a infirmé la décision par laquelle le M.R.N. avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas assurable au sens de l'art. 3(1)a de la Loi — Le ministre se serait fondé à tort sur le jugement antérieur rendu par la C.C.I. entre les mêmes parties — Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en infirmant la décision discrétionnaire rendue par le ministre en vertu de l'art. 3(2)c(ii)? — Le ministre s'est vu conférer le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un employeur et un salarié sont réputés ne pas avoir un lien de dépendance entre eux — L'intervention de la Cour de l'impôt n'est justifiée que si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire à la loi — La retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre — Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas tenu compte de l'ensemble de la preuve — Il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue judiciaire en l'espèce.*

This was an application for judicial review of a decision of the Tax Court of Canada quashing a determination by the

Demande de contrôle judiciaire d'un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt a infirmé la décision par

Minister of National Revenue that a worker's employment was not "insurable employment" under the *Unemployment Insurance Act*. The worker in question had worked intermittently for the respondent during three periods, from June 29, 1992 to March 20, 1993, from August 16, 1993 to May 7, 1994 and from July 4, 1994 to January 7, 1995. The Minister ruled that the worker's employment during the first two periods was not insurable employment as the respondent and the worker were not dealing at arm's length, and that such employment was excepted under paragraph 3(2)(c) of the Act. In that earlier case, *Jencan No. 1*, the Tax Court of Canada held that the Minister had before him sufficient evidence to conclude that the parties were not dealing at arm's length and dismissed the respondent's appeal. Shortly after, the respondent requested that the Minister determine whether the worker's employment for the period from July 4, 1994 to January 7, 1995 was insurable employment. Based on the employer's statement that the terms and conditions of the worker's employment during the period in question were "basically the same" and relying upon a number of assumptions of fact, the Minister again determined that the worker's employment during that period was not insurable employment. The Deputy Tax Court Judge set aside the Minister's determination, finding that there were material differences in the worker's terms and conditions of employment during the period in question and that the Minister improperly exercised his discretion in relying upon allegations which had been disproved by the evidence. The two main issues on this appeal were whether the Deputy Tax Court Judge erred in law 1) in finding that the worker was employed pursuant to a contract of service, and 2) in interfering with the discretionary determination made by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii) of the Act.

*Held*, the application should be allowed.

1) The Minister ruled that the worker's employment was not insurable on the grounds that there was no genuine contract of service between the respondent and the worker as required by paragraph 3(1)(a), and that the worker's employment was excepted from insurability under paragraph 3(2)(c). On appeal, the Tax Court must consider whether there is a sufficient factual foundation for the Minister's determination on either or both grounds. It must therefore review each of the grounds separately in light of the evidence. The Minister's determination under paragraph 3(1)(a), that the worker's employment is not pursuant to a contract of service, was a quasi-judicial decision subject, on appeal, to independent review by the Tax Court. It cannot be said that the Deputy Tax Court Judge erred in law in reversing that determination. It was open to him, on an independent review, to find that the evidence supported the

laquelle le ministre du Revenu national avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas un «emploi assurable» au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Le salarié en question avait travaillé de façon intermittente pour l'intimée durant trois périodes, à savoir du 29 juin 1992 au 20 mars 1993, du 16 août 1993 au 7 mai 1994 et du 4 juillet 1994 au 7 janvier 1995. Le ministre avait conclu que l'emploi que le salarié avait exercé au cours des deux premières périodes ne constituait pas un emploi assurable, étant donné que l'intimée et le salarié avaient un lien de dépendance entre eux et que ce type d'emploi était un emploi exclu au sens de l'alinéa 3(2)c) de la Loi. Dans ce jugement antérieur, la décision *Jencan n° 1*, la Cour canadienne de l'impôt avait conclu que le ministre disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que les parties avaient un lien de dépendance entre elles et elle avait rejeté l'appel interjeté par l'intimée. Peu de temps après, l'intimée a demandé au ministre de déterminer si l'emploi que le salarié avait exercé entre le 4 juillet 1994 et le 7 janvier 1995 était un emploi assurable. Se fondant sur les affirmations de l'employeur suivant lesquelles les modalités d'emploi du salarié au cours de la période en question étaient «essentiellement les mêmes» et se fondant sur quelques hypothèses de fait, le ministre a conclu une fois de plus que l'emploi exercé par le salarié au cours de la période en question n'était pas un emploi assurable. Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a infirmé la décision du ministre au motif que les modalités d'emploi du salarié étaient très différentes au cours de la période en question et que le ministre avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur des allégations qui étaient réfutées par la preuve. Les deux principales questions en litige dans le présent appel sont celles de savoir si le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit 1) en concluant que le travailleur avait été engagé en vertu d'un contrat de louage de services; 2) en infirmant la décision discrétionnaire rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) de la Loi.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

1) Le ministre a statué que le salarié n'exerçait pas un emploi assurable au motif qu'il n'existait pas de véritable contrat de louage de services entre lui et l'intimée, comme l'exige l'alinéa 3(1)a), et que l'emploi du salarié était un «emploi exclu» au sens de l'alinéa 3(2)c). Lorsqu'elle est saisie d'un appel d'une décision du ministre, la Cour de l'impôt doit déterminer s'il existe un fondement factuel suffisant pour justifier la décision du ministre selon l'un ou l'autre des moyens invoqués. La Cour de l'impôt doit donc examiner chaque moyen séparément à la lumière de la preuve. La décision par laquelle le ministre a conclu, en vertu de l'alinéa 3(1)a), que l'emploi exercé par le salarié n'était pas régi par un contrat de louage de services, constitue une décision quasi-judiciaire qui est, en appel, susceptible d'un contrôle indépendant de la part de la Cour de l'impôt. On ne saurait dire que le juge suppléant de la

existence of a genuine contract of service between the respondent and the worker. In so concluding, however, he stated simply that there did exist between the respondent and the worker "real legal ties". The real issue in paragraph 3(1)(a) is whether the worker was employed pursuant to a contract of service or a contract for service. Either form of employment can create "real legal ties" between the parties. But, in order to satisfy the requirement of paragraph 3(1)(a), there must be a genuine contract of service which means that there is a relationship of subordination between the parties. Despite scant reasoning on the part of the Deputy Tax Court Judge, there is no basis in law for interfering with his conclusion on this issue.

The large number of appeals from ministerial determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii) since this Court's decision in *Tignish Auto Parts* suggests that further clarification of the law is required.

2) The Tax Court must undertake a two-stage inquiry when hearing an appeal from a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii). The first stage is confined to determining the legality of the Minister's decision. Only if there is ground for interference may it consider the merits of that decision. The jurisdiction of the Tax Court to review a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii) is circumscribed by the discretionary power conferred upon him to make such determination. Therefore, the Tax Court must show judicial deference to the Minister's determination when he exercises that power. But even discretionary powers are subject to review to ensure that they are exercised in a manner consistent with the law. Under the rule of law, all powers granted by Parliament are of an inherently limited nature. The Deputy Tax Court Judge was justified in interfering with the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) only if the latter exercised his discretion in a manner contrary to law. Although the previous decision in *Jencan No. 1* was not by itself an "irrelevant factor", the Minister's representative erred in relying exclusively upon the assumptions of fact from that decision without obtaining reliable confirmation that the facts were indeed the same. While the Tax Court must exhibit judicial deference with respect to a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii), this judicial deference does not extend to the Minister's findings of fact. In assessing the manner in which the Minister has exercised his statutory discretion, the Tax Court may have regard to the facts that have come to its attention during the hearing of the appeal. The Minister may rely upon the doctrine of estoppel by representation where a

Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en infirmant la décision du ministre. Il lui était loisible, dans le cadre d'un examen indépendant, d'estimer que la preuve permettait de conclure à l'existence d'un véritable contrat de louage de services entre l'intimée et le salarié. Pour en venir à cette conclusion, il s'est contenté de déclarer qu'il existait une «véritable relation juridique» entre l'intimée et le salarié. La véritable question à se poser sous le régime de l'alinéa 3(1)a) est celle de savoir si le salarié était employé en vertu d'un contrat de louage de services ou en vertu d'un contrat d'entreprise. L'un et l'autre types de contrat sont susceptibles de créer une «véritable relation juridique» entre les parties. Mais pour satisfaire aux exigences de l'alinéa 3(1)a), il faut qu'il existe un véritable contrat de louage de services, ce qui suppose, essentiellement, l'existence d'un lien de subordination entre les parties. Malgré les motifs laconiques du juge suppléant de la Cour de l'impôt, il n'y a aucune raison en droit de modifier la conclusion qu'il a tirée sur cette question.

Le nombre élevé d'appels interjetés de décisions rendues par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) depuis que la Cour a prononcé l'arrêt *Tignish Auto Parts* donne à penser qu'il y a lieu de clarifier davantage les règles de droit applicables.

2) Lorsqu'elle est saisie d'un appel interjeté d'une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii), la Cour de l'impôt doit procéder à une analyse à deux étapes. À la première étape, elle limite son analyse au contrôle de la légalité de la décision du ministre. Ce n'est que lorsqu'elle conclut que l'un des motifs d'intervention est établi que la Cour de l'impôt peut examiner le bien-fondé de la décision du ministre. La compétence que possède la Cour de l'impôt de contrôler la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) est circonscrite par le pouvoir discrétionnaire accordé au ministre de rendre de telles décisions. La Cour de l'impôt doit donc faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la décision du ministre lorsque celui-ci exerce ce pouvoir. Toutefois, même l'exercice de pouvoirs discrétionnaires est susceptible d'un contrôle judiciaire pour s'assurer que ces pouvoirs sont exercés d'une manière compatible avec la loi. Suivant le principe de la primauté du droit, tous les pouvoirs conférés par le législateur sont intrinsèquement limités. Le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'était justifié d'intervenir dans la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) que s'il était établi que le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui était contraire à la loi. Bien que la décision précédente qui avait été rendue dans l'affaire *Jencan n° 1* ne constitue pas en soi un «facteur non pertinent», le représentant du ministre a commis une erreur en l'espèce en se fondant exclusivement sur les hypothèses de fait retenues dans le jugement *Jencan n° 1* sans obtenir de confirmation fiable que les faits étaient effectivement identiques. Bien que la Cour de l'impôt doive faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des

claimant induces him to rely on a state of affairs which no longer exists. But, in this case, the preconditions for application of that doctrine have not been made out. The respondent's statement that the worker's terms and conditions of employment were "basically the same as previous years" was too equivocal and ambiguous to support such an application. The Deputy Tax Court Judge erred in law in concluding that, because some of the assumptions of fact relied upon by the Minister had been disproved at trial, he was automatically entitled to review the merits of the determination made by the Minister. He should have asked whether the remaining facts proved at trial were sufficient in law to support the Minister's determination that the parties would not have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length. It is only where the Minister's determination lacks a reasonable evidentiary foundation that the Tax Court's intervention is warranted. The Deputy Tax Court Judge erred in law in failing to determine whether the Minister could have legally concluded as he did on the facts as proven before him. In so doing, he failed to exhibit the degree of judicial deference required when reviewing ministerial determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii).

décisions que le ministre rend en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii), cette retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre. Pour évaluer la façon dont le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire, la Cour de l'impôt peut tenir compte des faits qui ont été portés à son attention au cours de l'audition de l'appel. Le ministre peut invoquer la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion lorsqu'un prestataire l'amène à se fier à un état de fait qui n'existe plus. Mais, en l'espèce, les conditions préalables à l'application de la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion ne sont pas réunies. L'affirmation de l'intimée selon laquelle les modalités d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes» est trop équivoque et ambiguë pour justifier l'application de cette théorie. Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant que, parce que certaines des hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé avaient été réfutées au procès, il avait automatiquement le droit de contrôler le bien-fondé de la décision du ministre. Il aurait dû se demander si les autres faits établis au procès étaient suffisants en droit pour justifier la conclusion du ministre suivant laquelle les parties n'auraient pas conclu un contrat de louage de services à peu près semblable si elles n'avaient pas eu un lien de dépendance. Ce n'est que lorsque la décision du ministre n'est pas raisonnablement fondée sur la preuve que l'intervention de la Cour de l'impôt est justifiée. Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur en ne déterminant pas si le ministre pouvait légalement tirer la conclusion qu'il a tirée en se fondant sur les faits établis en preuve devant lui. Ce faisant, il n'a pas fait preuve du degré de retenue judiciaire exigé lorsqu'il contrôle une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28(2) (as am. *idem*, s. 8).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 251(1),(2).  
*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 3(1)(a), 3(2)(c) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 2), 4(1),(2), 61(3) (as am. *idem*, s. 37), 70(1),(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 23), 71(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1; 185 N.R. 73 (F.C.A.); *Canada v. Schmurer Estate*, [1997] 2 F.C. 545; (1997), 208 N.R. 339 (C.A.); *Ferme Émile Richard et Fils Inc. v. Minister of National Revenue et al.* (1994), 178 N.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28(2) (mod., *idem*, art. 8).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 251(1),(2).  
*Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(1)a), 3(2)c) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 2), 4(1),(2), 61(3) (mod., *idem*, art. 37), 70(1),(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 23), 71(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1; 185 N.R. 73 (C.A.F.); *Canada c. Succession Schmurer*, [1997] 2 C.F. 545; (1997), 208 N.R. 339 (C.A.); *Ferme Émile Richard et Fils Inc. c. Ministre du Revenu national et al.* (1994),

361 (F.C.A.); *D. R. Fraser and Co., Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.); *Desroches v. Minister of National Revenue* (1994), 167 N.R. 316 (F.C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621; (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 62; 16 Imm. L.R. (2d) 241; 136 N.R. 254 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Jencan Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1995] T.C.J. No. 1142 (QL); *Xie v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 75 F.T.R. 125 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Charbonneau* (1996), 41 C.C.L.I. (2d) 297; 207 N.R. 299 (F.C.A.); *Hébert v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1997] F.C.J. No. 512 (C.A.) (QL); *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Purcell*, [1996] 1 F.C. 644; (1995), 40 Admin. L.R. (2d) 40; 96 CLLC 141,075; 192 N.R. 148 (C.A.); *Aubut v. Minister of National Revenue* (1990), 126 N.R. 381 (F.C.A.); *Borsellino and Salvo v. Minister of National Revenue* (1990), 120 N.R. 77 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Dunham*, [1997] 1 F.C. 462; (1996), 205 N.R. 289 (C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Nuttall v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1997] F.C.J. No. 640 (C.A.) (QL); *Thibaudeau v. M.N.R.*, [1994] 2 F.C. 189; (1994), 114 D.L.R. (4th) 261; 21 C.R.R. (2d) 35; [1994] 2 C.T.C. 4; 94 DTC 6230; 167 N.R. 161; 3 R.F.L. (4th) 153 (C.A.); *Chan v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 79 F.T.R. 263; 24 Imm. L.R. (2d) 305 (F.C.T.D.); *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 73; (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 110; 76 F.T.R. 182; 24 Imm. L.R. (2d) 289 (T.D.).

## AUTHORS CITED

*Halsbury's Laws of England*, Vol. 16, 4th ed. London: Butterworths, 1976.  
Revenue Canada. *Information Circular 73-29R2*. Ottawa: Revenue Canada, October 16, 1995.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Tax Court of Canada ([1996] T.C.J. No. 663 (QL))

178 N.R. 361 (C.A.F.); *D. R. Fraser and Co., Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.); *Desroches c. Ministre du Revenu national* (1994), 167 N.R. 316 (C.A.F.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621; (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 62; 16 Imm. L.R. (2d) 241; 136 N.R. 254 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Jencan Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1995] A.C.I. n° 1142 (QL); *Xie c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 75 F.T.R. 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Canada (Procureur général) c. Charbonneau* (1996), 41 C.C.L.I. (2d) 297; 207 N.R. 299 (C.A.F.); *Hébert c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1997] F.C.J. n° 512 (C.A.) (QL); *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Canada (Procureur général) c. Purcell*, [1996] 1 C.F. 644; (1995), 40 Admin. L.R. (2d) 40; 96 CLLC 141,075; 192 N.R. 148 (C.A.); *Aubut c. Ministre du Revenu national* (1990), 126 N.R. 381 (C.A.F.); *Borsellino et Salvo c. Ministre du Revenu national* (1990), 120 N.R. 77 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Dunham*, [1997] 1 C.F. 462; (1996), 205 N.R. 289 (C.A.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Nuttall c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1997] A.C.F. n° 640 (C.A.) (QL); *Thibaudeau c. M.R.N.*, [1994] 2 C.F. 189; (1994), 114 D.L.R. (4th) 261; 21 C.R.R. (2d) 35; [1994] 2 C.T.C. 4; 94 DTC 6230; 167 N.R. 161; 3 R.F.L. (4th) 153 (C.A.); *Chan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 79 F.T.R. 263; 24 Imm. L.R. (2d) 305 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 73; (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 110; 76 F.T.R. 182; 24 Imm. L.R. (2d) 289 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

*Halsbury's Laws of England*, Vol. 16, 4th ed. London: Butterworths, 1976.  
Revenue Canada. *Circulaire d'information 73-29R2*. Ottawa: Revenue Canada, 16 octobre 1995.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt ([1996]

quashing the determination by the Minister of National Revenue that a worker's employment was not "insurable employment" under the *Unemployment Insurance Act*. Application allowed.

COUNSEL:

*Paul Plourde* for applicant.  
*Michael F. G. Noel* for respondent.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Noel, O'Neill & Urquhart*, Chatham, New Brunswick, for respondent.

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

[1] ISAAC C.J.: This is an application for judicial review of a judgment of the Tax Court of Canada, pronounced on 21 June 1996 [*Jencan Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1996] T.C.J. No. 663 (QL)], which allowed the respondent's appeal and reversed the determination by the Minister of National Revenue (the Minister) that the respondent's employment of James S. Jenkins (the worker) from 4 July 1994 to 7 January 1995 was not "insurable employment" for the purposes of the *Unemployment Insurance Act*.<sup>1</sup>

FACTS

[2] The respondent company, incorporated on 27 February 1976, operates on a year-round basis as a general building contractor. The shares of the respondent are owned entirely by the worker's parents. Blaine Jenkins, the worker's father, owns 90% of the shares, and Lillian Jenkins, the worker's mother, owns the remaining 10%. Blaine Jenkins also owns and operates two other businesses: "All Air", which provides refrigeration and air conditioning services; and "Universal Rentals and Sales", an equipment rental business. The trio of businesses, known collectively as the "Jenkins Group", employs close to thirty

A.C.I. n° 663 (QL)] a infirmé la décision par laquelle le ministre du Revenu national avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas un «emploi assurable» au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*. La demande est accueillie.

AVOCATS:

*Paul Plourde* pour le requérant.  
*Michael F. G. Noel*, pour l'intimée.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Noel, O'Neill & Urquhart*, Chatham (Nouveau-Brunswick), pour l'intimée.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC: La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'un jugement en date du 21 juin 1996 [*Jencan Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1996] A.C.I. n° 663 (QL)] par lequel la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et infirmé la décision par laquelle le ministre du Revenu national (le ministre) avait conclu que l'emploi que James S. Jenkins (le salarié) avait exercé auprès de l'intimée entre le 4 juillet 1994 et le 7 janvier 1995 n'était pas un «emploi assurable» au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*<sup>1</sup>.

LES FAITS

[2] La société intimée, qui a été constituée en personne morale le 27 février 1976, exploite à longueur d'année une entreprise générale de construction. Les actions de l'intimée appartiennent en totalité aux parents du salarié. Blaine Jenkins, le père du salarié, possède 90 pour 100 des actions, et Lillian Jenkins, la mère du salarié, en possède 10 pour 100. Blaine Jenkins est également propriétaire de deux autres entreprises, qu'il exploite: «All Air», une entreprise qui fournit des services de réfrigération et de climatisation, et l'«Universal Rentals and Sales», une entreprise de location de matériel. Ces trois entreprises, qui

people.

[3] During the relevant period, the respondent company earned an average gross income of approximately \$115,000 per month, most of which was generated from the installation of windows, doors and ventilation systems. The worker had worked intermittently for the respondent for in excess of ten years. He started off as a general labourer but, during the relevant period, he was generally regarded as a skilled labourer. His employment duties were to install windows, doors and ventilation systems.

[4] On 30 August 1995, the Tax Court of Canada rendered an oral judgment in the matter of *Jencan Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1995] T.C.J. No. 1142 (QL), file No. 95-829(UI). That case involved an appeal from a previous determination by the Minister that the worker's employment by the respondent during the periods from 29 June 1992 to 20 March 1993 and from 16 August 1993 to 7 May 1994 was not insurable employment. The Minister's main reason for this determination was that the respondent and the worker were not dealing with each other at arm's length, and hence the worker's employment was excepted pursuant to paragraph 3(2)(c) [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 2] of the UI Act. For ease of reference, I will refer to this previous decision of the Tax Court as *Jencan No. 1*.

[5] In reaching his conclusion in *Jencan No. 1*, the Minister had relied upon the information provided by a Revenue Canada appeals officer, who had undertaken a detailed review of the worker's employment by the respondent. The appeals officer had contacted the respondent's management approximately 8 to 10 times and had obtained from them detailed sales and payroll information.<sup>2</sup> During the course of the investigation, the respondent's management and the worker had ample opportunities to make submissions to the appeals officer prior to the Minister's determination that the worker's employment was not insurable.

sont connues collectivement sous le nom de «groupe Jenkins», comptent une trentaine d'employés.

[3] Au cours de la période en cause, la société intimée gagnait un revenu brut moyen d'environ 115 000 \$ par mois. La plus grande partie de ce revenu provenait de l'installation de fenêtres, de portes et de systèmes de ventilation. Le salarié travaillait de façon intermittente pour l'intimée depuis plus de dix ans. Il avait commencé comme manœuvre, mais, à l'époque en cause, il était généralement considéré comme un ouvrier qualifié. Son travail consistait à installer des fenêtres, des portes et des systèmes de ventilation.

[4] Le 30 août 1995, la Cour canadienne de l'impôt a prononcé oralement un jugement dans l'affaire *Jencan Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1995] T.C.J. n° 1142 (QL), dans le dossier 95-829(UI). Cette affaire portait sur un appel interjeté d'une décision par laquelle le ministre avait conclu que l'emploi que le salarié avait exercé auprès de l'intimée du 29 juin 1992 au 20 mars 1993 et du 16 août 1993 au 7 mai 1994 ne constituait pas un emploi assurable. Le principal motif invoqué par le ministre pour justifier sa décision était que l'intimée et le salarié avaient un lien de dépendance entre eux et que, par conséquent, l'emploi du salarié était un emploi exclu au sens de l'alinéa 3(2)c) [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 2] de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Par souci de commodité, j'appellerai désormais cette première décision de la Cour de l'impôt la décision *Jencan n° 1*.

[5] Pour tirer la conclusion à laquelle il est arrivé dans l'affaire *Jencan n° 1*, le ministre s'était fondé sur des renseignements fournis par un agent des appels de Revenu Canada, qui avait entrepris un examen détaillé de l'emploi du salarié chez l'intimée. L'agent des appels avait communiqué avec la direction de l'intimée à huit ou dix reprises et avait obtenu d'elle des renseignements détaillés au sujet des ventes et de la liste de paie<sup>2</sup>. Au cours de cette enquête, la direction de l'intimée et le salarié ont eu amplement l'occasion de faire valoir leur point de vue devant l'agent des appels avant que le ministre ne conclue que l'emploi du salarié n'était pas assurable.

[6] On appeal to the Tax Court of Canada in *Jencan No. 1*, Léger D.J.T.C.C. dismissed the respondent's appeal from the bench, holding that:

... the Minister had before him sufficient evidence to conclude that the parties were not dealing with each other at arm's length and that they would not have concluded a similar contract of employment had they not been related to each other. And based upon that finding and where there is no evidence before me to show that there was improper use of his discretionary authority, I have no other alternative but to dismiss the appeal.<sup>3</sup>

[7] On 20 September 1995, less than one month after that decision was rendered, the respondent requested, in accordance with subsection 61(3) [as am. *idem*, s. 37] of the UI Act, that the Minister determine whether the worker's employment for the period from 4 July 1994 to 7 January 1995 was insurable employment.<sup>4</sup> There is no dispute that the worker's primary employment duties—installing windows, doors and ventilation systems—were the same during the period in question as during the periods of employment which were the subject of Léger D.J.T.C.C.'s decision in *Jencan No. 1*.

[8] In accordance with Revenue Canada's procedures when in receipt of an application for determination, an appeals officer was designated to examine the facts submitted by the interested parties.<sup>5</sup> The appeals officer contacted the respondent company for more information. One of the questions that the appeals officer asked Blaine Jenkins, the respondent's main shareholder, was whether the terms and conditions of the worker's employment had changed since previous years. Mr. Jenkins' response to the appeals officer was that the terms and conditions of the worker's employment during the period in question were "basically the same".<sup>6</sup>

[9] Having received what the appeals officer appears to have perceived as a confirmation that the terms and conditions of the worker's employment had not changed, the appeals officer prepared a recommendation to the Minister on the basis of the same assumptions of fact as had been relied upon by the Minister

[6] Statuant sur l'appel interjeté devant la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Jencan n° 1*, le juge suppléant Léger a rejeté à l'audience l'appel de l'intimée au motif que:

[TRADUCTION] ... le ministre disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que les parties avaient un lien de dépendance entre elles et qu'elles n'auraient pas conclu un contrat de travail si un tel lien n'avait pas existé entre elles. Vu cette conclusion et compte tenu du fait qu'on ne m'a soumis aucun élément de preuve pour démontrer que le ministre a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, je n'ai pas d'autre choix que de rejeter l'appel<sup>3</sup>.

[7] Le 20 septembre 1995, moins d'un mois après le prononcé de cette décision, l'intimée a demandé, conformément au paragraphe 61(3) [mod., *idem*, art. 37] de la *Loi sur l'assurance-chômage*, que le ministre décide si l'emploi que le salarié avait exercé entre le 4 juillet 1994 et le 7 janvier 1995 était un emploi assurable<sup>4</sup>. Il est acquis aux débats que les principales fonctions du salarié—installer des fenêtres, des portes et des systèmes de ventilation—étaient les mêmes, au cours de la période en cause, que celles qu'il exerçait au cours des périodes d'emploi visées par la décision rendue par le juge suppléant Léger dans l'affaire *Jencan n° 1*.

[8] Conformément à la procédure suivie par Revenu Canada lorsqu'on lui demande de donner son avis sur une question, un agent des appels a été désigné pour examiner les faits soumis par les intéressés<sup>5</sup>. L'agent des appels a communiqué avec la société intimée en vue d'obtenir de plus amples renseignements. Une des questions que l'agent des appels a posée à Blaine Jenkins, le principal actionnaire de l'intimée, était celle de savoir si les modalités d'emploi du salarié étaient différentes de celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes. M. Jenkins a répondu à l'agent des appels que les modalités d'emploi du salarié au cours de la période en question étaient [TRADUCTION] «essentiellement les mêmes»<sup>6</sup>.

[9] Ayant obtenu ce qu'il semble avoir considéré comme une confirmation que les modalités d'emploi du salarié n'avaient pas changé, l'agent des appels a soumis au ministre une recommandation fondée sur les mêmes hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé dans l'affaire *Jencan n° 1* pour conclure



in *Jencan No. 1* to determine that the worker's employment was not insurable. For ease of reference, I reproduce here the assumptions of fact relied upon by the Minister in his reply to the notice of appeal to the Tax Court:

- a) Tax Court of Canada Judgment # 95-829(UI) dismissed the Appellant's [the respondent in this application] appeal for the periods from June 29, 1992 to March 20, 1993 and from August 16, 1993 to May 7, 1994 on the basis that the Appellant and the Worker were not dealing at arm's length within the meaning of paragraph 3(2)(c) of the Act;
- b) during the period in question, the Appellant engaged the Worker under the same terms and conditions as the periods mentioned in paragraph 4(a) above;
- c) the Appellant was incorporated on February 27, 1976 and operates year round as a general building and renovating contractor;
- d) the share structure of the Appellant is as follows:
- | <u>Shareholder</u> | <u>Percentage of Shares</u> |
|--------------------|-----------------------------|
| Blaine Jenkins     | 90%                         |
| Lillian Jenkins    | 10%                         |
- e) the Worker is the son of Blaine and Lillian Jenkins;
- f) the Worker's primary duties were installing windows, doors and ventilation systems;
- g) the Worker's rate of pay during the periods in question was \$12.00 and \$13.00 an hour, respectively, paid weekly by cheque;
- h) the Worker's hours of work were said to be 8:30 a.m. to 4:30 p.m.;
- i) the Worker consistently received the same number of overtime hours to guarantee a static paycheque;
- j) the Worker was engaged for the minimum number of weeks required to qualify for unemployment insurance benefits;
- k) the Worker was not supervised while performing duties;
- l) the Worker was said to be laid off due to shortage of work;

que l'emploi du salarié n'était pas assurable. Par souci de commodité, je reproduis les hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'est fondé dans sa réponse à l'avis d'appel interjeté devant la Cour de l'impôt:

## [TRADUCTION]

- a) Dans le jugement n° 95-829 (UI) de la Cour canadienne de l'impôt, l'appel a été rejeté pour les périodes allant du 29 juin 1992 au 20 mars 1993 et du 16 août 1993 au 7 mai 1994, pour le motif que l'appelante et le travailleur avaient entre eux un lien de dépendance au sens de l'alinéa 3(2)c) de la Loi;
- b) au cours de la période en question, l'appelante a embauché le travailleur selon les mêmes modalités que celles qui s'appliquaient pendant les périodes mentionnées à l'alinéa 4a) qui précède;
- c) l'appelante a été constituée le 27 février 1976 et exploite à longueur d'année une entreprise à titre d'entrepreneur général en construction et en rénovation;
- d) les actions de l'appelante sont réparties comme suit:
- | <u>Actionnaire</u> | <u>Pourcentage des actions</u> |
|--------------------|--------------------------------|
| Blaine Jenkins     | 90 %                           |
| Lillian Jenkins    | 10 %                           |
- e) le travailleur est le fils de Blaine et de Lillian Jenkins;
- f) les fonctions principales du travailleur consistaient à installer des fenêtres, des portes et des systèmes de ventilation;
- g) pendant les périodes en question, le travailleur a été rémunéré au taux horaire de 12 \$ et de 13 \$, respectivement, rémunération qui lui était versée par chèque à toutes les semaines;
- h) le travailleur travaillait apparemment de 8 h 30 à 16 h 30;
- i) le travailleur était toujours appelé à effectuer le même nombre d'heures supplémentaires, de sorte à garantir que le montant de son chèque de paye soit toujours le même;
- j) le travailleur a été embauché pour le nombre minimal de semaines dont il avait besoin pour être admissible à des prestations d'assurance-chômage;
- k) le travailleur n'était pas supervisé dans l'exécution de ses fonctions;
- l) le travailleur aurait apparemment été mis à pied à cause d'un manque de travail;

- |  |   |
|--|---|
| <p>m) the monthly gross revenue of the Appellant does not illustrate a significant decrease or increase throughout the year;</p> <p>n) the Worker is related to the Appellant within the meaning of the <i>Income Tax Act</i>;</p> <p>o) the Worker was not dealing with the Appellant at arm's length;</p> <p>p) having regard to all the circumstances of the employment, including the remuneration paid, the terms and conditions, the duration and the nature and importance of the work performed, it is not reasonable to conclude that the Worker and the Appellant would have entered into a substantially similar contract of employment if they had been dealing with each other at arm's length.<sup>7</sup> [Emphasis added.]</p> | <p>m) le revenu brut mensuel de l'appelante ne varie pas sensiblement d'une période de l'année à l'autre;</p> <p>n) le travailleur est une personne liée à l'appelante au sens de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i>;</p> <p>o) le travailleur avait un lien de dépendance avec l'appelante;</p> <p>p) compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rétribution versée, les modalités d'emploi, ainsi que la durée, la nature et l'importance du travail accompli, il n'est pas raisonnable de conclure que le travailleur et l'appelante auraient conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance<sup>7</sup>. [Mots non soulignés dans l'original.]</p> |
|--|---|

[10] During the proceedings before the Tax Court of Canada, the respondent disputed a number of the Minister's key assumptions of fact regarding the terms and conditions of the worker's employment. Specifically, the respondent denied the allegations in subparagraphs b), g) to k), o) and p). These denials came despite Mr. Jenkins' earlier statement to the appeals officer that the terms and conditions of the worker's employment during the relevant period were basically the same as in previous years.

[10] Au cours de l'instance qui s'est déroulée devant la Cour canadienne de l'impôt, l'intimée a contesté plusieurs des principales hypothèses de fait formulées par le ministre au sujet des modalités d'emploi du salarié. Plus précisément, l'intimée a nié les allégations contenues aux alinéas b), g) à k), o) et p) et ce, malgré le fait que M. Jenkins avait auparavant déclaré à l'agent des appels que les modalités d'emploi du salarié au cours de la période en cause étaient essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes.

[11] Relying upon these assumptions of fact, on 16 November 1995, the Minister again determined that the worker's employment during the period in question was not insurable employment. This time around, the Minister provided two reasons for the determination. Firstly, that the worker was not employed pursuant to a contract of service as required by paragraph 3(1)(a) of the UI Act. Secondly, that the worker's employment was excepted from insurability pursuant to paragraph 3(2)(c) because the worker and the respondent were not dealing with each other at arm's length, and the Minister was of the view that they would not have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length. Paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) of the UI Act read:

[11] Se fondant sur ces hypothèses de fait, le ministre a, le 16 novembre 1995, conclu une fois de plus que l'emploi que le salarié avait exercé au cours de la période en question n'était pas un emploi assurable. Cette fois-ci, le ministre a invoqué deux motifs pour justifier sa décision. En premier lieu, il s'est dit d'avis que le salarié n'était pas employé aux termes d'un contrat de louage de services contrairement à ce qu'exige l'alinéa 3(1)a) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. En second lieu, le ministre a estimé que l'emploi exercé par le salarié était un emploi exclu au sens de l'alinéa 3(2)c), étant donné que le salarié et l'intimée avaient entre eux un lien de dépendance et qu'ils n'auraient pas conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance. Voici le libellé des alinéas 3(1)a) et 3(2)c) de la *Loi sur l'assurance-chômage*:

3. (1) Insurable employment is employment that is not included in excepted employment and is

3. (1) Un emploi assurable est un emploi non compris dans les emplois exclus et qui est, selon le cas:

(a) employment in Canada by one or more employers, under any express or implied contract of service or apprenticeship, written or oral, whether the earnings of the employed person are received from the employer or some other person and whether the earnings are calculated by time or by piece, or partly by time and partly by piece, or otherwise;

...

(2) Excepted employment is

...

(c) subject to paragraph (d), employment where the employer and employee are not dealing with each other at arm's length and, for the purposes of this paragraph,

(i) the question of whether persons are not dealing with each other at arm's length shall be determined in accordance with the provisions of the *Income Tax Act*, and

(ii) where the employer is, within the meaning of that Act, related to the employee, they shall be deemed to deal with each other at arm's length if the Minister of National Revenue is satisfied that, having regard to all the circumstances of the employment, including the remuneration paid, the terms and conditions, the duration and the nature and importance of the work performed, it is reasonable to conclude that they would have entered into a substantially similar contract of employment if they had been dealing with each other at arm's length;

[12] Section 251 of the *Income Tax Act*<sup>8</sup> sets out the test for an arm's length relationship which is to be used for the purposes of paragraph 3(2)(c) of the UI Act. It reads in part:

**251.** (1) For the purposes of this Act,

(a) related persons shall be deemed not to deal with each other at arm's length; and

...

(2) For the purpose of this Act, "related persons", or persons related to each other, are

(a) individuals connected by blood relationship, marriage or adoption;

(b) a corporation and

(i) a person who controls the corporation if it is controlled by one person,

(ii) a person who is a member of a related group that controls the corporation, or

a) un emploi exercé au Canada pour un ou plusieurs employeurs, en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage exprès ou tacite, écrit ou verbal, que l'employé reçoive sa rémunération de l'employeur ou d'une autre personne et que la rémunération soit calculée soit au temps soit aux pièces, soit en partie au temps et en partie aux pièces, soit de toute autre manière;

...

(2) Les emplois exclus sont les suivants:

...

c) sous réserve de l'alinéa d), tout emploi lorsque l'employeur et l'employé ont entre eux un lien de dépendance et, pour l'application du présent alinéa:

(i) la question de savoir si des personnes ont entre elles un lien de dépendance étant déterminée en conformité avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) l'employeur et l'employé, lorsqu'ils sont des personnes liées entre elles, au sens de cette loi, étant réputés ne pas avoir de lien de dépendance si le ministre du Revenu national est convaincu qu'il est raisonnable de conclure, compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rétribution versée, les modalités d'emploi, ainsi que la durée, la nature et l'importance du travail accompli, qu'ils auraient conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance;

[12] C'est à l'article 251 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>8</sup> que l'on trouve le critère qui sert à décider s'il existe un lien de dépendance pour l'application de l'alinéa 3(2)(c) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. L'article 251 prévoit notamment:

**251.** (1) Pour l'application de la présente loi:

a) des personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance;

...

(2) Pour l'application de la présente loi, sont des «personnes liées» ou des personnes liées entre elles:

a) des particuliers unis par les liens du sang, du mariage ou de l'adoption;

b) une société et:

(i) une personne qui contrôle la société si cette dernière est contrôlée par une personne;

(ii) une personne qui est membre d'un groupe lié qui contrôle la société,

(iii) any person related to a person described by subparagraph (i) or (ii); and

(iii) toute personne liée à une personne visée au sous-alinéa (i) ou (ii);

### JUDGMENT OF THE TAX COURT

[13] By judgment rendered on 21 June 1996, the Deputy Tax Court Judge allowed the respondent's appeal and reversed the Minister's determination that the worker's employment was not insurable during the period in question.

[14] The Deputy Tax Court Judge found that, in making his determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) of the UI Act, the Minister improperly relied upon the Tax Court's previous decision in *Jencan No. 1*. Specifically, the Deputy Tax Court Judge was of the view that the Minister erred in relying upon the allegation that the worker was engaged under the same terms and conditions of employment during the period in question as he was during the periods which were the subject of the Tax Court's decision in *Jencan No. 1*. See allegation (b) reproduced above.

[15] Although the appellant (the respondent in this application) had the burden of proving his case, the Deputy Tax Court Judge emphasized that the appeal had to be decided based on the facts as particularly established before him. In his view, the Minister's wholesale reliance upon the assumptions of fact as originally established in the previous determination was improper because, upon examination of the evidence in the present appeal, the Deputy Tax Court Judge found that there were material differences in the worker's terms and conditions of employment during the period in question. In his words, "[t]he facts in the appeal at hand are different from those outlined in the *Jencan* case, supra."<sup>9</sup> Some of the Minister's allegations of fact, in other words, had been disproved in the context of the present appeal.

[16] Having found that the Minister improperly exercised his discretion in relying upon allegations which had been disproved by the evidence, the Deputy Tax Court Judge held that it was open for him, in

### JUGEMENT DE LA COUR DE L'IMPÔT

[13] Par jugement rendu le 21 juin 1996, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et infirmé la décision par laquelle le ministre avait conclu que l'emploi exercé par le salarié au cours de la période en question n'était pas un emploi assurable.

[14] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a conclu que, pour rendre sa décision en vertu du sous-alinéa 3(2)c(ii) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, le ministre s'était fondé à tort sur le jugement antérieur rendu par la Cour de l'impôt dans l'affaire *Jencan n° 1*. Plus précisément, il s'est dit d'avis que le ministre avait commis une erreur en se fondant sur l'allégation que le salarié avait, lors de la période en question, été embauché aux mêmes conditions que celles qui s'appliquaient lors des périodes visées par la décision de la Cour de l'impôt dans l'affaire *Jencan n° 1* (voir l'allégation b) ci-dessus reproduite).

[15] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a souligné que, bien qu'il incombe à l'appelante (l'intimée dans la présente demande) d'établir ce qu'elle avance, chaque appel doit être jugé en fonction des faits qui sont établis. À son avis, le ministre avait eu tort d'accepter en bloc les hypothèses de fait qui avaient été retenues dans la décision précédente, étant donné que, compte tenu de la preuve administrée dans le présent appel, les modalités d'emploi du salarié étaient très différentes au cours de la période en question. Pour reprendre ses propres paroles: «[l]es faits en l'espèce sont différents de ceux qui ont été exposés dans l'affaire *Jencan*, précitée»<sup>9</sup>. En d'autres termes, certaines des allégations de fait du ministre avaient été réfutées dans le contexte du présent appel.

[16] Ayant conclu que le ministre avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur des allégations qui étaient réfutées par la preuve, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a estimé qu'il lui était

accordance with this Court's decision in *Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue*,<sup>10</sup> to engage in a *de novo* review of the issues in this appeal.

[17] He held that the preponderance of evidence established by the respondent supported the existence of a genuine contract of service between the worker and the respondent. He was satisfied that there existed "real legal ties" between the respondent and the worker.

[18] Contrary to the Minister's determination, the Deputy Tax Court Judge then held that the worker's employment was not "excepted employment" within the meaning of subsection 3(2) of the UI Act. Although the worker and the respondent company were "related persons" within the meaning of section 251 of the *Income Tax Act*, the Deputy Tax Court Judge reached the conclusion stated in the following paragraph of his reasons:

The discretion of the Minister was exercised on the basis that no contract of service existed. It was also exercised on the erroneous basis that the facts were exactly similar to another appeal. This, no doubt, led to the inappropriate use of the Minister's discretion which led to the determination that the Appellant [the respondent in this application] and the Worker were not dealing with each other at arm's length.

This Court in reviewing the evidence is satisfied that the Appellant and the Worker were at arm's length during the period from July 4, 1994 to January 7, 1995 only.<sup>11</sup>

[19] Having found that the worker and the respondent "were at arm's length", the Deputy Tax Court Judge allowed the respondent's appeal and reversed the Minister's determination that the worker's employment was not insurable during the period in question.

[20] The Attorney General of Canada brings this application for judicial review of that decision.

loisible, conformément à l'arrêt *Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national*<sup>10</sup>, d'examiner de nouveau les points litigieux soulevés dans le présent appel.

[17] Il a statué que la prépondérance de la preuve établie par l'intimée permettait de conclure qu'un véritable contrat de louage de services existait entre le salarié et l'intimée. Il s'est dit convaincu qu'il existait «une véritable relation juridique» entre l'intimée et le salarié.

[18] Contrairement à la décision du ministre, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a ensuite statué que l'emploi du salarié n'était pas un «emploi exclu» au sens du paragraphe 3(2) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Malgré le fait que le salarié et la société intimée étaient des «personnes liées» au sens de l'article 251 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le juge suppléant de la Cour de l'impôt en est arrivé à la conclusion exposée dans le paragraphe suivant de ses motifs:

Le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur l'hypothèse qu'aucun contrat de louage de services n'existait pas. Il a également exercé son pouvoir discrétionnaire en supposant, à tort, que les faits étaient exactement les mêmes que dans un autre appel. C'est ce qui l'a sans doute amené à exercer son pouvoir discrétionnaire de façon non appropriée et à déterminer que l'appelante [l'intimée en l'espèce] et le travailleur avaient entre eux un lien de dépendance.

Ayant examiné la preuve, cette cour est convaincue que l'appelante et le travailleur n'avaient pas de lien de dépendance pendant la période allant du 4 juillet 1994 au 7 janvier 1995 seulement<sup>11</sup>.

[19] Ayant conclu que le salarié et l'intimée «n'avaient pas de lien de dépendance», le juge suppléant de la Cour de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et a infirmé la décision par laquelle le ministre avait conclu que l'emploi exercé par le salarié au cours de la période en question n'était pas assurable.

[20] Le procureur général du Canada a introduit la présente demande en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de cette décision.

## STATUTORY FRAMEWORK

[21] The extent of the jurisdiction and powers of the Tax Court on an appeal from a determination by the Minister pursuant to section 61 of the UI Act are set out in section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 23] and subsection 71(1). These provisions read:

70. (1) The Commission or a person affected by a determination by, or a decision on an appeal to, the Minister under section 61 may, within ninety days after the determination or decision is communicated to him, or within such longer time as the Tax Court of Canada on application made to it within those ninety days may allow, appeal from the determination or decision to that Court in the manner prescribed.

(2) On an appeal under this section, the Tax Court of Canada may reverse, affirm or vary the determination, may vacate, confirm or vary the assessment or may refer the matter back to the Minister for reconsideration and reassessment, and shall thereupon in writing notify the parties to the appeal of its decision and the reasons therefor.

71. (1) The Minister and the Tax Court of Canada have authority to decide any question of fact or law necessary to be decided in determining any question or reconsidering any assessment required to be determined or reconsidered under section 61 or 70 and to decide whether a person may be or is affected thereby, and, except as provided in this Act, the decision of the Minister, or the decision of the Tax Court of Canada, as the case may be, is final and binding for all purposes of this Act.

## ANALYSIS

[22] In this case, the Minister advanced two grounds for his determination that the respondent's employment was not insurable. First, there was no genuine contract of service between the respondent and the worker as required by paragraph 3(1)(a), and, second, the worker's employment was excepted from insurability pursuant to paragraph 3(2)(c) because the worker and the respondent were not at arm's length and they would not have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length.

## CADRE LÉGISLATIF

[21] L'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 23] et le paragraphe 71(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* exposent la portée de la compétence et des pouvoirs qui sont conférés à la Cour de l'impôt lorsqu'elle est saisie d'un appel d'une décision rendue par le ministre en vertu de l'article 61. Voici le texte de ces dispositions:

70. (1) La Commission ou une personne que concerne le règlement d'une question par le ministre ou une décision sur appel au ministre, en vertu de l'article 61, peut, dans les quatre-vingt-dix jours de la communication du règlement ou de la décision ou dans le délai supplémentaire que peut accorder la Cour canadienne de l'impôt sur demande à elle présentée dans ces quatre-vingt-dix jours, interjeter appel devant la Cour canadienne de l'impôt de la manière prescrite.

(2) Sur appel interjeté en vertu du présent article, la Cour canadienne de l'impôt peut infirmer, confirmer ou modifier le règlement de la question, peut annuler, confirmer ou modifier l'évaluation ou peut renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il l'étudie de nouveau et fasse une nouvelle évaluation; dès lors, elle est tenue de notifier par écrit sa décision et ses motifs aux parties à l'appel.

71. (1) Le ministre et la Cour canadienne de l'impôt ont le pouvoir de décider toute question de fait ou de droit qu'il est nécessaire de décider pour régler une question ou reconsidérer une évaluation qui doit être réglée ou reconsidérée en vertu des articles 61 ou 70, ainsi que de décider si une personne est ou peut être concernée et, sauf disposition contraire de la présente loi, la décision du ministre ou de la Cour canadienne de l'impôt, selon le cas, est définitive et obligatoire à toutes les fins de la présente loi.

## ANALYSE

[22] En l'espèce, le ministre fait valoir deux moyens pour justifier sa décision suivant laquelle le salarié n'exerçait pas un emploi assurable auprès de l'intimée. En premier lieu, le ministre soutient qu'il n'existait pas de véritable contrat de louage de services entre l'intimée et le salarié, contrairement à ce qu'exige l'alinéa 3(1)a). En second lieu, le ministre affirme que l'emploi exercé par le salarié était un emploi exclu au sens de l'alinéa 3(2)c), étant donné que le salarié et l'intimée avaient entre eux un lien de dépendance et qu'ils n'auraient pas conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un tel lien de dépendance.

[23] The Deputy Tax Court Judge's reasons for judgment indicate that he directed his mind to both grounds advanced in support of the Minister's determination that the worker's employment was not insurable. However, in my respectful view, the clarity of the reasons would have been enhanced had he analyzed the two grounds separately. Either one of the Minister's two grounds, if established by the evidence, was sufficient to support the Minister's determination that the worker's employment during the relevant period was not insurable. Each ground, therefore, ought to have been considered separately in light of the evidence. A separate review is particularly important in cases such as this one where the applicable standard of review is different for each of the stated grounds.

[24] The Minister's determination under paragraph 3(1)(a) that the worker's employment is not pursuant to a contract of service is a quasi-judicial decision subject, on appeal, to independent review by the Tax Court. In contrast, this Court established in *Tignish, supra*, that the Tax Court must exhibit a higher degree of judicial deference in reviewing a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii). As will be seen, it is only where the Tax Court concludes that the Minister exercised his discretion in a manner contrary to law that the Tax Court should pass to a review of the merits of the Minister's determination under this latter provision.

[25] In *Canada v. Schnurer Estate*,<sup>12</sup> this Court made it clear that, on appeal, the Tax Court must consider whether there is a sufficient factual foundation for the Minister's determination on either or both of the grounds advanced by the Minister. The Tax Court must, therefore, review each of the grounds separately in the light of the evidence. Firstly, was the employment pursuant to an express or implied contract of service? If not, the employment is not insurable unless it falls within one of the exceptions to paragraph 3(1)(a) in subsection 4(1) or in a regulation enacted pursuant to subsection 4(2). Secondly, if it is

[23] Il ressort des motifs de son jugement que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a tenu compte des deux moyens invoqués pour justifier la décision du ministre selon laquelle l'emploi du salarié n'était pas un emploi assurable. Toutefois, à mon humble avis, ses motifs auraient été plus clairs s'il avait analysé les deux moyens séparément. Si leur bien-fondé avait été établi par la preuve, l'un ou l'autre des deux moyens invoqués par le ministre aurait suffi pour justifier la décision par laquelle le ministre avait conclu que l'emploi exercé par le salarié au cours de la période en cause n'était pas assurable. Chacun des deux moyens aurait donc dû être examiné séparément à la lumière de la preuve. Un examen distinct est particulièrement important dans des affaires comme la présente, dans laquelle la norme de contrôle applicable est différente pour chacun des moyens invoqués.

[24] La décision par laquelle le ministre a conclu, en vertu de l'alinéa 3(1)a), que l'emploi exercé par le salarié n'était pas régi par un contrat de louage de services, constitue une décision quasi-judiciaire qui est, en appel, susceptible d'un contrôle indépendant de la part de la Cour de l'impôt. En revanche, notre Cour a statué, dans l'arrêt *Tignish*, précité, que la Cour de l'impôt devait faire preuve d'une plus grande retenue judiciaire lorsqu'elle examine une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii). Comme on le verra, ce n'est que lorsque la Cour de l'impôt conclut que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui est contraire à la loi qu'elle peut contrôler le bien-fondé de la décision rendue par le ministre en vertu de la disposition en question.

[25] Dans l'arrêt *Canada c. Succession Schnurer*<sup>12</sup>, notre Cour a bien précisé que, lorsqu'elle est saisie d'un appel, la Cour de l'impôt doit décider s'il existe un fondement factuel suffisant pour justifier la décision du ministre selon l'un ou l'autre des moyens invoqués par celui-ci. La Cour de l'impôt doit donc examiner chaque moyen séparément à la lumière de la preuve. Elle doit d'abord se demander si l'emploi était exercé dans le cadre d'un contrat de louage de services exprès ou tacite. Dans la négative, l'emploi n'est pas assurable, à moins qu'il ne tombe sous le coup de l'une des exceptions à l'alinéa 3(1)a) qui sont énumé-

employment under a contract of service or if it is otherwise insurable under section 4, is it “excepted employment” within the meaning of subsection 3(2)?

[26] Dealing first with paragraph 3(1)(a), it cannot be said that the Deputy Tax Court Judge erred in law in reversing the Minister’s determination that the worker was not employed pursuant to a contract of service. It was open to the Deputy Tax Court Judge, on an independent review, to find that the preponderance of evidence supported the existence of a genuine contract of service between the respondent and the worker. I would note, however, that the Deputy Tax Court Judge provided little in the way of written reasons on this issue and, of the reasons that he did provide, his choice of words was not the most fortunate. In concluding that the preponderance of evidence established the existence of a genuine contract of service, he stated simply that he was satisfied that there did exist between the respondent and the worker “real legal ties”.<sup>13</sup>

[27] The real issue in paragraph 3(1)(a) is whether the worker was employed pursuant to a contract of service or a contract for service. Either form of employment can create “real legal ties” between the parties. But, only employment in the former category qualifies, subject to the exceptions in subsection 3(2), as “insurable employment” within the meaning of paragraph 3(1)(a). It is not enough to find that there is a genuine contract, or real legal ties, between the parties. In order to satisfy the requirement of paragraph 3(1)(a), there must be a genuine contract of service; which means, in essence, that there is a relationship of subordination between the parties.<sup>14</sup> The worker, in other words, must be a true employee of the respondent, and not merely a contractor working for the respondent pursuant to a contract of enterprise.

rées au paragraphe 4(1) ou dans un règlement pris en application du paragraphe 4(2). En second lieu, la Cour de l’impôt doit, s’il s’agit d’un emploi régi par un contrat de louage de services ou d’un emploi qui est par ailleurs assurable aux termes de l’article 4, se demander s’il s’agit d’un «emploi exclu» au sens du paragraphe 3(2).

[26] Pour ce qui est tout d’abord de l’alinéa 3(1)a), on ne saurait dire que le juge suppléant de la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit en infirmant la décision par laquelle le ministre avait conclu que le salarié n’était pas employé dans le cadre d’un contrat de louage de services. Il était loisible au dit juge, dans un examen indépendant, de conclure, en se fondant sur la prépondérance de la preuve, à l’existence d’un véritable contrat de louage de services entre l’intimée et le salarié. Je tiens toutefois à signaler que le juge suppléant de la Cour de l’impôt n’a pas longuement motivé ses conclusions sur cette question et que, dans les motifs qu’il a effectivement exposés, son choix de mots n’est pas des plus heureux. Pour conclure, en se fondant sur la prépondérance de la preuve, à l’existence d’un véritable contrat de louage de services, il s’est contenté de déclarer qu’il était convaincu qu’il existait une «véritable relation juridique» entre l’intimée et le salarié<sup>13</sup>.

[27] La véritable question à se poser sous le régime de l’alinéa 3(1)a) est celle de savoir si le salarié était employé en vertu d’un contrat de louage de services ou en vertu d’un contrat d’entreprise. L’un et l’autre type de contrat sont susceptibles de créer une «véritable relation juridique» entre les parties. Mais, sous réserve des exceptions contenues au paragraphe 3(2), seuls les emplois qui entrent dans la première catégorie remplissent les conditions requises pour être considérés comme des «emplois assurables» au sens de l’alinéa 3(1)a). Il ne suffit pas de conclure qu’il existe un véritable contrat ou une véritable relation juridique entre les parties. Pour satisfaire aux exigences de l’alinéa 3(1)a), il faut qu’il existe un véritable contrat de louage de services, ce qui suppose, essentiellement, l’existence d’un lien de subordination entre les parties<sup>14</sup>. En d’autres termes, le salarié doit être un véritable employé de l’intimée, et pas seulement un entrepreneur qui travaille pour l’intimée dans le cadre d’un contrat d’entreprise.



[28] Despite scant reasoning, however, the Deputy Tax Court Judge specified that on his view of the evidence, the respondent had established a genuine contract of service between the worker and the respondent. Since it was open to the Deputy Tax Court Judge to make such a finding, since he was in a privileged position to review the Minister's assumptions of fact in light of the *viva voce* evidence presented at trial,<sup>15</sup> and since the applicant has not challenged this aspect of his reasons for judgment, there is no basis in law for interfering with the conclusion of the Deputy Tax Court Judge on this issue. I will, therefore, pass to a consideration of the reasons of the Deputy Tax Court Judge in relation to the issues arising under paragraph 3(2)(c).

[29] I note at the outset that the language used by the Deputy Tax Court Judge in reversing the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) may be cause for some confusion. He concludes, on the basis of the evidence, that the worker and the respondent "were at arm's length during the period from July 4, 1994 to January 7, 1995 only".<sup>16</sup> This is not entirely accurate. Subparagraph 3(2)(c)(i) states expressly that the question of whether or not persons are dealing at arm's length "shall be determined in accordance with the provisions of the *Income Tax Act*". There is no dispute in this case that the worker and the respondent are "related persons" within the meaning of section 251 of the *Income Tax Act*. The respondent conceded this point during the proceedings in the Tax Court. The critical issue in this application for judicial review is whether the Deputy Tax Court Judge erred in law in interfering with the discretionary determination made by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii). This provision gives the Minister the discretionary authority to deem "related persons" to be at arm's length for the purposes of the UI Act where the Minister is of the view that the related persons would have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length. In this case, the applicant submits that the Deputy Tax Court Judge erred in reversing the Minister's discretionary determination that the worker and the respondent should not be deemed to be at arm's length for the purposes of the UI Act.

[28] Malgré ses motifs laconiques, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a toutefois précisé que, suivant son appréciation de la preuve, l'intimée avait établi qu'il existait un véritable contrat de louage de services entre elle et le salarié. Comme il était loisible au juge suppléant de la Cour de l'impôt de tirer une telle conclusion, étant donné qu'il se trouvait dans une situation privilégiée qui lui permettait d'examiner les hypothèses de fait retenues par le ministre à la lumière des témoignages entendus au procès<sup>15</sup>, et comme le requérant n'a pas contesté cet aspect des motifs du jugement, il n'y a aucune raison en droit de modifier la conclusion qu'il a tirée sur cette question. Je passe donc à l'examen des motifs exposés par le juge suppléant de la Cour de l'impôt au sujet des questions que soulève l'alinéa 3(2)c).

[29] Je signale d'entrée de jeu que les termes que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a employés pour infirmer la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) risquent de créer de la confusion. Il conclut en effet, d'après la preuve, que le salarié et l'intimée «n'avaient pas de lien de dépendance pendant la période allant du 4 juillet 1994 au 7 janvier 1995 seulement»<sup>16</sup>. Or, cela n'est pas tout à fait exact. Le sous-alinéa 3(2)c)(i) déclare expressément que la question de savoir s'il existe ou non un lien de dépendance entre des personnes est «déterminée en conformité avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*». Il est acquis aux débats en l'espèce que le salarié et l'intimée sont des «personnes liées» au sens de l'article 251 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'intimée l'a reconnu au cours de l'instance qui s'est déroulée devant la Cour de l'impôt. La question cruciale qui se pose dans la présente demande de contrôle judiciaire est celle de savoir si le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en modifiant la décision discrétionnaire rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii). Cette disposition confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de présumer que des «personnes liées» n'ont pas de lien de dépendance pour l'application de la *Loi sur l'assurance-chômage* s'il est d'avis que ces personnes liées auraient conclu entre elles un contrat de travail à peu près semblable si elles n'avaient pas eu un lien de dépendance. En l'espèce, le requérant soutient que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur en infirmant

[30] The sheer number of appeals from ministerial determinations made pursuant to subparagraph 3(2)(c)(ii) since the *Tignish* decision suggests that the law requires further clarification. For this reason, I set out below the principles which may fairly be derived from the authorities in this Court with respect to subparagraph 3(2)(c)(ii).

[31] The decision of this Court in *Tignish, supra*, requires that the Tax Court undertake a two-stage inquiry when hearing an appeal from a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii). At the first stage, the Tax Court must confine the analysis to a determination of the legality of the Minister's decision. If, and only if, the Tax Court finds that one of the grounds for interference are established can it then consider the merits of the Minister's decision. As will be more fully developed below, it is by restricting the threshold inquiry that the Minister is granted judicial deference by the Tax Court when his discretionary determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii) are reviewed on appeal. Desjardins J.A., speaking for this Court in *Tignish, supra*, described the Tax Court's circumscribed jurisdiction at the first stage of the inquiry as follows:

Subsection 71(1) of the Act provides that the Tax Court has authority to decide questions of fact and law. The applicant, who is the party appealing the determination of the Minister, has the burden of proving its case and is entitled to bring new evidence to contradict the facts relied on by the Minister. The respondent submits, however, that since the present determination is a discretionary one, the jurisdiction of the Tax Court is strictly circumscribed. The Minister is the only one who can satisfy himself, having regard to all the circumstances of the employment, including the remuneration paid, the terms and conditions and importance of the work performed, that the applicant and its employee are to be deemed to deal with each other at arm's length. Under the authority of *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.*, contends the respondent, unless the Minister has not had regard to all the circum-

la décision discrétionnaire par laquelle le ministre avait conclu que le salarié et l'intimée n'auraient pas dû être réputés ne pas avoir de lien de dépendance pour l'application de la *Loi sur l'assurance-chômage*.

[30] Le nombre d'appels interjetés de décisions qui ont été rendues par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) depuis le prononcé de l'arrêt *Tignish* donne à penser qu'il y a lieu de clarifier davantage les règles de droit applicables. Pour cette raison, j'exposerai les principes que l'on peut dégager de la jurisprudence de notre Cour portant sur le sous-alinéa 3(2)c)(ii).

[31] L'arrêt que notre Cour a prononcé dans l'affaire *Tignish*, précitée, exige que, lorsqu'elle est saisie d'un appel interjeté d'une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii), la Cour de l'impôt procède à une analyse à deux étapes. À la première étape, la Cour de l'impôt doit limiter son analyse au contrôle de la légalité de la décision du ministre. Ce n'est que lorsqu'elle conclut que l'un des motifs d'intervention est établi que la Cour de l'impôt peut examiner le bien-fondé de la décision du ministre. Comme nous l'expliquerons plus en détail plus loin, c'est en limitant son analyse préliminaire que la Cour de l'impôt fait preuve de retenue judiciaire envers le ministre lorsqu'elle examine en appel les décisions discrétionnaires que celui-ci rend en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii). Dans l'arrêt *Tignish*, notre Cour a, sous la plume du juge Desjardins, J.C.A., expliqué dans les termes suivants la compétence limitée qui est conférée à la Cour de l'impôt à cette première étape de l'analyse:

Le paragraphe 7(1) de la Loi porte que la Cour de l'impôt a le pouvoir de décider toute question de fait et de droit. La requérante, qui en appelle du règlement du ministre, a le fardeau de prouver sa cause et a le droit de soumettre de nouveaux éléments de preuve pour réfuter les faits sur lesquels s'est appuyé le ministre. Toutefois, comme la décision du ministre est discrétionnaire, l'intimé fait valoir que la compétence de la Cour de l'impôt est strictement circonscrite. Le ministre est la seule personne qui puisse établir à sa satisfaction, compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rémunération versée, les modalités d'emploi et l'importance du travail accompli, que la requérante et son employée sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance. Souscrivant à l'arrêt *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.*, qui fait autorité, l'intimé prétend que, à moins que l'on établisse que le

stances of the employment (as required by subparagraph 3(2)(c)(ii) of the Act), has considered irrelevant factors, or has acted in contravention of some principle of law, the court may not interfere. Moreover, the court is entitled to examine the facts which are shown by evidence to have been before the Minister when he reached his conclusion so as to determine if these facts are proven. But if there is sufficient material to support the Minister's conclusion, the court is not at liberty to overrule it merely because it would have come to a different conclusion. If, however, those facts are, in the opinion of the court, insufficient in law to support the conclusion arrived at by the Minister, his determination cannot stand and the court is justified in intervening.

In my view, the respondent's position is correct in law . . . .<sup>17</sup>

[32] In *Ferme Émile Richard et Fils Inc. v. Minister of National Revenue et al.*, this Court confirmed its position. In *obiter dictum*, Dé Cary J.A. stated the following:

As this court recently noted in **Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue**, July 25, 1994, A-555-93, F.C.A., not reported, an appeal to the Tax Court of Canada in a case involving the application of s. 3(2)(c)(ii) is not an appeal in the strict sense of the word and more closely resembles an application for judicial review. In other words, the court does not have to consider whether the Minister's decision was correct: what it must consider is whether the Minister's decision resulted from the proper exercise of his discretionary authority. It is only where the court concludes that the Minister made an improper use of his discretion that the discussion before it is transformed into an appeal *de novo* and the court is empowered to decide whether, taking all the circumstances into account, such a contract of employment would have been concluded between the employer and employee if they had been dealing at arm's length.<sup>18</sup>

[33] Section 70 provides a statutory right of appeal to the Tax Court from any determination made by the Minister under section 61, including a determination made under subparagraph 3(2)(c)(ii). The jurisdiction of the Tax Court to review a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii) is circumscribed because Parliament, by the language of this provision, clearly intended to confer upon the Minister a discretionary power to make these determinations. The words "if the Minister of National Revenue is satisfied" contained in subparagraph 3(2)(c)(ii) confer upon the Minister the authority to exercise an adminis-

ministre n'a pas tenu compte de toutes les circonstances (comme il y est tenu aux termes du sous-alinéa 3(2)c)(ii) de la Loi), a pris en compte des facteurs dépourvus d'intérêt ou a violé un principe de droit, la Cour ne peut intervenir. En outre, la Cour a le droit d'examiner les faits qui, selon la preuve, se trouvaient devant le ministre quand il est arrivé à sa conclusion, pour décider si ces faits sont prouvés. Mais s'il y a suffisamment d'éléments pour appuyer la conclusion du ministre, la Cour n'a pas toute latitude pour l'infirmier simplement parce qu'elle serait arrivée à une conclusion différente. Toutefois, si la Cour est d'avis que les faits sont insuffisants, en droit, pour appuyer la conclusion du ministre, la décision de ce dernier ne peut tenir et la Cour est justifiée d'intervenir.

À mon avis, la position de l'intimé est correctement exposée sur le plan du droit . . . .<sup>17</sup>

[32] Dans l'arrêt *Ferme Émile Richard et Fils Inc. c. Ministre du Revenu national et al.*, notre Cour a confirmé sa position. Dans une remarque incidente, le juge Dé Cary, J.C.A., a déclaré ce qui suit:

Ainsi que cette Cour l'a rappelé récemment dans **Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national** ((25 juillet 1994), A-555-93, C.A.F. inédit), l'appel devant la Cour canadienne de l'impôt, lorsqu'il s'agit de l'application du sous-alinéa 3(2)c)(ii), n'est pas un appel au sens strict de ce mot et s'apparente plutôt à une demande de contrôle judiciaire. La cour, en d'autres termes, n'a pas à se demander si la décision du Ministre est la bonne; elle doit plutôt se demander si la décision du Ministre résulte d'un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire. Ce n'est que lorsque la Cour en arrive à la conclusion que le Ministre a fait un usage inapproprié de sa discrétion, que le débat devant elle se transforme en un appel «*de novo*» et que la Cour est habilitée à décider si, compte tenu de toutes les circonstances, un contrat de travail à peu près semblable aurait été conclu entre l'employeur et l'employé s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance<sup>18</sup>.

[33] L'article 70 confère le droit d'interjeter appel devant la Cour de l'impôt de toute décision rendue par le ministre en vertu de l'article 61, y compris de toute décision rendue en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii). La compétence que possède la Cour de l'impôt de contrôler la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) est circonscrite parce que le législateur fédéral, par le libellé de cette disposition, voulait de toute évidence conférer au ministre le pouvoir discré tionnaire de rendre de telles décisions. Les mots «*si le ministre du Revenu national est convaincu*» que l'on trouve au sous-alinéa 3(2)c)(ii) confèrent au

trative discretion to make the type of decision contemplated by the subparagraph. Because it is a decision made pursuant to a discretionary power, as opposed to a quasi-judicial decision, it follows that the Tax Court must show judicial deference to the Minister's determination when he exercises that power. Thus, when Décary J.A. stated in *Ferme Émile*, *supra*, that such an appeal to the Tax Court "more closely resembles an application for judicial review", he merely intended, in my respectful view, to emphasize that judicial deference must be accorded to a determination by the Minister under this provision unless and until the Tax Court finds that the Minister has exercised his discretion in a manner contrary to law.

[34] If the Minister's power to deem "related persons" to be at arm's length for the purposes of the UI Act is discretionary, why, one might ask, does the right of appeal to the Tax Court under section 70 apply to subparagraph 3(2)(c)(ii) at all? The answer is that even discretionary powers are subject to review to ensure that they are exercised in a judicial manner or, in other words, in a manner consistent with the law. It is a necessary incident of the rule of law that all powers granted by Parliament are of an inherently limited nature. In *D. R. Fraser and Co., Ld. v. Minister of National Revenue*, Lord Macmillan summarized the legal principles which ought to govern such review. He stated:

The criteria by which the exercise of a statutory discretion must be judged have been defined in many authoritative cases, and it is well settled that if the discretion has been exercised bona fide, uninfluenced by irrelevant considerations and not arbitrarily or illegally, no court is entitled to interfere even if the court, had the discretion been theirs, might have exercised it otherwise.<sup>19</sup>

[35] Lord Macmillan's comments were quoted with approval by Abbott J. of the Supreme Court in *Boullis*

ministre la compétence pour exercer le pouvoir discrétionnaire administratif de rendre le type de décision visé par ce sous-alinéa. Comme il s'agit d'une décision rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, par opposition à une décision quasi-judiciaire, il s'ensuit que la Cour de l'impôt doit faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la décision du ministre lorsque celui-ci exerce ce pouvoir. Ainsi, lorsque le juge Décary, J.C.A., déclare dans l'arrêt *Ferme Émile*, précité, que ce type d'appel interjeté devant la Cour de l'impôt «s'apparente plutôt à une demande de contrôle judiciaire», il voulait simplement souligner, à mon humble avis, qu'on doit faire preuve de retenue judiciaire envers les décisions que le ministre rend en vertu de cette disposition à moins que la Cour de l'impôt ne conclue que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui est contraire à la loi.

[34] Si le pouvoir qu'a le ministre de présumer que des «personnes liées» n'ont pas de lien de dépendance entre elles pour l'application de la *Loi sur l'assurance-chômage* est un pouvoir discrétionnaire, pourquoi, pourrait-on se demander, le droit d'interjeter appel devant la Cour de l'impôt en vertu de l'article 70 s'applique-t-il au sous-alinéa 3(2)(c)(ii)? La réponse est que même l'exercice de pouvoirs discrétionnaires est susceptible d'un contrôle judiciaire pour s'assurer que ces pouvoirs sont exercés d'une manière judiciaire ou, en d'autres termes, qu'ils sont exercés d'une manière qui est compatible avec la loi. Il découle nécessairement du principe de la primauté du droit que tous les pouvoirs conférés par le législateur sont intrinsèquement limités. Dans l'arrêt *D. R. Fraser and Co., Ld. v. Minister of National Revenue*, lord Macmillan a résumé les principes juridiques qui devraient régir un tel contrôle judiciaire. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Les critères selon lesquels il faut juger l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi ont été définis dans plusieurs arrêts qui font jurisprudence et il est admis que si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi, sans influence d'aucune considération étrangère, ni de façon arbitraire ou illégale, aucune cour n'a le droit d'intervenir, même si cette cour eût peut-être exercé ce pouvoir discrétionnaire autrement s'il lui avait appartenu<sup>19</sup>.

[35] Le juge Abbott, de la Cour suprême, a cité et approuvé les commentaires de lord Macmillan dans

v. *Minister of Manpower and Immigration*.<sup>20</sup> See also *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*<sup>21</sup> and *Canada (Attorney General) v. Purcell*.<sup>22</sup>

[36] Thus, by limiting the first stage of the Tax Court's inquiry to a review of the legality of ministerial determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii), this Court has merely applied accepted judicial principles in order to strike the proper balance between the claimant's statutory right to have a determination by the Minister reviewed and the need for judicial deference in recognition of the fact that Parliament has entrusted a discretionary authority under this provision to the Minister.

[37] On the basis of the foregoing, the Deputy Tax Court Judge was justified in interfering with the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) only if it was established that the Minister exercised his discretion in a manner that was contrary to law. And, as I already said, there are specific grounds for interference implied by the requirement to exercise a discretion judicially. The Tax Court is justified in interfering with the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii)—by proceeding to review the merits of the Minister's determination—where it is established that the Minister: (i) acted in bad faith or for an improper purpose or motive; (ii) failed to take into account all of the relevant circumstances, as expressly required by paragraph 3(2)(c)(ii); or (iii) took into account an irrelevant factor.

[38] In this case, the Deputy Tax Court Judge's stated ground for interference was that the Minister improperly relied upon the assumptions of fact in *Jencan No. 1*; a previous decision of the Tax Court with respect to the worker's employment by the respondent company.

[39] In my respectful view, the previous decision in *Jencan No. 1* was not by itself an "irrelevant factor", as contended for by the respondent. It is necessary to consider how the previous decision was used. The

l'arrêt *Boullis c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*<sup>20</sup>. Voir également les arrêts *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*<sup>21</sup> et *Canada (Procureur général) c. Purcell*<sup>22</sup>.

[36] Ainsi, en limitant la première étape de l'analyse de la Cour de l'impôt à un contrôle de la légalité des décisions rendues par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii), notre Cour a simplement appliqué des principes judiciaires acceptés dans le but de trouver le juste milieu entre le droit que possède le prestataire en vertu de la loi de faire contrôler la décision du ministre et la nécessité de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de celle-ci, compte tenu du fait que le législateur fédéral a conféré un pouvoir discrétionnaire au ministre en vertu de cette disposition.

[37] Compte tenu de ce qui précède, le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'était justifié d'intervenir dans la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) que s'il était établi que le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui était contraire à la loi. Et, comme je l'ai déjà dit, l'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire implique l'existence de motifs d'intervention spécifiques. La Cour de l'impôt est justifiée de modifier la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii)—en examinant le bien-fondé de cette dernière—lorsqu'il est établi, selon le cas, que le ministre: (i) a agi de mauvaise foi ou dans un but ou un mobile illicites; (ii) n'a pas tenu compte de toutes les circonstances pertinentes, comme l'exige expressément le sous-alinéa 3(2)c)(ii); (iii) a tenu compte d'un facteur non pertinent.

[38] En l'espèce, le motif d'intervention invoqué par le juge suppléant de la Cour de l'impôt était que le ministre s'était fondé à tort sur les hypothèses de fait retenues dans la décision *Jencan n° 1*, un jugement antérieur de la Cour de l'impôt portant sur l'emploi exercé par le salarié auprès de la société intimée.

[39] À mon humble avis, la décision précédente qui avait été rendue dans l'affaire *Jencan n° 1* ne constituait pas en soi un «facteur non pertinent», contrairement à ce que prétend l'intimée. Il faut examiner

Minister did not attempt to rely on the decision in *Jencan No. 1* as a “binding precedent” to dispense with the respondent’s application for a determination. Relying upon what he thought was a confirmation by the respondent that nothing had changed in the terms and conditions of the worker’s employment since the previous determination upheld by the Tax Court in *Jencan No. 1*, the Minister simply adopted the assumptions of fact from the previous determination. It was not unreasonable for the Minister’s representative, when dealing with another request for a determination with respect to the same worker and payor corporation, to rely upon the assumptions of fact from the previous determination as the starting point for his examination of the facts.

[40] If the Minister’s representative erred in this case, it was in relying exclusively upon the assumptions of fact from *Jencan No. 1* without obtaining reliable confirmation that the facts were indeed the same. When the Minister’s representative contacted Blaine Jenkins and asked him about the terms and conditions of the worker’s employment, Mr. Jenkins responded that they were “basically the same as previous years”. Having received such an equivocal and ambiguous response, the Minister’s representative ought to have questioned Mr. Jenkins further to determine whether the worker’s terms and conditions of employment were, in fact, the same as in the periods which were the subject of the previous determination and, if not, how and to what extent they had changed. I agree with the Deputy Tax Court Judge that, when a determination is appealed pursuant to section 70, the Tax Court judge must review the legality of the Minister’s determination based upon the facts as particularly established before him or her at trial. Subsection 71(1) of the UI Act makes this clear by providing that the Tax Court has the authority to decide any question of fact or law necessary to dispose of the appeal. As stated by Desjardins J.A. in *Desroches v. Minister of National Revenue*:

comment la décision précédente a été utilisée. Le ministre n’a pas essayé de se fonder sur le jugement *Jencan n° 1* en tant que décision par laquelle il était lié pour ne pas tenir compte de la demande présentée par l’intimée en vue d’obtenir une décision. Se fondant sur ce qu’il croyait être une confirmation par l’intimée que les modalités d’emploi du salarié n’avaient pas changé depuis la décision précédente confirmée par la Cour de l’impôt dans le jugement *Jencan n° 1*, le ministre a simplement retenu les hypothèses de fait formulées dans la décision précédente. Il n’était pas déraisonnable de la part du représentant du ministre, lorsqu’il examinait une autre demande de décision concernant le même salarié et le même payeur, de se fonder sur les hypothèses de fait formulées dans la décision précédente comme point de départ pour son examen des faits.

[40] Si le représentant du ministre a commis une erreur en l’espèce, c’est en se fondant exclusivement sur les hypothèses de fait retenues dans le jugement *Jencan n° 1* sans obtenir de confirmation fiable que les faits étaient effectivement identiques. Lorsque le représentant du ministre a communiqué avec Blaine Jenkins et lui a posé des questions au sujet des modalités d’emploi du salarié, M. Jenkins lui a répondu qu’elles étaient «essentiellement les mêmes que celles qui s’appliquaient au cours des années précédentes». Ayant obtenu une réponse aussi équivoque et ambiguë, le représentant du ministre aurait dû interroger davantage M. Jenkins pour décider si les modalités d’emploi du salarié étaient effectivement les mêmes que celles qui s’appliquaient au cours des périodes visées par la décision précédente et, dans la négative, comment et dans quelle mesure elles avaient changé. Je suis d’accord avec le juge suppléant de la Cour de l’impôt pour dire que, lorsqu’une décision fait l’objet d’un appel en vertu de l’article 70, le juge de la Cour de l’impôt doit contrôler la légalité de la décision du ministre en fonction des faits, tels qu’ils sont établis devant lui au procès. Le paragraphe 71(1) de la *Loi sur l’assurance-chômage* le précise bien en déclarant que la Cour de l’impôt a le pouvoir de décider toute question de fait ou de droit qu’il est nécessaire de décider pour statuer sur l’appel. Ainsi que le juge Desjardins l’a déclaré dans l’arrêt *Desroches c. Ministre du Revenu national*:

. . . in the final analysis, as this Court held in **Attorney General of Canada v. Jacques Doucet** (June 21, 1993, A-1487-92 (F.C.A.), at p. 6), it is the Minister's determination which is at issue, namely that the employment was not insurable because the applicant and the payor were not bound by a contract of service. The function of the Tax Court of Canada judge extended to considering the record and the evidence in its entirety. Accordingly Marceau, J.A., speaking for the court, said the following in **Doucet**:

“The judge had the power and duty to consider any point of fact or law that had to be decided in order for him to rule on the validity of that determination. This is assumed by s. 70(2) of the Act and s. 71(1) of the Act so provides immediately afterwards . . .” [Emphasis added.]<sup>23</sup>

[41] An important point needs to be made here. While all interested parties, including the worker and the respondent, are given the opportunity to make submissions to a Revenue Canada appeals officer prior to a determination by the Minister under subsection 61(3) of the UI Act, there is no opportunity to respond to the evidence collected by the appeals officer or to make submissions directly to the Minister prior to his determination. It was, presumably, in recognition of this fact that Parliament provided claimants with an appeal as of right from a determination by the Minister under section 70. On appeal, the facts relied upon by the Minister in making his determination are treated as assumptions, or allegations, of fact. Although the claimant, who is the party appealing the Minister's determination, has the burden of proving its case,<sup>24</sup> this Court has held unequivocally that the claimant is entitled to bring new evidence at the Tax Court hearing to challenge the assumptions of fact relied upon by the Minister.<sup>25</sup>

[42] Thus, while the Tax Court must exhibit judicial deference with respect to a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii)—by restricting the threshold inquiry to a review of the legality of the Minister's determination—this judicial deference does not extend to the Minister's findings of fact. To say that the Deputy Tax Court Judge is not limited to the facts as relied upon by the Minister in making his

En dernière analyse . . . comme l'a affirmé notre Cour dans **Le Procureur général du Canada c. Jacques Doucet** (21 juin 1993, A-1487-92 (C.A.F.) à la p. 6.), c'est la détermination du ministre qui est en cause, à savoir que l'emploi n'était pas assurable parce que la requérante et le payeur n'étaient pas liés par un contrat de louage de services. Le rôle du juge de la Cour canadienne de l'impôt s'étend à l'étude du dossier et à la preuve en son entier. Ainsi, le juge Marceau, au nom de la cour s'est-il exprimé ainsi dans l'affaire **Doucet**:

« . . . Le juge avait le pouvoir et le devoir d'examiner toute question de fait ou de droit qu'il était nécessaire de décider pour se prononcer sur la validité de cette détermination. Ainsi le présuppose le paragraphe 70(2) de la Loi et le prévoit, dès après le paragraphe 71(1) de la Loi qui le suit . . . » [Mots non soulignés dans l'original]<sup>23</sup>

[41] Une remarque s'impose. Bien que tous les intéressés, y compris le salarié et l'intimée, aient la possibilité de faire valoir leur point de vue devant un agent des appels de Revenu Canada avant que le ministre ne rende sa décision en vertu du paragraphe 61(3) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, il ne leur est pas loisible de répondre aux éléments de preuve recueillis par l'agent des appels ou de faire valoir leur point de vue directement devant le ministre avant que celui-ci ne rende sa décision. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle le législateur a accordé aux prestataires le droit d'interjeter appel de plein droit de la décision du ministre en vertu de l'article 70. En appel, les faits sur lesquels le ministre s'est fondé pour rendre sa décision sont considérés comme des hypothèses ou des allégations de fait. Bien qu'il incombe au prestataire, qui est la partie qui interjette appel de la décision du ministre, de faire la preuve de ce qu'il avance<sup>24</sup>, notre Cour a affirmé dans les termes les plus nets que le prestataire a le droit de présenter de nouveaux éléments de preuve lors de l'audience de la Cour de l'impôt pour contester les hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'est fondé<sup>25</sup>.

[42] Ainsi, bien que la Cour de l'impôt doive faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des décisions que le ministre rend en vertu du sous-alinéa 3(2)(c)(ii)—en limitant son analyse préliminaire à un contrôle de la légalité de la décision du ministre—cette retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre. En affirmant que le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'est pas limité

determination is not to betray the intention of Parliament in vesting a discretionary power in the Minister.<sup>26</sup> In assessing the manner in which the Minister has exercised his statutory discretion, the Tax Court may have regard to the facts that have come to its attention during the hearing of the appeal. As Desjardins J.A. stated in *Tignish*:

... the court is entitled to examine the facts which are shown by evidence to have been before the Minister when he reached his conclusion so as to determine if these facts are proven. But, if there is sufficient material to support the Minister's conclusion, the court is not at liberty to overrule it merely because it would have come to a different conclusion.<sup>27</sup>

[43] Subparagraph 3(2)(c)(ii) specifies that, in determining whether the worker and the respondent would have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length, the Minister must consider "all the circumstances of the employment", including: the remuneration paid to the worker; the terms and conditions of the employment; the duration of the employment; and the nature and importance of the work performed. In this case, the Deputy Tax Court Judge found that the respondent had disproved at least two of the assumptions of fact relied upon by the Minister with respect to the worker's terms and conditions of employment.

[44] The Deputy Tax Court Judge found that the evidence at trial disproved the Minister's allegation that the worker consistently received the same number of overtime hours in order to guarantee a static pay cheque. See allegation i) above. During the periods of employment that were the subject of review in *Jencan No. 1*, this assumption was found to be true.<sup>28</sup> But, in the present appeal, the evidence established that the worker's overtime hours during the period in question ranged from a weekly low of four hours to a weekly high of 10.67 hours.

[45] The Deputy Tax Court Judge also rejected the Minister's assumption that the worker had only worked the minimum number of weeks required in order to qualify for UI benefits. See allegation j)

aux faits sur lesquels le ministre se fonde pour rendre sa décision, on ne trahit pas l'intention qu'avait le législateur fédéral en conférant un pouvoir discrétionnaire au ministre<sup>26</sup>. Pour évaluer la façon dont le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire, la Cour de l'impôt peut tenir compte des faits qui ont été portés à son attention au cours de l'audition de l'appel. Ainsi que le juge Desjardins, J.C.A., l'a déclaré dans l'arrêt *Tignish*:

... la Cour a le droit d'examiner les faits qui, selon la preuve, se trouvaient devant le ministre quand il est arrivé à sa conclusion, pour décider si ces faits sont prouvés. Mais s'il y a suffisamment d'éléments pour appuyer la conclusion du ministre, la Cour n'a pas toute latitude pour l'infirmier simplement parce qu'elle serait arrivée à une conclusion différente<sup>27</sup>.

[43] Le sous-alinéa 3(2)c)(ii) précise que, pour décider si le salarié et l'intimée auraient conclu entre eux un contrat louage de services à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance, le ministre doit tenir compte «de toutes les circonstances», notamment la rétribution versée au salarié, les modalités d'emploi, ainsi que la durée, la nature et l'importance du travail accompli. En l'espèce, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a conclu que l'intimée avait réfuté au moins deux des hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé au sujet des modalités d'emploi du salarié.

[44] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a conclu que la preuve soumise au procès réfutait l'allégation du ministre suivant laquelle le salarié était toujours appelé à faire le même nombre d'heures supplémentaires pour garantir que le montant de son chèque de paye soit toujours le même (voir l'allégation i) précitée). Cette hypothèse a été confirmée pour les périodes d'emploi en cause dans l'affaire *Jencan n° 1*<sup>28</sup>. Mais, dans le présent appel, il ressort de la preuve que le nombre d'heures supplémentaires que le salarié a effectuées au cours de la période en question variait de quatre heures à 10,67 heures par semaine.

[45] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a également écarté l'hypothèse du ministre selon laquelle le salarié n'avait travaillé que le nombre minimal de semaines requises pour être admissible à



above. Again, in *Jencan No. 1*, this assumption was true. For the relevant period, however, the evidence left no question that this assumption was false. The worker had worked a total of 19 weeks during the period in question; well in excess of the minimum of 10 weeks required at that time in order to qualify for UI benefits in New Brunswick.

[46] The applicant, however, contends that the Minister relied upon the assumptions of fact from *Jencan No. 1* because of the representation by Blaine Jenkins, the respondent's main shareholder, that the worker's terms and conditions of employment were "basically the same" as in previous years. Because of this representation, the applicant submits that the respondent should not have been allowed to challenge the assumptions of fact at trial.

[47] The applicant's argument, although he does not frame it as such, is one of estoppel. The doctrine of estoppel has been adopted by this Court as: "a disability whereby a party is precluded from alleging or proving in legal proceedings that a fact is otherwise than it has been made to appear by the matter giving rise to that disability."<sup>29</sup> The specific type of estoppel at issue in this case is "estoppel by representation", which has been defined in the following terms:

Where a person has by words or conduct made to another a clear and unequivocal representation of fact, either with knowledge of its falsehood or with the intention that it should be acted upon, or has so conducted himself that another would, as a reasonable man, understand that a certain representation of fact was intended to be acted on, and that the other has acted on the representation and thereby altered his position to his prejudice, an estoppel arises against the party who made the representation, and he is not allowed to aver that the fact is otherwise than he represented it to be.<sup>30</sup>

[48] As this Court has noted in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*,<sup>31</sup> according to the above definition, the following elements must be present before the doctrine of estoppel by representation can be applied:

des prestations d'assurance-chômage (voir l'allégation j) précitée). Là encore, dans l'affaire *Jencan n° 1*, cette hypothèse a été confirmée. Toutefois, pour la période en cause, il ressort à l'évidence de la preuve que cette hypothèse est fausse. Le salarié avait travaillé en tout 19 semaines au cours de la période en question, ce qui dépasse largement les dix semaines minimales exigées pour être admissible à des prestations d'assurance-chômage au Nouveau-Brunswick.

[46] Le requérant soutient toutefois que le ministre s'est fondé sur les hypothèses de fait tirées de l'affaire *Jencan n° 1* à cause de l'affirmation de Blaine Jenkins, le principal actionnaire de l'intimée, suivant laquelle les modalités d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes» que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes. Le requérant soutient qu'à cause de cette affirmation, l'intimée n'aurait pas dû être autorisée à contester les hypothèses de fait au procès.

[47] Le moyen que le requérant fait valoir constitue une fin de non-recevoir, même s'il ne le formule pas ainsi. Notre Cour a adopté la définition suivante de la fin de non-recevoir: «[TRADUCTION] une incapacité empêchant une partie d'alléguer ou de prouver dans une action judiciaire qu'un fait n'est pas ce que laisse supposer la question donnant lieu à cette incapacité»<sup>29</sup>. La fin de non-recevoir en litige en l'espèce est une «fin de non-recevoir fondée sur une assertion», laquelle a été définie dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne a, par ses paroles ou son comportement, fait à une autre une assertion claire et sans équivoque concernant un fait, ou bien en sachant qu'elle était fausse ou en voulant qu'on y donne suite, ou s'est comportée de façon à amener l'autre, en tant que personne raisonnable, à comprendre qu'on devait donner suite à une certaine assertion concernant un fait, ce que l'autre a fait en modifiant sa position à son détriment, il y a lieu à fin de non-recevoir contre la partie qui a fait l'assertion, et elle n'est pas autorisée à affirmer que le fait est autre que ce qui a été présenté<sup>30</sup>.

[48] Ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*<sup>31</sup>, selon la définition qui précède, pour que la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion s'applique, les éléments suivants doivent être réunis:

- a representation of fact made with the intention that it be acted upon or that a reasonable person would assume that it was intended to be acted upon;
- une assertion concernant un fait faite avec l'intention qu'on y donne suite ou qu'une personne raisonnable présume qu'on devait y donner suite;
- that the representee acted upon the representation;
- celui que visait l'assertion y a donné suite;
- that the representee altered his position in reliance upon the representation and thereby suffered a prejudice.
- celui que visait l'assertion a modifié sa position par suite de l'assertion et a par là subi un préjudice.

[49] I am of the view that, in an appropriate case, the Minister may rely upon the doctrine of estoppel by representation where a claimant induces the Minister to rely on a state of affairs which no longer exists, thereby causing the Minister to make a determination based on inaccurate information. But, in this case, the preconditions for application of the doctrine of estoppel by representation have not been made out. The evidence does not support a finding that the respondent, by the representations of its managers, intended to induce the Minister to adopt the assumptions of fact from *Jencan No. 1* as the basis for his determination for the period in question. Given that the Minister's determination in *Jencan No. 1* was unfavourable to the respondent and the worker, it would make little sense for them to have attempted to induce the Minister to rely upon the assumptions of fact which grounded that determination. Moreover, Blaine Jenkins' statement that the worker's terms and conditions of employment were "basically the same as previous years" is too equivocal and ambiguous to support such an inference.

[49] Je suis d'avis que, lorsque les conditions applicables sont réunies, le ministre peut invoquer la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion lorsqu'un prestataire amène le ministre à se fier à un état de fait qui n'existe plus et à rendre ainsi une décision fondée sur des renseignements inexacts. Mais, dans le cas qui nous occupe, les conditions préalables à l'application de la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion ne sont pas réunies. La preuve ne permet pas de conclure que, par les assertions de ses dirigeants, l'intimée voulait amener le ministre à se fonder sur les hypothèses de fait retenues dans le jugement *Jencan n<sup>o</sup> 1* pour rendre sa décision pour la période en question. Compte tenu du fait que la décision rendue par le ministre dans l'affaire *Jencan n<sup>o</sup> 1* était défavorable à l'intimée et au salarié, il ne serait pas logique que ceux-ci essaient d'amener le ministre à se fonder sur les hypothèses de fait sur lesquelles reposait cette décision. Qui plus est, l'affirmation de Blaine Jenkins selon laquelle les modalités d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes» est trop équivoque et ambiguë pour justifier une telle inférence.

[50] The Deputy Tax Court Judge, however, erred in law in concluding that, because some of the assumptions of fact relied upon by the Minister had been disproved at trial, he was automatically entitled to review the merits of the determination made by the Minister. Having found that certain assumptions relied upon by the Minister were disproved at trial, the Deputy Tax Court Judge should have then asked whether the remaining facts which were proved at trial were sufficient in law to support the Minister's determination that the parties would not have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length. If there is sufficient material to support the Minister's determination, the Deputy Tax Court Judge is not at liberty to overrule the

[50] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a toutefois commis une erreur de droit en concluant que, parce que certaines des hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé avaient été réfutées au procès, il avait automatiquement le droit de contrôler le bien-fondé de la décision du ministre. Ayant conclu que certaines des hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé avaient été réfutées au procès, le juge suppléant de la Cour de l'impôt aurait dû se demander si les autres faits qui avaient été établis au procès étaient suffisants en droit pour justifier la conclusion du ministre suivant laquelle les parties n'auraient pas conclu un contrat de louage de services à peu près semblable si elles n'avaient pas eu un lien de dépendance. S'il existe suffisamment d'éléments

Minister merely because one or more of the Minister's assumptions were disproved at trial and the judge would have come to a different conclusion on the balance of probabilities. In other words, it is only where the Minister's determination lacks a reasonable evidentiary foundation that the Tax Court's intervention is warranted.<sup>32</sup> An assumption of fact that is disproved at trial may, but does not necessarily, constitute a defect which renders a determination by the Minister contrary to law. It will depend on the strength or weakness of the remaining evidence. The Tax Court must, therefore, go one step further and ask itself whether, without the assumptions of fact which have been disproved, there is sufficient evidence remaining to support the determination made by the Minister. If that question is answered in the affirmative, the inquiry ends. But, if answered in the negative, the determination is contrary to law, and only then is the Tax Court justified in engaging in its own assessment of the balance of probabilities. Hugessen J.A. made this point most recently in *Hébert, supra*. At paragraph 5 of his reasons for judgment, he stated:

In every appeal under section 70 the Minister's findings of fact, or "assumptions", will be set out in detail in the reply to the Notice of Appeal. If the Tax Court judge, who, unlike the Minister, is in a privileged position to assess the credibility of the witnesses she has seen and heard, comes to the conclusion that some or all of those assumptions of fact were wrong, she will then be required to determine whether the Minister could legally have concluded as he did on the facts that have been proven. That is clearly what happened here and we are quite unable to say that either the judge's findings of fact or the conclusion that the Minister's determination was not supportable, were wrong. [Emphasis added.]

[51] The Deputy Tax Court Judge erred in law in failing to determine whether the Minister could have legally concluded as he did on the facts as proved before him. Consequently, he was not in a position at law to come to his own conclusion on the balance of probabilities. In short, by reviewing the merits of the determination without first concluding that the Minis-

pour justifier la décision du ministre, il n'est pas loisible au juge suppléant de la Cour de l'impôt d'infirmer la décision du ministre du simple fait qu'une ou plusieurs des hypothèses du ministre ont été réfutées au procès et que le juge serait arrivé à une conclusion différente selon la balance des probabilités. En d'autres termes, ce n'est que lorsque la décision du ministre n'est pas raisonnablement fondée sur la preuve que l'intervention de la Cour de l'impôt est justifiée<sup>32</sup>. Une hypothèse de fait qui est réfutée au procès peut, mais pas nécessairement, constituer un vice qui fait que la décision du ministre est contraire à la loi. Tout dépend de la force ou de la faiblesse des autres éléments de preuve. La Cour de l'impôt doit donc aller plus loin et se demander si, sans les hypothèses de fait qui ont été réfutées, il reste suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la décision du ministre. Si la réponse à cette question est affirmative, l'enquête est close. Mais, si la réponse est négative, la décision est alors contraire à la loi et ce n'est qu'alors que la Cour de l'impôt est justifiée de procéder à sa propre appréciation de la balance des probabilités. Le juge Hugessen, J.C.A., l'a expliqué tout récemment dans l'arrêt *Hébert*, précité. Au paragraphe 5 de ses motifs du jugement, il déclare en effet:

Dans tout appel interjeté en vertu de l'article 70, les conclusions de fait du ministre, ou ses «présuppositions», seront énoncées en détail dans la réponse à l'avis d'appel. Si le juge de la Cour de l'impôt qui, contrairement au ministre, se trouve dans une situation privilégiée pour apprécier la crédibilité des témoins qu'elle a vus et entendus, parvient à la conclusion que certaines ou la totalité de ces présuppositions de fait étaient erronées, elle devra déterminer si le ministre pouvait légalement tirer la conclusion qu'il a tirée en se fondant sur les faits établis en preuve. C'est manifestement ce qui s'est produit en l'espèce et nous ne sommes vraiment pas en mesure de déclarer que les conclusions de fait du juge ou sa conclusion portant que la décision du ministre pouvait se justifier étaient erronées. [Mots non soulignés dans l'original.]

[51] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur en ne décidant pas si le ministre pouvait légalement tirer la conclusion qu'il a tirée en se fondant sur les faits établis en preuve devant lui. En conséquence, il n'était pas légalement en mesure de tirer ses propres conclusions selon la balance des probabilités. Bref, en statuant sur le bien-fondé de la

ter exercised his discretion in a manner that was contrary to law, the Deputy Tax Court Judge failed to exhibit the degree of judicial deference required when reviewing ministerial determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii).

[52] In reaching this conclusion, I am not unmindful of the fact that the Deputy Tax Court Judge found two of the assumptions which supported the Minister's determination to have been disproved at trial. However, having found that the Deputy Tax Court Judge failed to determine whether or not there remained sufficient evidence to support the Minister's determination, it is not for us to decide this question on an application for judicial review since we do not have the authority, statutory or otherwise, to substitute our own assessment of the evidence for that of the Deputy Tax Court Judge.

[53] This Court's powers on an application for judicial review are set out in subsection 18.1(3) of the *Federal Court Act*,<sup>33</sup> which applies to this Court by virtue of subsection 28(2).<sup>34</sup> Subsection 18.1(3) states that, on an application for judicial review, the Court may:

**18.1 (3) . . .**

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[54] Subsection 18.1(3) does not vest this Court with the jurisdiction to make the decision that the Deputy Tax Court Judge ought to have made. Rather, the matter must be referred back for redetermination. See *Nuttall v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*,<sup>35</sup> *Thibaudeau v. M.N.R.*,<sup>36</sup> and *Chan v. Minister of Employment and Immigration*.<sup>37</sup> While this Court may refer the matter back with specific directions as to disposition, this approach must be limited

décision du ministre sans d'abord conclure que celui-ci avait exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui était contraire à la loi, le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'a pas fait preuve du degré de retenue judiciaire exigé lorsqu'il contrôle une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii).

[52] Pour en venir à cette conclusion, je n'oublie pas que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a conclu que deux des hypothèses sur lesquelles la décision du ministre reposait avaient été réfutées au procès. Toutefois, comme nous avons conclu que le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'a pas décidé si les autres éléments de preuve étaient suffisants pour justifier la décision du ministre, il ne nous appartient pas de trancher cette question dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, étant donné que nous n'avons pas le pouvoir, de par la loi ou autrement, de substituer notre propre appréciation de la preuve à celle du juge suppléant de la Cour de l'impôt.

[53] Les pouvoirs qui sont conférés à notre Cour lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire sont énoncés au paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>33</sup>, lequel s'applique à notre Cour par application du paragraphe 28(2).<sup>34</sup> Le paragraphe 18.1(3) dispose que, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour peut:

**18.1 (3) . . .**

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

[54] Le paragraphe 18.1(3) ne confère pas à notre Cour le pouvoir de rendre la décision que le juge suppléant de la Cour de l'impôt aurait dû rendre. Elle doit plutôt lui renvoyer l'affaire pour qu'elle rende une nouvelle décision (voir les décisions *Nuttall c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*<sup>35</sup>; *Thibaudeau c. M.R.N.*<sup>36</sup>; et *Chan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>37</sup>). Bien qu'elle puisse renvoyer l'affaire avec des instructions précises quant à la décision à

to the most straightforward of cases. In *Xie v. Minister of Employment and Immigration*, Rothstein J. stated:

While the court does have jurisdiction to refer a matter back for redetermination in accordance with such directions as it considers appropriate, it seems to me that the court should only issue directions to a tribunal in the nature of a directed verdict, where the case is straightforward and the decision of the court on the judicial review would be dispositive of the matter before the tribunal. While such cases undoubtedly will arise, as a general rule, the court should leave to tribunals, with their expertise in the matters over which they have jurisdiction, the right to make decisions on the merits based on the evidence before them.<sup>38</sup>

[55] This is not a case where the evidence on record is so clear that the only possible conclusion is that the worker and the respondent should be deemed to be at arm's length, or where the sole issue to be decided is a pure question of law which will be dispositive of the case. Sitting in judicial review, I am unable to say that the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) that the worker and the respondent would not have entered into a substantially similar contract of service was, or was not, supportable on the evidence before the Deputy Tax Court Judge. This is a question that the Deputy Tax Court Judge ought to have answered when he found that some of the Minister's assumptions of fact had been disproved by the evidence. Accordingly, I would allow the application for judicial review, set aside the decision of the Deputy Tax Court Judge, and I would refer the matter back to the Tax Court of Canada for a new hearing before a different judge in a manner consistent with these reasons.

STONE J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

rendre, la Cour ne peut le faire que dans les cas les plus clairs. Dans le jugement *Xie c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, le juge Rothstein a déclaré:

Bien que la Cour soit compétente pour renvoyer une affaire afin qu'elle soit examinée de nouveau conformément aux directives qu'elle juge à propos, il me semble que la Cour ne devrait donner à un tribunal des directives de la nature d'un verdict commandé que lorsque l'affaire est simple et que la décision de la Cour relativement au contrôle judiciaire réglerait l'affaire dont le tribunal est saisi. Bien que, en règle générale, de tels cas se produiront certainement, la Cour devrait laisser aux tribunaux, avec leur expertise dans les questions à l'égard desquelles ils sont compétents, le droit de prendre des décisions sur le fond d'après les éléments de preuve qui leur ont été présentés<sup>38</sup>.

[55] Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle la preuve versée au dossier est tellement claire que la seule conclusion possible est que le salarié et l'intimée sont réputés ne pas avoir entre eux de lien de dépendance, ni d'une affaire dans laquelle la seule question à trancher est une pure question de droit dont la solution aura pour effet de régler l'affaire. Saisi de la présente demande de contrôle judiciaire, je ne suis pas en mesure de dire si la preuve soumise au juge suppléant de la Cour de l'impôt justifiait ou non la décision par laquelle le ministre avait conclu, en vertu du sous-alinéa 3(2)(c)(ii), que le salarié et l'intimée n'auraient pas conclu un contrat de louage de services à peu près semblable. C'est une question à laquelle le juge suppléant de la Cour de l'impôt aurait dû répondre lorsqu'il a conclu que certaines des hypothèses de fait du ministre étaient réfutées par la preuve. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir la demande de contrôle judiciaire, d'annuler la décision du juge suppléant de la Cour de l'impôt et de renvoyer l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle tienne une nouvelle audience devant un juge différent en conformité avec les présents motifs.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je suis du même avis.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. U-1, as amended the (UI Act).

<sup>2</sup> See examination-in-chief of Blaine Jenkins, transcript of proceedings before Cuddihy D.J.T.C.C., dated 24 May 1996,

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. U-1, modifiée (la *Loi sur l'assurance-chômage*).

<sup>2</sup> Voir l'interrogatoire principal de M. Blaine Jenkins, notes sténographiques de l'audience du 24 mai 1996 qui

at pp. 22-23.

<sup>3</sup> [1995] T.C.J. No. 1142 (QL), 30 August 1995 (T.C.C.), at para. 8.

<sup>4</sup> S. 61(3) of the UI Act reads:

61. . . .

(3) Where there arises in relation to a claim for benefit under this Act any question concerning

- (a) whether a person is or was employed in insurable employment,
- (b) whether a person is the employer of an insured person,
- (c) the length of a person's insurable employment, or
- (d) the amount of a person's insurable earnings from employment,

an application to the Minister for determination of the question may be made by the Commission at any time and by that person or the employer or purported employer of that person within ninety days after being notified of the decision of the Commission.

<sup>5</sup> See Revenue Canada. *Information Circular 73-29R2*, dated 16 October 1995, entitled "Appeal Procedures: Canada Pension Plan and Unemployment Insurance Act".

<sup>6</sup> See cross-examination of Blaine Jenkins, transcript of proceedings before Cuddihy D.J.T.C.C., dated 24 May 1996, at pp. 67-68:

Q: You testified earlier about speaking with Revenue Canada about this period, the period of . . . July '94 to January '95. And do you recall if the Revenue Canada official asked you whether or not the terms and conditions of Mr. Jenkins' employment were the same?

A: I believe they did ask, yes.

Q: What was your answer?

A: I think it was . . . my reply was I believe basically the same as previous years.

<sup>7</sup> [1996] T.C.J. No. 663 (QL), at para. 3.

<sup>8</sup> R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, as amended.

<sup>9</sup> *Supra*, note 7, at para. 20.

<sup>10</sup> (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1 (F.C.A.) (*Tignish*).

<sup>11</sup> *Supra*, note 7, at paras. 28-29.

<sup>12</sup> [1997] 2 F.C. 545 (C.A.).

<sup>13</sup> *Supra*, note 7, at para. 23.

<sup>14</sup> See e.g., *Canada (Attorney General) v. Charbonneau* (1996), 41 C.C.L.I. (2d) 297 (F.C.A.).

<sup>15</sup> See *Hébert v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1997] F.C.J. No. 512 (C.A.) (QL).

<sup>16</sup> *Supra*, note 7, at para. 29.

<sup>17</sup> *Tignish*, *supra*, note 10, at pp. 8-9.

<sup>18</sup> (1994), 178 N.R. 361 (F.C.A.), at pp. 362-363.

s'est déroulée devant le juge suppléant Cuddihy de la Cour canadienne de l'impôt, aux p. 22 et 23.

<sup>3</sup> [1995] T.C.J. n° 1142 (QL), 30 août 1995 (C.C.I.), au par. 8.

<sup>4</sup> L'art. 61(3) de la Loi porte:

61. . . .

(3) Dans le cas d'une demande de prestations faite en vertu de la présente loi, la Commission peut demander au ministre de déterminer les points suivants:

- a) le fait qu'il y a ou qu'il y a eu exercice d'un emploi assurable;
- b) le fait d'être l'employeur d'un assuré;
- c) la durée d'un emploi assurable;
- d) la rémunération assurable retirée d'un emploi.

L'employé en cause, ou l'employeur—effectif ou présenté comme tel—de celui-ci, peut aussi, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date où la décision de la Commission lui a été notifiée, présenter les mêmes demandes au ministre.

<sup>5</sup> Voir la *Circulaire d'information 73-29R2* publiée le 16 octobre 1995 par Revenu Canada et intitulée «Procédure d'appel: le Régime de pensions du Canada et la Loi sur l'assurance-chômage».

<sup>6</sup> Voir le contre-interrogatoire de Blaine Jenkins, procès-verbal de l'audience qui s'est déroulée le 24 mai 1996 devant le juge suppléant Cuddihy de la Cour canadienne de l'impôt, aux p. 67 et 68:

[TRADUCTION]

Q. Vous avez déjà déclaré dans votre témoignage que vous aviez parlé avec Revenu Canada de cette période, la période de . . . juillet 1994 à janvier 1995. Vous souvenez-vous si le fonctionnaire de Revenu Canada vous a demandé si les modalités d'emploi de M. Jenkins étaient les mêmes?

R. Je crois qu'il me l'a effectivement demandé.

Q. Qu'est-ce que vous avez répondu?

R. Je crois que j'ai répondu qu'elles étaient essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes.

<sup>7</sup> [1996] A.C.I. n° 663 (QL), au par. 3.

<sup>8</sup> L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, modifiée.

<sup>9</sup> Précité, note 7, au par. 20.

<sup>10</sup> (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.F.) (*Tignish*).

<sup>11</sup> Précité, note 7, aux par. 28 et 29.

<sup>12</sup> [1997] 2 C.F. 545 (C.A.).

<sup>13</sup> Précité, note 7, au par. 23.

<sup>14</sup> Voir, par ex., l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Charbonneau* (1996), 41 C.C.L.I. (2d) 297 (C.A.F.).

<sup>15</sup> Voir l'arrêt *Hébert c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1997] F.C.J. n° 512 (C.A.) (QL).

<sup>16</sup> Précité, note 7, au par. 29.

<sup>17</sup> *Tignish*, précité, note 10, aux p. 8 et 9.

<sup>18</sup> (1994), 178 N.R. 361 (C.A.F.), aux p. 362 et 363.

<sup>19</sup> [1949] A.C. 24 (P.C.), at p. 36.

<sup>20</sup> [1974] S.C.R. 875, at p. 877.

<sup>21</sup> [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77.

<sup>22</sup> [1996] 1 F.C. 644 (C.A.), at p. 653, *per* Robertson J.A.

<sup>23</sup> (1994), 167 N.R. 316 (F.C.A.), at pp. 319-320.

<sup>24</sup> See *Aubut v. Minister of National Revenue* (1990), 126 N.R. 381 (F.C.A.); *Borsellino and Salvo v. Minister of National Revenue* (1990), 120 N.R. 77 (F.C.A.).

<sup>25</sup> *Tignish, supra*, note 10, at p. 9.

<sup>26</sup> See *Canada (Attorney General) v. Dunham*, [1997] 1 F.C. 462 (C.A.), at pp. 468-469, *per* Marceau J.A. (in the context of the right of appeal to the Board of Referees from a decision of the Unemployment Insurance Commission).

<sup>27</sup> *Tignish, supra*, note 10, at p. 9. See also, *Hébert, supra*, note 15, para. 3.

<sup>28</sup> By way of observation, I note that in *Jencan No. 1*, the fact that the worker was paid a consistent amount of overtime in order to guarantee him a stable pay cheque was the single most important piece of evidence relied upon by Léger D.J.T.C.C. in upholding the Minister's previous determination. Léger D.J.T.C.C. stated, at paras. 4-5 of his reasons for judgment:

There has been put in evidence certain things which lead the Court to see that the Minister was justified in arriving at his conclusion; and it's not me that has to be satisfied, it is the Minister of National Revenue who must be satisfied. And in Exhibit R-1, the last page, I find ten (10) entries for the year nineteen ninety-four (1994) . . . seven hundred and twenty dollars and one cent (\$720.01) per week for a period of ten (10) weeks, exactly the same thing, and it's made up of forty-four (44) hours of regular time and five point five (5.5) hours of overtime consistently exactly what it was needed to give him exactly seven hundred and twenty dollars and one cent (\$720.01) in wages. That to me is a silent indication that there is something abnormal in this employment.

In this type of employment, I agree that there is overtime but that it should be consistent and exactly the same thing points to an abnormality, which is not normal in a normally conducted business. And it is ground upon which the Minister could say that he is not satisfied that they were dealing with each other at arm's length.

<sup>29</sup> *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621 (C.A.), at p. 630.

<sup>30</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 16 (London: Butterworths, 1976), at p. 1010.

<sup>31</sup> [1992] 2 F.C. 621 (C.A.), at p. 631.

<sup>19</sup> [1949] A.C. 24 (P.C.), à la p. 36.

<sup>20</sup> [1974] R.C.S. 875, à la p. 877.

<sup>21</sup> [1992] 1 R.C.S. 3, aux p. 76 et 77.

<sup>22</sup> [1996] 1 C.F. 644 (C.A.), à la p. 653 (le juge Robertson, J.C.A.).

<sup>23</sup> (1994), 167 N.R. 316 (C.A.F.), aux p. 319 et 320.

<sup>24</sup> Voir les arrêts *Aubut c. Ministre du Revenu national* (1990), 126 N.R. 381 (C.A.F.) et *Borsellino et Salvo c. Ministre du Revenu national* (1990), 120 N.R. 77 (C.A.F.).

<sup>25</sup> *Tignish*, précité, note 10, à la p. 9.

<sup>26</sup> Voir l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Dunham*, [1997] 1 C.F. 462 (C.A.), aux p. 468 et 469, le juge Marceau, J.C.A. (dans le contexte du droit d'interjeter appel devant un conseil arbitral d'une décision de la Commission de l'assurance-chômage).

<sup>27</sup> *Tignish*, précité, note 10, à la p. 9. Voir également la décision *Hébert*, précitée, note 15, au par. 3.

<sup>28</sup> Je fais observer que, dans l'affaire *Jencan n° 1*, le fait que le salarié était toujours appelé à faire le même nombre d'heures supplémentaires pour lui assurer que son chèque de paie serait toujours le même est l'élément de preuve le plus important sur lequel s'est fondé le juge suppléant Léger, C.C.I. pour confirmer la décision précédente du ministre. Voici ce que le juge suppléant Léger a déclaré, aux par. 4 et 5 de son jugement:

[TRADUCTION] On a soumis en preuve certains éléments qui amènent la Cour à conclure que le ministre était justifié d'en arriver à sa conclusion. Ce n'est pas moi qui doit être convaincu, c'est le ministre du Revenu national qui doit l'être. À l'annexe R-1, à la dernière page, je trouve dix (10) inscriptions pour l'année mil neuf cent quatre-vingt-quatorze (1994) . . . sept cent vingt dollars et un cent (720,01 \$) par semaine pour une période de dix (10) semaines. C'est exactement le même chiffre chaque semaine et ce chiffre représente quarante-quatre (44) heures de temps ordinaire et cinq virgule cinq heures (5,5) de temps supplémentaire, c'est-à-dire exactement ce qui lui faut pour obtenir exactement sept cent vingt dollars et un cent (720,01 \$). Il s'agit là selon moi d'un indice silencieux qu'il y a quelque chose d'anormal dans son emploi.

Je conviens qu'il y a du travail supplémentaire dans ce genre de travail, mais le fait qu'il y en ait constamment et que le nombre d'heures supplémentaires soit exactement le même donne à penser qu'il y a quelque chose d'anormal dans une entreprise qui est normalement exploitée. Et c'est une raison qui justifiait le ministre de dire qu'il n'était pas convaincu qu'ils n'avaient pas de lien de dépendance entre eux.

<sup>29</sup> *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.), à la p. 630.

<sup>30</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., Vol. 16, London: Butterworths, 1976, à la p. 1010.

<sup>31</sup> [1992] 2 C.F. 621 (C.A.), à la p. 631.

<sup>32</sup> See *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at pp. 776-777, per Iacobucci J.

<sup>33</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

<sup>34</sup> Subsection 28(2) (as am. *idem*, s. 8) states:

**28. . . .**

(2) Sections 18 to 18.5, except subsection 18.4(2), apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of any matter within the jurisdiction of the Court of Appeal under subsection (1) and, where they so apply, a reference to the Trial Division shall be read as a reference to the Court of Appeal.

<sup>35</sup> [1997] F.C.J. No. 640 (C.A.) (QL).

<sup>36</sup> [1994] 2 F.C. 189 (C.A.), at p. 224.

<sup>37</sup> (1994), 79 F.T.R. 263 (F.C.T.D.), at p. 270.

<sup>38</sup> (1994), 75 F.T.R. 125 (F.C.T.D.), at p. 130, per Rothstein J. See also, *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 73 (T.D.), per Reed J.

<sup>32</sup> Voir l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux p. 776 et 777 (le juge Iacobucci).

<sup>33</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

<sup>34</sup> Le paragraphe 28(2) (mod., *idem*, art. 8) dispose:

**28. . . .**

(2) Les articles 18 à 18.5 s'appliquent, exception faite du paragraphe 18.4(2), et compte tenu des adaptations de circonstance, à la Cour d'appel comme si elle y était mentionnée lorsqu'elle est saisie en vertu du paragraphe (1) d'une demande de contrôle judiciaire.

<sup>35</sup> [1997] A.C.F. n° 640 (C.A.) (QL).

<sup>36</sup> [1994] 2 C.F. 189 (C.A.), à la p. 224.

<sup>37</sup> (1994), 79 F.T.R. 263 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 270.

<sup>38</sup> (1994), 75 F.T.R. 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 130 (le juge Rothstein). Voir également le jugement *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 73 (1<sup>re</sup> inst.) (le juge Reed).