

A-443-04  
2006 FCA 87

A-443-04  
2006 CAF 87

**The Royal Winnipeg Ballet (*Appellant*)**

v.

**The Minister of National Revenue (*Respondent*)**

**INDEXED AS: ROYAL WINNIPEG BALLET v. M.N.R. (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Evans and Sharlow, J.J.A.—Toronto, September 28, 2005; Ottawa, March 2, 2006.

*Employment Law — Appeal from Tax Court of Canada decision that certain dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet (RWB) employees, not independent contractors — Legal relationship between RWB, dancers determined, governed by seasonal Canadian Ballet Agreement, umbrella agreement between Canadian Actors' Equity Association (CAEA), RWB — CAEA, dancers, RWB agreeing dancers covered by Agreement independent contractors — Not written agreement characterizing legal relationship — Principles of law established by case law on whether employee, independent contractor reviewed, applied — Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R. setting out list of factors to be considered in determining individual's status — Tax Court of Canada erring when concluding not necessary to consider parties' intention in determining legal nature of contract — Should have considered factors, particularly control factor, established by case law in determination — While RWB's control over dancers' work extensive in present case, no more than over stage series of ballets in given season — Parties' common understanding of legal relationship supported by contractual terms, facts.*

*Employment Insurance — Appeal from Tax Court of Canada decision that specific dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet (RWB) employees, not independent contractors — Determination of dancers' status having important implications for purposes of Employment Insurance Act (EIA), Canada Pension Plan (CPP) — Tax Court's finding meant work of dancers constituting insurable employment under EIA, not entitled to tax relief for certain expenses usually incurred by dancers — Uncontradicted evidence establishing RWB, Canadian Actors' Equity*

**Le Royal Winnipeg Ballet (*appelant*)**

c.

**Le ministre du Revenu national (*intimé*)**

**RÉPERTORIÉ : ROYAL WINNIPEG BALLET c. M.R.N. (C.A.F.)**

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Evans et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 28 septembre 2005; Ottawa, 2 mars 2006.

*Droit de l'emploi — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet (RWB) étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants — Les rapports juridiques entre le RWB et les danseurs étaient régis par le Canadian Ballet Agreement en vigueur pendant la saison considérée; il s'agissait de l'accord-cadre auquel étaient parties la Canadian Actors' Equity Association (CAEA) et le RWB — La CAEA, les danseurs et le RWB avaient convenu que les danseurs visés par cet accord étaient des entrepreneurs indépendants — Il n'y avait pas de document contractuel qualifiant la nature des rapports juridiques — Les principes de droit énoncés dans la jurisprudence sur le statut d'employé ou d'entrepreneur indépendant ont été examinés et appliqués — L'arrêt Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N. établit la liste des facteurs à prendre en compte pour déterminer le statut d'une personne — La Cour canadienne de l'impôt a conclu à tort qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'intention des parties pour statuer sur la nature juridique du contrat — La Cour aurait dû tenir compte dans sa décision des facteurs énoncés dans la jurisprudence, et notamment du contrôle exercé — Le RWB exerçait en l'espèce un contrôle étroit sur le travail des danseurs, mais ce contrôle ne dépassait pas ce qu'exigeait la présentation d'une série de ballets pendant une saison de spectacles — La façon dont les parties interprétaient la nature de leur relation juridique était étayée par les clauses contractuelles et les faits.*

*Assurance-emploi — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet (RWB) étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants — Aux fins de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE) et du Régime de pensions du Canada (RPC), le statut des danseurs avait d'importantes répercussions — Il ressortait de la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt que le travail des danseurs constituait un emploi assurable aux termes de la Loi sur l'assurance-emploi et que les danseurs n'avaient pas le droit*

*Association, dancers all believing dancers self-employed, acted accordingly — Dancers therefore independent contractors.*

*Contracts — Appeal from Tax Court of Canada decision that specific dancers engaged by Royal Winnipeg Ballet employees, not independent contractors — Freedom of contract constituting fundamental principle of common law of contracts — Principles of law of contracts stated in Civil Code of Québec (Arts. 1425, 1426) also present in common law — Common intention of parties sought in interpretation of contract — Evidence of parties' understanding of contract must always be examined, given appropriate weight, but parties' declaration as to legal character of contract not determinative — Terms of contract must reflect parties' legal relationship in factual context.*

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada that certain dancers engaged by the Royal Winnipeg Ballet (RWB) for a particular period were employees and not independent contractors. The RWB had asked the Minister of National Revenue (Minister) for a ruling on this point to determine its legal obligations to the dancers under the *Canada Pension Plan (CPP)* and the *Employment Insurance Act (EIA)*. A Minister's delegate concluded that the dancers were employees of the RWB. The RWB, along with the three dancers at issue, filed separately two appeals each to the Tax Court of Canada: one under section 28 of the CPP and one under section 103 of the EIA. The eight appeals were dismissed. Only the RWB appealed the Tax Court judgment.

The legal relationship between the RWB and each dancer is determined and governed by the Canadian Ballet Agreement in force for that season. The Canadian Ballet Agreement is an umbrella agreement between the Canadian Actors' Equity Association (CAEA) and the RWB. The RWB agrees to engage only persons who are members thereof. The record established that the understanding of the CAEA, the dancers, and the RWB was that the dancers covered by the Canadian Ballet Agreement are independent contractors and not employees of the RWB. However, there was no contractual instrument that purported to characterize the dancers either as employees of the RWB or as independent contractors. The Canadian Ballet Agreement sets minimum rates of

*de déduire certains frais qu'ils acquittaient habituellement — Rien ne contredisait la preuve selon laquelle le RWB, la Canadian Actors' Equity Association et les danseurs croyaient que les danseurs étaient des entrepreneurs indépendants et agissaient en conséquence — Les danseurs étaient donc des entrepreneurs indépendants.*

*Contrats — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants — La liberté contractuelle est un principe fondamental du droit des contrats en common law — Les principes du droit des contrats sont énoncés dans le Code civil du Québec (art. 1425, 1426) et se retrouvent également en common law — Pour interpréter un contrat, il faut rechercher l'intention commune des parties — Il faut toujours examiner les éléments de preuve qui reflètent la façon dont les parties ont compris leur contrat et leur accorder une force probante appropriée, mais les affirmations que font les parties quant à la nature juridique de leur contrat ne sont pas concluantes — Les modalités du contrat, examinées dans le contexte factuel approprié, doivent refléter la relation juridique des parties.*

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet (RWB) pendant une période donnée étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants. Le RWB avait demandé au ministre du Revenu national (le ministre) de se prononcer sur ce point pour connaître ses obligations juridiques envers les danseurs aux termes du *Régime de pensions du Canada (RPC)* et de la *Loi sur l'assurance-emploi (LAE)*. Un délégué du ministre a conclu que les danseurs étaient des employés du RWB. Le RWB et trois des danseurs visés ont interjeté appel séparément à la Cour canadienne de l'impôt; le premier des deux appels interjetés par chacun était fondé sur l'article 28 du RPC, et le second, sur l'article 103 de la LAE. Les huit appels ont été rejetés. Seul le RWB a interjeté appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt.

Les rapports juridiques qui existent entre le RWB et chacun des danseurs sont régis par le Canadian Ballet Agreement en vigueur pendant la saison considérée. Le Canadian Ballet Agreement est un accord-cadre auquel sont parties la Canadian Actors' Equity Association (la CAEA) et le RWB. Le RWB convient d'engager uniquement des membres de la CAEA. Le dossier indiquait que la CAEA, les danseurs et le RWB s'étaient entendus sur le fait que les danseurs visés par le Canadian Ballet Agreement étaient des entrepreneurs indépendants et non pas des employés du RWB. Toutefois, il n'existait aucun document contractuel dans lequel les danseurs étaient qualifiés d'employés du RWB ou d'entrepreneurs indépendants. Le Canadian Ballet Agreement

remuneration, contributions to a health care plan and so forth. For all fiscal purposes, the dancers and the RWB acted consistently with their understanding that the dancers are independent contractors. The dancers are registered for GST purposes and charge GST to the RWB for their services. Furthermore, the RWB does not withhold tax from the remuneration paid to a dancer except at the dancer's request.

In finding that the dancers were employees of the RWB, the Tax Court considered it unnecessary to take into account "the intention of the parties" in determining the legal character of the relationship between the dancers and the RWB because the Court's consideration of other relevant factors yielded a conclusive result. The determination of the status of the dancers had important implications both for the RWB and the dancers. The Tax Court's finding meant that the RWB would be obliged to pay employment insurance premiums and make contributions to the CPP. From the point of view of the dancers, it meant, *inter alia*, that their work as dancers for the RWB was insurable employment under the EIA and that they were not entitled to tax relief for certain expenses borne by a dancer. The issue was whether the Tax Court was correct in finding that, for the purposes of the EIA and the CPP, the dancers in question were employees of the RWP.

*Held* (Evans J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Sharlow J.A. (Desjardins J.A. concurring): The state of the law after the 1986 Federal Court of Appeal decision in *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.* was that the key question in determining whether an individual is an employee is whether the individual was engaged to provide services as a person in business on his or her own account. It also provided a list of factors, such as the level of control, the ownership of the equipment, the degree of financial risk and the opportunity for profit, aimed at answering that question. In 2001, the Supreme Court stated in *67112 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, that there is no one conclusive test which can be universally applied to determine whether a person is an employee or an independent contractor and that the total relationship of the parties must be considered. Another leading case, *Wolf v. Canada*, was rendered by the Federal Court of Appeal in 2002 and involved a mechanical engineer whose working contract was governed by the laws of Quebec. Under the *Civil Code of Québec*, the key distinction between a "contract of employment" and a "contract of enterprise" lies with the element of subordination or control

fixe des taux de rémunération minimaux qui prévoient notamment le paiement de cotisations à un régime d'assurance-maladie. À l'égard du fisc, les danseurs et le RWB ont toujours agi conformément à leur entente selon laquelle les danseurs sont des entrepreneurs indépendants. Les danseurs sont inscrits aux fins de la TPS et facturent la TPS au RWB pour leurs services. En outre, le RWB ne retient aucun impôt sur la rémunération versée aux danseurs, sauf s'ils le demandent.

Lorsqu'elle a statué que les danseurs étaient des employés du RWB, la Cour canadienne de l'impôt a jugé inutile de tenir compte de « l'intention des parties » pour préciser la nature juridique de la relation unissant les danseurs et le RWB parce que son examen des autres facteurs pertinents lui a permis d'en arriver à un résultat concluant. Pour le RWB et les danseurs, le statut des danseurs avait d'importantes répercussions. En effet, la décision de la Cour canadienne de l'impôt imposait au RWB l'obligation de verser des cotisations d'assurance-emploi et des cotisations au RPC. Du point de vue des danseurs, il découlait notamment de cette conclusion que le travail qu'ils effectuaient en qualité de danseurs pour le RWB constituait un emploi assurable aux termes de la *Loi sur l'assurance-emploi* et qu'ils n'avaient pas le droit de déduire certains frais qu'ils acquittaient habituellement. Le présent appel soulevait la question de savoir si la Cour canadienne de l'impôt a eu raison de conclure qu'aux termes de la LAE et du RPC, les danseurs en cause étaient des employés du RWB.

*Jugement* (le juge Evans, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

La juge Sharlow, J.C.A. (avec l'appui de la juge Desjardins, J.C.A.) : L'état du droit après la décision rendue par la Cour d'appel fédérale en 1986 dans l'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.* était le suivant : pour déterminer si une personne était un employé, la question essentielle était de savoir si la personne en question fournissait des services en tant que personne à son compte. La liste des facteurs y figurant, dont le niveau de contrôle, la propriété de l'équipement, l'ampleur du risque financier et la possibilité de faire des bénéfices, avait pour but de fournir une réponse à cette question. En 2001, dans l'arrêt *67112 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, la Cour suprême a déclaré qu'aucun critère universel ne permet de déterminer, de façon concluante, si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant et qu'il faut tenir compte de la relation globale qu'entretiennent les parties entre elles. Une autre décision faisant autorité, *Wolf c. Canada*, rendue par la Cour d'appel fédérale en 2002, portait sur un ingénieur mécanicien dont le contrat de travail était régi par le droit québécois. Selon le *Code civil du Québec*, la distinction

but, in the case law, the distinction is also examined in light of the tests now found in the other two cases. Desjardins J.A. applied the principles stated in *Sagaz* and *Wiebe Door* and concluded that the appellant was an independent contractor. Noël J.A. who concurred in the result but on the basis of a different analysis held that the characterization which the parties had placed on their relationship should be given great weight where the relevant factors point in both direction with equal force.

The Tax Court of Canada erred in concluding that it was unnecessary to take into account the intention of the parties. The Judge's apparent concern that parties may escape the legal consequences of creating an employment relationship simply by denying that they had created an employment relationship was unfounded. Indeed, there is ample authority for the proposition that parties to a contract cannot change the legal nature of that contract merely by asserting that it is something else. He also misunderstood Noël J.A.'s reasons in *Wolf* as treating the parties' contractual description of their legal relationship as a tie-breaker, to be taken into account only if the *Wiebe Door* factors fail to yield a conclusive result. In determining the legal nature of a contract, a search for the common intention of the parties is the object of the exercise. Décary J.A. expressed the same idea in *Wolf* when he referred to the *Civil Code of Quebec*, articles 1425 and 1426 which state principles of the law of contract that are also present in the common law. One such principle is that in interpreting a contract, what is sought is the common intention of the parties rather than the adherence to the literal meaning of the words. Another principle is that the circumstances in which a contract was formed, the interpretation the parties have already given it and usage must all be taken into account in interpreting a contract. In short, the evidence of the parties' understanding of their contract must always be examined and given appropriate weight. This however does not mean that the parties' declaration as to the legal character of their contract is determinative. If it is established that the terms of the contract, considered in the appropriate factual context, do not reflect the legal relationship that the parties profess to have intended, then their stated intention will be disregarded.

Given the uncontradicted evidence as to the parties' understanding of their legal relationship, the Tax Court should

essentielle entre un « contrat de travail » et un « contrat d'entreprise » consiste dans l'élément de subordination ou de contrôle mais, selon la jurisprudence, cette distinction doit également être examinée à la lumière des critères que l'on retrouve dans les deux autres arrêts. La juge Desjardins, J.C.A., a appliqué les principes exposés dans les arrêts *Sagaz* et *Wiebe Door* et a conclu que l'appelant était un entrepreneur indépendant. Le juge Noël, J.C.A., qui a souscrit au résultat, mais en se fondant sur une analyse différente, était d'avis qu'il s'agissait d'un cas où la qualification que les parties avaient donnée à leur relation devrait se voir accorder un grand poids si les facteurs pertinents pointaient dans les deux directions avec autant de force.

La Cour canadienne de l'impôt a conclu à tort qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'intention des parties. La crainte manifeste du juge que les parties puissent échapper aux conséquences juridiques de l'existence d'une relation employeur-employé en niant tout simplement avoir établi une telle relation n'était pas fondée. En effet, il existe de nombreuses décisions qui énoncent que les parties à un contrat ne peuvent en modifier la nature juridique simplement en le qualifiant d'autre chose. En outre, le juge a mal compris les motifs du juge Noël, J.C.A., dans l'arrêt *Wolf*, croyant à tort que la description que donnaient les parties dans le contrat de leur relation juridique était un genre de critère de démarcation, qui ne devait être pris en compte que si les facteurs exposés dans l'arrêt *Wiebe Door* ne débouchaient pas sur un résultat concluant. Lorsqu'il s'agit de qualifier la nature juridique d'un contrat, l'exercice consiste en fait à rechercher l'intention commune des parties. Le juge Décary, J.C.A., a exprimé la même idée dans l'arrêt *Wolf* en faisant référence aux articles 1425 et 1426 du *Code civil du Québec*, qui énoncent des principes du droit des contrats que l'on retrouve également en common law. Un de ces principes veut que, lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat, il faut rechercher l'intention commune des parties plutôt que de s'en remettre uniquement au sens littéral des mots utilisés. Un autre principe est que, pour interpréter un contrat, il convient de tenir compte des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que lui ont déjà donnée les parties, ainsi que de l'usage. Bref, il faut toujours examiner les éléments de preuve qui reflètent la façon dont les parties ont compris leur contrat et leur accorder une force probante appropriée. Or cela ne veut pas dire que les affirmations que font les parties quant à la nature juridique de leur contrat sont concluantes. S'il est prouvé que les modalités du contrat, examinées dans le contexte factuel approprié, ne reflètent pas la relation juridique que les parties affirment avoir souhaité établir, alors il ne faut pas tenir compte de leur intention déclarée.

Étant donné le témoignage non contredit des parties quant à la façon dont elles ont compris leur relation juridique, la

have considered the *Wiebe Door* factors and asked himself whether, on balance, the facts were consistent with the conclusion that the dancers were self-employed or were more consistent with the conclusion that the dancers were employees. Failing to take that approach led the Court to an incorrect conclusion. The control factor required particular attention in this case. While the degree of control exercised by the RWB over the work of the dancers is extensive, it is no more than is needed to stage a series of ballets over a well-planned season of performances. The elements of control in this case could not reasonably be considered to be inconsistent with the parties' understanding that the dancers were independent contractors. The common understanding of the parties as to the nature of their legal relationship was borne out by the contractual terms and the other relevant facts.

*Per Evans J.A. (dissenting):* The particular issue raised in this case was the weight that a court should give to the parties' understanding of the legal nature of their relationship when determining into which category a contract to supply services falls.

Freedom of contract is a fundamental principle of the common law of contract. With some specific limitations, parties may contract on whatever terms they think will best advance their interests. It also means that the courts must give effect to the terms on which the parties intended to contract. Whether a contract falls into a particular legal category is an inference of law, drawn from the terms of the agreement and the conduct of the parties. It does not rest on the legal label attached to the agreement by the parties or on their purpose in entering into it. The intention of the parties is relevant to determining the terms of the transaction, not to its legal characterization, nor to whether the parties attained their ultimate objective. Neither *Wiebe Door* nor *Sagaz* states that the common intention or understanding of the parties about the legal nature of their contract is a relevant factor in the analysis of the characterization of a contract. The reasons in both cases focus on objective factors for determining whether the individuals concerned were in business on their own account or were employees. When a dispute arises over the proper legal character of a contract, there are good reasons to attach little if any weight to the parties' understanding of it, or to their objective in entering into the contract. The only significant role of the parties' stated intention or understanding about the legal nature of their contract is as part of the interpretative context in which the Court views the contract in order to resolve ambiguities and fill in silences in its terms. With respect to the present case, the fact that the

Cour canadienne de l'impôt aurait dû examiner les facteurs de l'arrêt *Wiebe Door* et se demander si, dans l'ensemble, les faits étaient compatibles avec la conclusion selon laquelle les danseurs étaient des travailleurs indépendants ou s'ils étaient davantage compatibles avec la conclusion selon laquelle les danseurs étaient des employés. C'est parce que la Cour n'a pas adopté cette approche qu'elle en est arrivée à une conclusion erronée. En l'espèce, le facteur du contrôle méritait une attention particulière. Le RWB exerçait un contrôle étroit sur le travail des danseurs, mais ce contrôle ne dépassait pas ce qu'exigeait la présentation d'une série de ballets pendant une saison de spectacles bien planifiée. Il s'ensuivait qu'on ne pouvait raisonnablement considérer le contrôle exercé en l'espèce sur les danseurs comme incompatible avec l'intention des parties d'attribuer aux danseurs le statut d'entrepreneur indépendant. La façon dont les parties interprétaient la nature de leur relation juridique était étayée par les clauses contractuelles et les autres faits pertinents.

Le juge Evans, J.C.A. (dissident) : La question précise soulevée en l'espèce concernait l'importance que la Cour devait attribuer à la façon dont les parties ont compris la nature juridique de leur relation lorsqu'il s'agissait de décider à quelle catégorie appartenait le contrat d'entreprise qui les liait.

La liberté contractuelle est un principe fondamental du droit du contrat en common law. Sous réserve de certaines restrictions précises, les parties ont la liberté de conclure le contrat qui correspond le mieux à leurs intérêts. La liberté contractuelle implique également que la tâche qui consiste à donner effet aux clauses sur lesquelles les parties s'étaient entendues incombe aux tribunaux. La question de savoir si un contrat entre dans une catégorie juridique particulière est une conclusion de droit, fondée sur les clauses du contrat et la conduite des parties, et non pas sur l'étiquette juridique que les parties ont apposée au contrat ou sur l'objectif recherché par les parties lorsqu'elles l'ont conclu. L'intention des parties est un élément pertinent lorsqu'il s'agit de préciser les modalités de l'opération. Elle n'est pas un élément pertinent lorsqu'il faut qualifier cette opération sur le plan juridique ou trancher la question de savoir si les parties ont atteint l'objectif recherché. Ni l'arrêt *Wiebe Door* ni l'arrêt *Sagaz* n'énoncent que l'intention commune des parties ou la façon dont elles interprètent la nature juridique de leur contrat est un facteur pertinent pour les besoins de l'analyse à effectuer. Dans ces deux arrêts, les motifs privilégient le recours à des facteurs objectifs pour décider si les personnes concernées exploitaient une entreprise pour leur propre compte ou étaient des employés. Lorsque le différend à trancher porte sur la qualification juridique d'un contrat, il y a de bonnes raisons d'accorder peu de poids, voire aucun, à la façon dont les parties en ont compris la nature ou à l'objectif qu'elles

dancers were registered for and charged GST was not evidence of the legal nature of the contract. It was a legal consequence of characterizing the contract as one for the supply of services, not proof of its legal character, and the law attaches little or no weight to the fact that the parties' conduct is consistent therewith. At most, this fact was evidence that the parties believed that they were not in an employment relationship.

*Wiebe Door* was decided 20 years ago, at a time when the contextual approach to legal analysis was less well established in Canadian case law than it is now. The four factors enumerated in *Wiebe Door* are drawn largely from the law of tort. The test was devised before the rapid growth of outsourcing and privatization of work had occurred and the effects of the globalization of the economy had become so apparent. The changing nature of the workplace, and the increasing complexity and diversity of the relationships under which labour is supplied, are apt to reduce further whatever value the *Wiebe Door* test may once have had to determine who is an employee for EI and CPP purposes and thus entitled to the benefits that these statutory schemes provide.

The Tax Court Judge did not err in law when, in applying the *Wiebe Door/Sagaz* considerations to the terms of the contracts, he did not consider the parties' understanding of, or stated intention about, the legal nature of their relationship. The Judge was able to reach a clear conclusion about the proper characterization of the contracts on the basis of the *Wiebe Door/Sagaz* factors and a contextual examination of the terms of the contracts. He was also properly alert to the fact that an application of those factors had to be sensitive to the nature of the dancers' work. He declined to consider some aspects of the contractual relationship as indicative of control because they were inherent in the production and performance of a ballet as a coherent work of art.

The legal test for determining whether a contract is one of employment or for services is multi-factored. Unless a judge commits some egregious error in its application, it will be

recherchaient en concluant le contrat en question. Le seul rôle important que peut jouer l'intention déclarée des parties au sujet de la nature juridique de leur contrat est d'influencer le contexte interprétatif dans lequel la Cour examine le contrat en vue d'en élucider les ambiguïtés et d'en combler les lacunes. En l'espèce, le fait que les danseurs étaient inscrits aux fins de la TPS et avaient facturé cette taxe n'était pas une preuve qui déterminait la nature juridique du contrat. Il s'agissait d'une conséquence juridique qui découlait du fait que le contrat avait été qualifié de contrat d'entreprise, mais ne constituait pas une preuve de sa nature juridique, et le droit attache peu de poids, sinon aucun, au fait que la conduite des parties est compatible avec les conséquences découlant de la conclusion d'un tel contrat. Cela prouvait tout au plus que les parties estimaient qu'elles n'avaient pas conclu un contrat de travail.

L'arrêt *Wiebe Door* a été rendu il y a 20 ans, à une époque où l'approche contextuelle à l'analyse juridique était beaucoup moins solidement établie dans la jurisprudence canadienne qu'elle ne l'est aujourd'hui. Les quatre facteurs énumérés dans l'arrêt *Wiebe Door* sont principalement tirés des règles de la responsabilité délictuelle. Le critère a été élaboré avant l'essor de la privatisation et de la sous-traitance des tâches et avant que se fassent sentir aussi nettement les effets de la mondialisation de l'économie. Les changements survenus dans le monde du travail et la complexité et la diversité croissantes des relations dans lesquelles le travail est exécuté ne peuvent que diminuer l'importance qu'a pu avoir le critère élaboré dans l'arrêt *Wiebe Door* dans le passé pour déterminer qui est un employé aux fins de l'assurance-emploi et du RPC et qui a, par conséquent, droit aux prestations qui sont fournies dans le cadre de ces deux régimes établis par la loi.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis une erreur de droit en ne tenant compte ni de la façon dont les parties comprenaient la nature juridique de leur relation ni de l'intention qu'elles ont exprimée à ce sujet lorsqu'il a appliqué les facteurs décrits dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz*. Le juge a pu en arriver à une conclusion claire au sujet de la qualification des contrats en se fondant sur les facteurs exposés dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* et sur un examen contextuel des modalités des contrats. Il a été sensible, comme il devait l'être, au fait que l'application de ces facteurs devait être compatible avec la nature du travail des danseurs. Il a refusé de considérer certains aspects de la relation contractuelle comme indiquant l'existence d'un contrôle, parce qu'il s'agissait d'exigences étroitement liées à la production et à la présentation d'une œuvre d'art cohérente comme le ballet.

Le critère juridique qui permet de décider si un contrat donné est un contrat de travail ou un contrat d'entreprise fait appel à de nombreux facteurs. Tant que le juge ne commet pas

difficult to establish palpable and overriding error. As the Tax Court Judge pointed out, the contracts in the present case contained terms that subjected dancers to controls that went well beyond the requirement of artistic performance.

une erreur flagrante dans son application, il est difficile d'établir l'existence d'une erreur dominante et manifeste. Comme le juge de la Cour canadienne de l'impôt l'a fait remarquer, les contrats actuels contenaient des conditions qui assujettissaient les danseurs à un contrôle qui allait largement au-delà de ce qu'exigeait la présentation d'un spectacle artistique.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 28 (as am. by S.C. 1997, c. 40, s. 65; 1998, c. 19, s. 255).  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, Arts. 1425, 1426.  
*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 103 (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 268).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 8.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 4, s. 8).  
*Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10.  
*Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983; (2001), 204 D.L.R. (4th) 542; 17 B.L.R. (3d) 1; 11 C.C.E.L. (3d) 1; 8 C.C.L.T. (3d) 60; 12 C.P.C. (5th) 1; 274 N.R. 366; 150 O.A.C. 12; 2001 SCC 59; *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553; [1986] 5 W.W.R. 450; (1986), 46 Alta. L.R. (2d) 83; [1986] 2 C.T.C. 200; 87 DTC 5025; 70 N.R. 214 (C.A.); *Wolf v. Canada*, [2002] 4 F.C. 396; [2002] 3 C.T.C. 3; 2002 DTC 6853; 288 N.R. 67; 2002 FCA 96; *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; [1946] 3 W.W.R. 748 (P.C.); affg [1945] S.C.R. 621; [1945] 4 D.L.R. 225; [1945] CTC 386; revg in part *sub nom. Montreal Locomotive Works Ltd. v. Montreal and Attorney-General for Canada*, [1945] 2 D.L.R. 373; [1945] CTC 349 (Que. K.B.).

##### DISTINGUISHED:

*Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321.

##### CONSIDERED:

*Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans*, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.); *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.); *Lee Ting Sang v. Chung Chi-keung*, [1990] 2

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1425, 1426.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 8.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 4, art. 8).  
*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 103 (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 268).  
*Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33.  
*Loi sur les relations du travail*, C.P.L.M., ch. L10.  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 28 (mod. par L.C. 1997, ch. 40, art. 65; 1998, ch. 19, art. 255).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983; 2001 CSC 59; *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.); *Wolf c. Canada*, [2002] 4 C.F. 396; 2002 CAF 96; *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; [1946] 3 W.W.R. 748 (C.P.); conf. [1945] R.C.S. 621; [1945] 4 D.L.R. 225; [1945] CTC 386; infirmé en partie *sub nom. Montreal Locomotive Works Ltd. v. Montreal and Attorney-General for Canada*, [1945] 2 D.L.R. 373; [1945] CTC 349 (B.R. Qué.).

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans*, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.); *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.); *Lee Ting Sang v. Chung Chi-keung*, [1990] 2

A.C. 374 (P.C.); *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367; (2001), 196 D.L.R. (4th) 193; 11 B.L.R. (3d) 165; [2001] 2 C.T.C. 11; 2001 DTC 5149; 266 N.R. 246; 2001 SCC 10; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58; *Hayes v. Canada*, [2005] 3 C.T.C. 241; 2005 DTC 5373; (2005), 336 N.R. 141; 2005 FCA 227.

## REFERRED TO:

*Hôpital Notre-Dame de l'Espérance and Théoret v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; (1977), 3 C.C.L.T. 109; 17 N.R. 593; *Curley v. Latreille* (1920), 60 S.C.R. 131; 55 D.L.R. 461; *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391; (2001), 196 D.L.R. (4th) 210; 12 B.L.R. (3d) 1; [2001] 2 C.T.C. 40; 2001 DTC 5158; 266 N.R. 305; 2001 SCC 11; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; (1979), 112 D.L.R. (3d) 49; [1980] I.L.R. 595; 32 N.R. 488; *Family Insurance Corp. v. Lombard Canada Ltd.*, [2002] 2 S.C.R. 695; (2002), 212 D.L.R. (4th) 193; 167 B.C.A.C. 161; 38 C.C.L.I. (3d) 165; 288 N.R. 373; 2002 SCC 48; *Minister of National Revenue v. Standing* (1992), 147 N.R. 238 (F.C.A.); *9041-6868 Québec Inc. v. M.N.R.*, 2005 FCA 334.

## AUTHORS CITED

*Anson's Law of Contract*, 28th ed. by J. Beatson. Oxford: Oxford University Press, 2002.  
 Friedlander, Laura. "What Has Tort Law Got To Do With It? Distinguishing Between Employees and Independent Contractors in the Federal Income Tax, Employment Insurance, and Canada Pension Plan Contexts" (2003), 51 *Can. Tax J.* 1467.  
 Furnston, Michael. *Cheshire, Fifoot & Furnston's Law of Contract*, 14th ed. London: Butterworths, 2001.  
 Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.  
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2005.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ((2004), 35 C.C.E.L. (3d) 101; 2004 TCC 390) that certain dancers engaged by the Royal Winnipeg Ballet were employees and not independent contractors. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Peter H. Harris, Q.C.* and *Harry C. G. Underwood* for appellant.  
*Gérald L. Chartier* for respondent.

A.C. 374 (P.C.); *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367; 2001 CSC 10; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Hayes c. Canada*, 2005 CAF 227.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théoret c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Curley v. Latreille* (1920), 60 R.C.S. 131; 55 D.L.R. 461; *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391; 2001 CSC 11; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Family Insurance Corp. c. Lombard du Canada liée*, [2002] 2 R.C.S. 695; 2002 CSC 48; *Ministre du Revenu national c. Standing*, [1992] A.C.F. n° 890 (C.A.) (QL); *9041-6868 Québec Inc. c. M.R.N.*, 2005 CAF 334.

## DOCTRINE CITÉE

*Anson's Law of Contract*, 28th ed. by J. Beatson. Oxford : Oxford University Press, 2002.  
 Friedlander, Laura. « What Has Tort Law Got To Do With It? Distinguishing Between Employees and Independent Contractors in the Federal Income Tax, Employment Insurance, and Canada Pension Plan Contexts » (2003), 51 *Rev. fiscale can.* 1467.  
 Furnston, Michael. *Cheshire, Fifoot & Furnston's Law of Contract*, 14th ed. London : Butterworths, 2001.  
 Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 1997.  
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Toronto : Canada Law Book, 2005.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2004 CCI 390) selon laquelle certains danseurs employés par le Royal Winnipeg Ballet étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Peter H. Harris, c.r.* et *Harry C. G. Underwood* pour l'appelant.  
*Gérald L. Chartier* pour l'intimé.

## SOLICITORS OF RECORD:

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: The Royal Winnipeg Ballet (the RWB) is appealing a decision of the Tax Court of Canada that Tara Birtwhistle, Johnny Wright and Kerrie Souster, when engaged by the RWB as dancers during the period from January 1 to July 29, 2001, were employees of the RWB and not independent contractors. The decision is reported as *Royal Winnipeg Ballet v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (2004), 35 C.C.E.L. (3d) 101.

[2] The RWB asked the Minister for a ruling on this point for the purpose of determining whether it had any legal obligation, in relation to the dancers, to pay contributions under the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (CPP), and premiums under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (EIA). Such obligations would exist only if the dancers were employees of the RWB.

[3] A delegate of the Minister concluded that the dancers were employees of the RWB. The RWB, Ms. Birtwhistle, Mr. Wright and Ms. Souster appealed separately to the Tax Court of Canada. Each of them commenced two appeals, one pursuant to section 28 [as am. by S.C. 1997, c. 40, s. 65; 1998, c. 19, s. 255] of the CPP, and the other pursuant to section 103 [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 268] of the EIA.

[4] The eight appeals were heard together on common evidence. In judgments dated June 3, 2004, all of the appeals were dismissed.

[5] The RWB has appealed the Tax Court judgment. The dancers have not appealed. Their bargaining agent, Canadian Actors' Equity Association (the CAEA), sought leave to intervene in support of the appeal of the RWB. Leave was denied on the basis that the CAEA did

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Le Royal Winnipeg Ballet (le RWB) interjette appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt dans laquelle celle-ci a jugé que Tara Birtwhistle, Johnny Wright et Kerrie Souster étaient, lorsqu'ils étaient employés par le RWB en qualité de danseurs pendant la période allant du 1<sup>er</sup> janvier au 29 juillet 2001, des employés du RWB et non des entrepreneurs indépendants. La décision a été publiée sous l'intitulé *Royal Winnipeg Ballet c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 2004 CCI 390.

[2] Le RWB a demandé au ministre de se prononcer sur ce point pour savoir s'il était juridiquement tenu de verser à l'égard des danseurs des cotisations au *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (RPC), et des cotisations aux termes de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (LAE), le RWB n'étant obligé d'effectuer ces versements que si les danseurs étaient des employés.

[3] Un délégué du ministre a conclu que les danseurs étaient des employés du RWB. Le RWB, M<sup>me</sup> Birtwhistle, M. Wright et M<sup>me</sup> Souster ont interjeté appel séparément devant la Cour canadienne de l'impôt. Ils ont tous interjeté deux appels, le premier conformément à l'article 28 [mod. par L.C. 1997, ch. 40, art. 65; 1998, ch. 19, art. 255] du RPC et le second conformément à l'article 103 [mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 268] de la LAE.

[4] Les huit appels ont été entendus conjointement sur preuve commune. Tous les appels ont été rejetés par des jugements datés du 3 juin 2004.

[5] Le RWB a interjeté appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt. Les danseurs n'ont pas interjeté appel. Leur agent de négociation, la Canadian Actors' Equity Association (la CAEA), a demandé l'autorisation d'intervenir pour appuyer l'appel du RWB.

not represent a point of view that would not otherwise be adequately represented (order of Pelletier J.A. dated March 16, 2005).

### The Facts

[6] The facts are not in dispute. The RWB is a world-renowned ballet company. In a typical season, running approximately from September to May, the RWB produces four ballets, which it performs in Winnipeg and on tour in Canada and abroad. Approximately 25 dancers are engaged by the RWB for a season. The RWB may also engage guest artists and other dancers, referred to as “local jobbers,” for limited periods within a season. The dancers are supported by numerous staff who work behind the scenes.

[7] The performances for a season are planned two to three years in advance. In February of each year, the recruitment of dancers begins for the following season. A dancer who is engaged for a particular season cannot be assured of an offer of engagement for the next season, but normally will be advised by the end of February if no new engagement offer is to be made. Ms. Birtwhistle, Mr. Wright and Ms. Souster were engaged for the season covered by the period in issue in this case.

[8] The RWB recruits dancers from those engaged for the current season, from its affiliated ballet school, and from an open audition process. The dancers the RWB wishes to engage are chosen by the artistic director, who also decides which dancers are assigned to particular roles.

[9] The rehearsal and performance of a ballet is an artistic collaboration involving the choreographer who creates the dance movements, the dancers who perform the dance, the ballet masters and ballet mistresses who instruct and coach the dancers, and the artistic director who co-ordinates the work of the dancers with the work of others, including the musicians and designers. A dancer is not free to dance his or her assigned role in a

L'autorisation a été refusée pour le motif que la CAEA ne représentait pas un point de vue qui, sans son intervention, ne serait pas représenté de façon appropriée (ordonnance du juge Pelletier datée du 16 mars 2005).

### Les faits

[6] Les faits ne sont pas contestés. Le RWB est une compagnie de ballet de renommée mondiale. Au cours d'une saison normale, qui va de septembre à mai environ, le RWB produit quatre ballets, qu'il présente à Winnipeg et en tournée au Canada et à l'étranger. Le RWB embauche près de 25 danseurs par saison. Le RWB retient également les services d'artistes invités et d'autres danseurs, qualifiés de « travailleurs locaux », pour des périodes limitées pendant la saison. Les danseurs sont appuyés par un personnel nombreux qui travaille dans les coulisses.

[7] Les spectacles présentés au cours d'une saison sont planifiés deux ou trois ans à l'avance. Le recrutement des danseurs commence au mois de février pour la saison suivante. Le danseur qui est engagé pour une saison particulière n'est pas sûr d'être réengagé pour la saison suivante, mais il est habituellement informé avant la fin du mois de février qu'aucune nouvelle offre d'embauche ne lui sera faite. M<sup>me</sup> Birtwhistle, M. Wright et M<sup>me</sup> Souster avaient été engagés pour la saison visée par la période en cause en l'espèce.

[8] Le RWB recrute ses danseurs parmi ceux qui ont été engagés pour la saison en cours, dans les écoles de ballet affiliées et en tenant des auditions. Les danseurs que le RWB souhaite engager sont choisis par le directeur artistique, qui attribue également les rôles aux différents danseurs.

[9] Les répétitions et la présentation d'un ballet sont le fruit d'une collaboration artistique à laquelle participent le chorégraphe qui crée les mouvements de danse, les danseurs qui exécutent le ballet, les maîtres et les maîtresses de ballet qui forment les danseurs et les entraînent et le directeur artistique qui coordonne le travail des danseurs et celui des autres participants, notamment des musiciens et des décorateurs. Les

manner that departs from the choreography or the artistic vision of the artistic director. However, each dancer's artistic expression is necessarily unique, even while performing choreographed dance movements.

[10] The artistic director chooses dancers for particular roles based on their individual artistic qualities. Dancers considered for lead roles generally are so advised when they are offered an engagement for the season. Discussions and negotiations ensue and, if fruitful, result in a written contract.

[11] The legal relationship between the RWB and each dancer is determined and governed by the Canadian Ballet Agreement in force for that season, which may in some cases be supplemented by an individual contract between the dancer and the RWB. The Minister does not argue, and there is no evidence that the RWB or the dancers have acted in any way that is inconsistent with any of those contracts.

[12] The Canadian Ballet Agreement is an umbrella agreement between the CAEA and the RWB. It is negotiated every three years. Under the Canadian Ballet Agreement, the RWB recognizes the CAEA as the exclusive bargaining agent for all dancers, narrators, singers, choreographers, stage managers, assistant stage managers, ballet masters and ballet mistresses that the RWB engages. The RWB agrees to engage only members of the CAEA for those positions.

[13] The record establishes that the understanding of the CAEA, the dancers, and the RWB is that dancers covered by the Canadian Ballet Agreement are independent contractors and not employees of the RWB. It is also generally understood that stage managers engaged by the RWB under the Canadian Ballet Agreement are employees of the RWB.

[14] The understanding that dancers are self-employed exists in relation to all but one of the

danseurs ne sont pas libres de danser le rôle qui leur est assigné en s'éloignant de la chorégraphie ou de la vision artistique du directeur artistique. Cependant, l'expression artistique de chaque danseur est nécessairement unique, même lorsqu'il exécute des mouvements de danse chorégraphiés.

[10] Le directeur artistique choisit les danseurs pour les divers rôles en se fondant sur les qualités individuelles des artistes. Les danseurs à qui on pense proposer des rôles principaux en sont généralement informés au moment où on leur offre un engagement pour la saison. Viennent ensuite des discussions et des négociations qui, si elles débouchent sur une entente, entraînent la rédaction d'un contrat.

[11] Les rapports juridiques qui existent entre le RWB et chacun des danseurs sont régis par le Canadian Ballet Agreement en vigueur pendant la saison considérée, qui est parfois complété par un contrat individuel conclu entre le danseur et le RWB. Le ministre ne soutient pas, et aucune preuve n'indique, que le RWB ou les danseurs aient jamais agi de façon incompatible avec ces différents contrats.

[12] Le Canadian Ballet Agreement est un accord-cadre auquel sont parties la CAEA et le RWB. Il est négocié tous les trois ans. Aux termes du Canadian Ballet Agreement, le RWB reconnaît que la CAEA est l'agent de négociation exclusif pour tous les danseurs, les narrateurs, les chanteurs, les chorégraphes, les régisseurs de plateau, les régisseurs de plateau adjoints, les maîtres de ballet et les maîtresses de ballet qu'engage le RWB. Le RWB convient d'engager uniquement des membres de la CAEA pour combler ces postes.

[13] Le dossier indique que la CAEA, les danseurs et le RWB se sont entendus sur le fait que les danseurs visés par le Canadian Ballet Agreement sont des entrepreneurs indépendants et non pas des employés du RWB. Il est également généralement reconnu que les régisseurs de plateau engagés par le RWB aux termes du Canadian Ballet Agreement sont des employés du RWB.

[14] L'entente selon laquelle les danseurs sont considérés comme des travailleurs autonomes concerne

ballet agreements to which the CAEA is a party. The one exception is the ballet agreement between the CAEA and the Alberta Ballet in Calgary. Dancers with the Alberta Ballet were employees before they were represented by the CAEA and remain so even though they are covered by a ballet agreement negotiated with the CAEA.

[15] There is no evidence that there are any practical considerations relating to the activities of the RWB, or the work environment of dancers engaged by the RWB, that compels dancers to be employees of the RWB, or that compels them to be independent contractors.

[16] There is no contractual instrument that purports to characterize the dancers as employees of the RWB or as independent contractors. The Canadian Ballet Agreement is silent on that point. Although the record does not disclose a reason for that silence, the omission may be deliberate because the Canadian Ballet Agreement covers some members of the CAEA (stage managers) who are understood to be employees and some (dancers) who are understood to be independent contractors.

[17] The Canadian Ballet Agreement sets minimum rates of remuneration, including overtime and vacation pay, contributions to a health care plan and a disability insurance plan, and minimum standards for a large number of working conditions for dancers of varying levels of experience. A dancer may be classified under the Canadian Ballet Agreement as apprentice, corps de ballet (levels 1 to 6), second soloist (levels 1 to 2), first soloist (levels 1 to 5), or principal dancer. Among the dancers' working conditions covered by the Canadian Ballet Agreement are rehearsal and performance conditions, periods of rest between performances, and travel arrangements and allowances.

[18] A dancer is free to negotiate with the RWB terms of engagement that are better than those set out in the

tous les accords que la CAEA a conclus avec des compagnies de ballet, à une seule exception près. Cette unique exception est l'accord conclu entre la CAEA et l'Alberta Ballet de Calgary. Les danseurs de l'Alberta Ballet étaient des employés avant d'être représentés par la CAEA, et ils le sont demeurés même s'ils sont désormais régis par le contrat négocié avec la CAEA.

[15] Il n'existe aucune preuve indiquant qu'il existe des considérations pratiques découlant des activités du RWB ou des conditions de travail des danseurs engagés par le RWB qui obligerait ces derniers à être des employés du RWB ou des entrepreneurs indépendants.

[16] Il n'existe aucun document contractuel dans lequel les danseurs sont qualifiés d'employés du RWB ou d'entrepreneurs indépendants. Le Canadian Ballet Agreement est muet sur ce point. Le dossier ne contient pas d'éléments susceptibles d'expliquer cette omission, mais il est possible qu'elle ait été délibérée, étant donné que le Canadian Ballet Agreement régit certains membres de la CAEA (les régisseurs de plateau) qui sont reconnus comme étant des employés et d'autres membres (les danseurs) qui sont reconnus comme étant des entrepreneurs indépendants.

[17] Le Canadian Ballet Agreement fixe des taux de rémunération minimaux, qui prévoient la rémunération des heures supplémentaires et des congés payés, le paiement de cotisations à un régime d'assurance-maladie et à un régime d'assurance-invalidité et établit des normes minimales pour toute une série de conditions de travail visant les danseurs ayant différents niveaux d'expérience. Aux termes du Canadian Ballet Agreement, les danseurs peuvent être apprentis, membres du corps de ballet (niveaux 1 à 6), deuxièmes solistes (niveaux 1 à 2), premiers solistes (niveaux 1 à 5) ou danseurs principaux. Les conditions de travail des danseurs régis par le Canadian Ballet Agreement concernent les modalités applicables aux répétitions et aux représentations, les périodes de repos entre les représentations ainsi que les déplacements et les indemnités.

[18] Les danseurs ont la faculté de négocier avec le RWB des conditions d'engagement plus favorables que

Canadian Ballet Agreement. Normally, the soloists and principal dancers are the individuals who are most likely to obtain such terms, which generally include a slightly better rate of remuneration, better billing, and special concessions of a relatively minor nature.

[19] A dancer who is engaged by the RWB may accept an engagement for a live performance with another company after the start of rehearsals for the season, if there is a permissive term in the individual contract or the RWB consents. A dancer has the right to accept other engagements that do not conflict with the fulfilment of his or her contractual obligations, if the RWB consents. A principal dancer or soloist engaged by the RWB is free to accept any radio or television broadcast engagement but is required to ensure that his or her engagement with the RWB is publicized.

[20] The RWB is obliged to display the names of all dancers prominently on its premises, and to list in programmes distributed to its audiences the names of all dancers performing in a principal or soloist role. Dancers retain ownership of their images, subject to the limited licence given to the RWB under the Canadian Ballet Agreement to use them for certain purposes.

[21] The RWB cannot require a dancer to perform any tasks that are not stipulated in the Canadian Ballet Agreement or in the dancer's individual contract. For example, a performance cannot be filmed or broadcast unless a separate agreement is negotiated.

[22] Dancers personally bear certain costs in order to carry out their contractual obligations, including the cost of fitness and rehearsal wear, physical conditioning (including gym memberships), orthopedic devices, makeup and certain health-related items. The RWB is required by the Canadian Ballet Agreement to purchase pointe shoes, specialized belts and costumes. The RWB, as a bulk purchaser, is able to obtain

celles du Canadian Ballet Agreement. Habituellement, les solistes et les danseurs principaux sont les mieux placés pour obtenir ce genre de conditions, qui comprennent généralement des taux de rémunération légèrement plus élevés, la mise en vedette du danseur et des concessions spéciales de nature relativement mineure.

[19] Les danseurs qui sont engagés par le RWB peuvent accepter de participer à une représentation en direct avec une autre compagnie après le début des répétitions pour la saison, s'il existe dans leur contrat individuel une clause qui les y autorise ou si le RWB y consent. Les danseurs ont le droit d'accepter d'autres engagements, avec le consentement du RWB, pourvu que cela ne les empêche pas d'exécuter leurs obligations contractuelles. Le danseur principal ou le soliste engagé par le RWB est libre d'accepter des engagements pour des représentations radiodiffusées ou télédiffusées, mais il doit veiller à ce que soit clairement mentionné le fait qu'il a été engagé par le RWB.

[20] Le RWB est tenu d'afficher de façon bien visible dans ses locaux les noms de tous les danseurs et de faire figurer dans les programmes distribués au public les noms de tous les danseurs qui exécutent des rôles de soliste ou un rôle principal. Les danseurs conservent un droit de propriété sur leur image, sous réserve d'une autorisation prévue au Canadian Ballet Agreement permettant au RWB de l'utiliser à certaines fins.

[21] Le RWB ne peut obliger un danseur à exécuter une tâche qui n'est pas prévue par le Canadian Ballet Agreement ou par le contrat individuel signé par le danseur. Par exemple, une représentation ne peut être filmée ou télédiffusée que si un accord distinct a été négocié à ce sujet.

[22] Les danseurs acquittent personnellement certains frais découlant de l'exécution de leurs obligations contractuelles, notamment les coûts suivants : les costumes d'exercice et de répétition, le conditionnement physique (y compris les frais d'adhésion à des clubs d'entraînement), les appareils orthopédiques, le maquillage et certains articles de santé. Selon les termes du Canadian Ballet Agreement, le RWB est tenu

discounts for such items.

[23] For all fiscal purposes, the dancers and the RWB have acted consistently with their understanding that the dancers are independent contractors. The dancers are registered for GST [Goods and Services Tax] purposes and charge GST to the RWB for their services. The RWB does not withhold tax from the remuneration paid to a dancer, except at the dancer's request. If a dancer requests that tax be withheld, the dancer also stipulates the amount to be withheld. The RWB complies with any such request by a dancer.

[24] A dancer may choose to contribute to a fund called the "Dancer's Resource Transition Plan" operated by a not-for-profit organization called the Dancer Transition Resource Centre. The fund is used to assist dancers moving from a dancing career to their next endeavour. If a dancer contributes to that fund, the RWB makes a matching contribution although it has no obligation to do so under the Canadian Ballet Agreement or the dancers' individual engagement contracts.

#### The Tax Court Decision

[25] The Judge found that the dancers were employees of the RWB. He provided a lengthy account of the legal principles upon which he based his decision, and an extensive explanation of his application of those principles to the facts. I do not propose to restate the Judge's reasons, but I observe that he considered it unnecessary to take into account what he referred to as "the intention of the parties" in determining the legal character of the relationship between the dancers and the RWB, because his consideration of other relevant factors yielded what he found to be a conclusive result (see paragraph 82 of the Judge's reasons). For the reasons that are discussed below, I must respectfully disagree with the Judge that the intention of the parties was irrelevant in this case. In my view, his error in that regard led him to an incorrect conclusion.

d'acheter les chaussons de pointe, les ceintures spéciales et les costumes. Le RWB se procure ces articles en gros et est en mesure d'obtenir des prix réduits.

[23] À l'égard du fisc, les danseurs et le RWB ont toujours agi conformément à leur entente selon laquelle les danseurs sont des entrepreneurs indépendants. Les danseurs sont inscrits aux fins de la TPS [Taxe sur les produits et services] et facturent la TPS au RWB pour leurs services. Le RWB ne retient aucun impôt sur la rémunération versée aux danseurs, sauf s'ils le demandent. Le danseur qui demande que le RWB retienne de l'impôt précise également le montant à retenir. Le RWB donne toujours suite aux demandes de ce genre présentées par les danseurs.

[24] Les danseurs peuvent choisir de cotiser à un fonds appelé « Dancer's Resource Transition Plan », qui est exploité par un organisme sans but lucratif appelé le Dancer Transition Resource Centre. Ce fonds a pour but d'aider financièrement les danseurs lorsqu'ils décident de changer de carrière. Lorsqu'un danseur cotise à ce fonds, le RWB verse une contribution de contrepartie même s'il n'est pas tenu de le faire aux termes du Canadian Ballet Agreement ou du contrat d'engagement individuel conclu avec le danseur.

#### La décision de la Cour canadienne de l'impôt

[25] Le juge a statué que les danseurs étaient des employés du RWB. Il a longuement décrit les principes juridiques sur lesquels il a fondé sa décision et expliqué en détail la façon dont ces principes s'appliquaient aux faits. Je n'ai pas l'intention de reproduire les motifs du juge, mais je note qu'il a considéré qu'il était inutile de tenir compte de ce qu'il a appelé « l'intention des parties » pour préciser la nature juridique de la relation unissant les danseurs et le RWB, parce que son examen des autres facteurs pertinents lui avait permis d'en arriver à un résultat concluant (voir le paragraphe 82 des motifs du juge). Pour les motifs exposés ci-dessous, je ne peux souscrire à l'affirmation du juge selon laquelle l'intention des parties n'était pas pertinente dans cette affaire. À mon avis, l'erreur qu'il a commise sur ce point l'a amené à tirer une conclusion erronée.

## Discussion

### 1. Preliminary points

#### (a) Consequences of the status of the dancers as employees or independent contractors

[26] It is common ground that the RWB is entitled to succeed in this appeal if the dancers were not employees of the RWB during the relevant period. The importance of this to the RWB is that the RWB has no obligation to pay employment insurance premiums or make contributions to the CPP for the dancers unless they are employees of the RWB. Although this case deals with only three dancers for a limited period of time, it is anticipated that as a practical matter the conclusions reached in this case will be applied in later periods to all dancers engaged by the RWB, unless the facts change significantly.

[27] From the point of view of the dancers, the finding of the Tax Court that they are employees of the RWB means that their work as dancers for the RWB is insurable employment under the EIA. Also, if the dancers are employees of the RWB, they are obliged to make only a portion of the required contributions under the *Canada Pension Plan* (the “employee’s share”), because the RWB must pay the “employer’s share.” An independent contractor is required to pay both portions (although the earnings upon which the required contribution is based may be reduced by certain deductions that are not available to employees).

[28] If the RWB’s appeal to this Court is successful, the dancers whose cases were before the Tax Court would not necessarily be at risk of any negative consequences, at least in relation to the EIA and the CPP for the period in issue, because they did not appeal their Tax Court judgments. However, as indicated above, they and other dancers engaged by the RWB may be affected for later periods, unless the facts change significantly.

## Analyse

### 1. Aspects préliminaires

#### a) Conséquences du statut d’employé ou d’entrepreneur indépendant des danseurs

[26] Il est admis que le RWB doit obtenir gain de cause dans le présent appel si les danseurs n’étaient pas des employés du RWB au cours de la période pertinente. L’effet d’une telle conclusion pour le RWB est que celui-ci n’est pas tenu de verser des cotisations d’assurance-emploi ou des cotisations au RPC à l’égard des danseurs si ceux-ci ne sont pas des employés. La présente affaire concerne uniquement trois danseurs pour une période limitée, mais on s’attend à ce qu’en pratique les conclusions tirées par la Cour dans le présent arrêt soient appliquées pour des périodes postérieures à tous les danseurs engagés par le RWB, à moins que les faits ne soient sensiblement différents.

[27] Du point de vue des danseurs, il découle de la conclusion de la Cour canadienne de l’impôt selon laquelle ils sont des employés du RWB que le travail qu’ils effectuent en qualité de danseurs pour le RWB constitue un emploi assurable aux termes de la LAE. En outre, si les danseurs sont des employés du RWB, ils sont tenus de ne verser qu’une partie des cotisations prévues par le RPC (la « part de l’employé »), étant donné que le RWB doit payer la « part de l’employeur ». Les entrepreneurs indépendants sont tenus de verser les deux parts de cette cotisation (quoique les gains à partir desquels sont calculées les cotisations peuvent faire l’objet de certaines déductions dont les employés ne bénéficient pas).

[28] S’il est fait droit à l’appel qu’a interjeté le RWB, cela n’aura pas nécessairement des répercussions défavorables pour les danseurs dont les demandes ont été entendues par la Cour canadienne de l’impôt, du moins pour ce qui est de la LAE et du RPC pour la période en cause, parce qu’ils n’ont pas interjeté appel des jugements de la Cour canadienne de l’impôt les concernant. Cependant, comme cela a été mentionné ci-dessus, ces danseurs ainsi que les autres danseurs engagés par le RWB pourraient être touchés à l’avenir par la présente décision à moins que les faits ne diffèrent sensiblement.

(b) Potential tax issues

[29] A question may arise as to the extent to which the dancers, if they are employees, are entitled to tax relief for certain expenses typically borne by a dancer, such as agent's fees, special clothing, shoes and equipment, and physical training costs. Generally, a self-employed person may claim tax relief for all expenses reasonably incurred to earn his or her income from self-employment. By contrast, the tax relief available to an employee is restricted to a permitted list of items, most of which would not be applicable to a dancer who is an employee. This differential treatment assumes that essential employment expenses generally are borne by the employer. It is generally recognized that in particular cases, that assumption may not be valid.

[30] The record of this case contains no particulars on the extent to which any dancer could be adversely affected by being found to be an employee, rather than an independent contractor. Nor does the record disclose whether the RWB would be amenable to a change in the terms of engagement to ameliorate the potential negative income tax consequences of a finding that the dancers are employees.

(c) Provincial employment laws

[31] The record does not disclose whether and in what respect the labour and employment laws of Manitoba would affect the RWB or the dancers if the dancers are employees of the RWB rather than independent contractors. Neither party made any submissions about whether the Canadian Ballet Agreement is or should be governed by the *Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, or any other provincial legislation that establishes employment standards or authorizes collective bargaining for employees. Since no argument was presented in this regard, I have assumed that the scope of provincial labour legislation is not relevant to the issues raised in this case.

b) Questions fiscales susceptibles de se poser

[29] Il est possible de se demander dans quelle mesure les danseurs, dans le cas où ils seraient des employés, ont le droit de déduire certains frais qu'ils acquittent habituellement, comme les honoraires de leur agent, les dépenses liées aux vêtements, aux chaussures et à l'équipement spéciaux ainsi que les frais liés à leur entraînement physique. D'une façon générale, les travailleurs indépendants peuvent déduire toutes les dépenses raisonnablement engagées pour gagner un revenu provenant d'un travail indépendant. Par contre, les déductions dont bénéficient les employés se limitent à des articles figurant sur une liste, dont la plupart ne concernent pas les danseurs qui seraient employés. Cette différence de traitement repose sur le principe que les dépenses essentielles liées à un emploi sont généralement payées par l'employeur. Il est généralement reconnu que, dans certains cas particuliers, cette hypothèse ne tient pas.

[30] Le présent dossier ne contient pas d'éléments indiquant quelles seraient les répercussions défavorables que subirait les danseurs s'ils étaient qualifiés d'employés plutôt que d'entrepreneurs indépendants. Le dossier ne révèle pas non plus si le RWB serait disposé à modifier les conditions d'engagement des danseurs en vue de réduire les conséquences fiscales négatives qui pourraient découler d'une conclusion selon laquelle les danseurs sont des employés.

c) Les lois provinciales en matière de travail

[31] Le dossier ne révèle pas dans quelle mesure les lois du travail du Manitoba toucheraient le RWB ou les danseurs si ces derniers étaient qualifiés d'employés du RWB plutôt que d'entrepreneurs indépendants. Les parties n'ont pas présenté d'observations sur la question de savoir si le Canadian Ballet Agreement est ou devrait être régi par la *Loi sur les relations du travail*, C.P.L.M., ch. L10, ou par toute autre loi provinciale qui fixe des normes en matière d'emploi ou autorise les employés à recourir à la négociation collective. Étant donné qu'aucun argument n'a été présenté sur ce point, j'ai tenu pour acquis que les lois du travail de la province n'avaient pas d'incidence sur les questions soulevées dans la présente affaire.

(d) *The Status of the Artist Act*

[32] The *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33, was referred to in argument in the Tax Court and in this Court. It deals with a number of issues relating to self-employed artists engaged in work that is within federal legislative jurisdiction. It contemplates collective agreements between self-employed artists and federal government organizations, and between self-employed artists and broadcasting undertakings within the jurisdiction of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC). The *Status of the Artist Act* has no application in this case because the RWB is not an organization that is regulated by a federal authority.

[33] The only relevance of the *Status of the Artist Act* in these proceedings is that it represents a formal recognition by the Parliament of Canada that performing artists may be independent contractors whose minimum terms of engagement are the subject of a collective agreement. The existence of the *Status of the Artist Act* does not and cannot establish that performing artists are always self-employed or that they cannot be employees.

2. The jurisprudence

[34] *67112 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983 (*Sagaz*) is the leading case from the Supreme Court of Canada on the determination of the status of a person as an employee or an independent contractor. However, before discussing *Sagaz*, it is useful to consider *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553 (C.A.), because it forms an important part of the jurisprudential foundation for *Sagaz*.

(a) *Wiebe Door*

[35] The issue in *Wiebe Door* was whether certain installers and repairers of overhead doors were employees of a corporation, even though the corporation hired them on the basis that they would be running their own businesses. If the installers were employees, the

d) *La Loi sur le statut de l'artiste*

[32] La *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33, a été mentionnée dans les plaidoiries présentées devant la Cour canadienne de l'impôt et devant la Cour. Elle traite d'un certain nombre de questions qui touchent les artistes indépendants qui effectuent un travail relevant des compétences législatives fédérales. Il y est question de conventions collectives entre les artistes indépendants et les organismes gouvernementaux fédéraux ainsi qu'entre les artistes indépendants et les entreprises de radiodiffusion relevant du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC). La *Loi sur le statut de l'artiste* ne s'applique pas au présent litige étant donné que le RWB n'est pas un organisme qui relève d'une autorité fédérale.

[33] Le seul intérêt de la *Loi sur le statut de l'artiste* pour la présente instance est qu'elle constitue une reconnaissance formelle par le Parlement du Canada du fait que les artistes de spectacle peuvent être des entrepreneurs indépendants dont les clauses d'engagement minimales peuvent faire l'objet d'une convention collective. L'existence de la *Loi sur le statut de l'artiste* n'établit pas et ne peut pas établir que les artistes de spectacle sont toujours des travailleurs indépendants ou qu'ils ne peuvent pas être des employés.

2. La jurisprudence

[34] *67112 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983 (*Sagaz*) est l'arrêt de la Cour suprême du Canada qui fait autorité sur la notion d'employé et d'entrepreneur indépendant. Cependant, avant d'examiner l'arrêt *Sagaz*, il est utile d'étudier l'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.), parce qu'il constitue un élément important de la fondation jurisprudentielle sur laquelle repose l'arrêt *Sagaz*.

a) *Wiebe Door*

[35] Dans l'arrêt *Wiebe Door*, il s'agissait de savoir si les installateurs et réparateurs de portes basculantes étaient des employés d'une société, même si la société les avait embauchés en se fondant sur le fait qu'ils exploitaient leurs propres entreprises. Si la Cour avait

result would have been to confirm an assessment against the corporation for the payment of unemployment insurance premiums and CPP contributions for the years 1979, 1980 and 1981.

[36] The Tax Court Judge had determined that the installers were employees, citing the “integration test” from *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans*, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.) [at page 111], *per* Denning L.J. The key part of that case is quoted in *Wiebe Door* [at page 560], and reads as follows:

One feature which seems to run through the instances is that, under a contract of service, a man is employed as part of the business and his work is done as an integral part of the business: whereas, under a contract for services his work, although done for the business, is not integrated into it but is only accessory to it.

[37] MacGuigan J.A. said that the Tax Court Judge had misapplied this statement by treating it as though it stated a single test for distinguishing between an employee and an independent contractor. He found that test not to be a fair one because it will necessarily result in a finding of employment if the parties have developed a relationship of mutual dependence. MacGuigan J.A. [at page 564] adopted instead the following analytical framework from the decision of Cooke J. in *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.) [at pages 737-738]:

The observations of LORD WRIGHT, of Denning, L.J., and of the judges of the Supreme Court in the U.S.A. suggest that the fundamental test to be applied is this: “Is the person who has engaged himself to perform these services performing them as a person in business on his own account?”. If the answer to that question is “yes”, then the contract is a contract for services. If the answer is “no” then the contract is a contract of service. No exhaustive list has been compiled and perhaps no exhaustive list can be compiled of considerations which are relevant in determining that question, nor can strict rules be laid down as to the relative weight which the various considerations should carry in particular cases. The most that can be said is that control will no doubt always have to be

déclaré que les installateurs étaient des employés, cela aurait eu pour effet de confirmer la cotisation établie à l’égard de la société en question qui l’obligeait à verser des cotisations d’assurance-chômage et des cotisations au RPC pour les années 1979, 1980 et 1981.

[36] Le juge de la Cour canadienne de l’impôt avait jugé que les installateurs étaient des employés, en citant le « critère de l’intégration » tiré de l’arrêt *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans*, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.) [à la page 111], par le lord juge Denning. La partie essentielle de cet arrêt est citée dans l’arrêt *Wiebe Door* [à la page 560] et est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] Une particularité semble se répéter dans la jurisprudence : en vertu d’un contrat de louage de services, une personne est employée en tant que partie d’une entreprise et son travail fait partie intégrante de l’entreprise; alors qu’en vertu d’un contrat d’entreprise, son travail, bien qu’il soit fait pour l’entreprise, n’y est pas intégré mais seulement accessoire.

[37] Le juge MacGuigan a déclaré que le juge de la Cour canadienne de l’impôt avait mal appliqué cet énoncé en considérant qu’il s’agissait d’un critère unique permettant de différencier l’employé de l’entrepreneur indépendant. Il a jugé que ce critère n’était pas équitable parce qu’il amenait nécessairement le tribunal à juger qu’il y avait une relation employeur-employé dès qu’il existait un lien de dépendance mutuelle entre les parties. Le juge MacGuigan [à la page 564] a plutôt adopté le cadre analytique suivant qui est tiré des motifs du juge Cooke dans l’arrêt *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.) [aux pages 737 et 738] :

[TRADUCTION] Les remarques de LORD WRIGHT, du Lord Juge Denning et des juges de la Cour suprême des États-Unis laissent à entendre que le critère fondamental à appliquer est celui-ci : « La personne qui s’est engagée à accomplir ces tâches les accomplit-elle en tant que personne dans les affaires à son compte ». Si la réponse à cette question est affirmative, alors il s’agit d’un contrat d’entreprise. Si la réponse est négative, alors il s’agit d’un contrat de service personnel. Aucune liste exhaustive des éléments qui sont pertinents pour trancher cette question n’a été dressée, peut-être n’est-il pas possible de le faire; on ne peut non plus établir de règles rigides quant à l’importance relative qu’il faudrait attacher à ces divers éléments dans un cas particulier.

considered, although it can no longer be regarded as the sole determining factor; and that factors, which may be of importance, are such matters as whether the man performing the services provides his own equipment, whether he hires his own helpers, what degree of financial risk he takes, what degree of responsibility for investment and management he has, and whether and how far he has an opportunity of profiting from sound management in the performance of his task. The application of the general test may be easier in a case where the person who engages himself to perform the services does so in the course of an already established business of his own; but this factor is not decisive, and a person who engages himself to perform services for another may well be an independent contractor even though he has not entered into the contract in the course of an existing business carried on by him.

[38] MacGuigan J.A. concluded that the Tax Court Judge had erred in law in determining the matter on the basis of the integration test alone, when he should have considered all of the relevant factors as taught in *Market Investigations*. MacGuigan J.A. did not engage anew in a detailed review of the relevant factors, but returned the matter to the Tax Court for reconsideration based on the correct law. I have been unable to find a published report of a decision of the Tax Court on the reconsideration.

[39] Some years after the decision in *Wiebe Door*, the Judicial Committee of the Privy Council considered the same issue in the context of a mason who was injured on a construction site in Hong Kong: *Lee Ting Sang v. Chung Chi-keung*, [1990] 2 A.C. 374. The mason was entitled to compensation from the principal construction contractor only if he was its employee. The District Court in Hong Kong found him not to be an employee, based essentially on the integration test from *Stevenson Jordan*. The Hong Kong Court of Appeal upheld the decision. The Judicial Committee reversed the decision, citing as the correct law the statement of Cooke J. quoted above.

[40] Thus, the state of the law after *Wiebe Door* was that, in determining whether an individual is an

Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il faudra toujours tenir compte du contrôle même s'il ne peut plus être considéré comme le seul facteur déterminant; et que des facteurs qui peuvent avoir une certaine importance sont des questions comme celle de savoir si celui qui accomplit la tâche fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses aides, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fond et de la gestion, et jusqu'à quel point il peut tirer profit d'une gestion saine dans l'accomplissement de sa tâche. L'utilisation du critère général peut être plus facile dans un cas où la personne qui s'engage à rendre le service le fait dans le cadre d'une affaire déjà établie; mais ce facteur n'est pas déterminant. Une personne qui s'engage à rendre des services à une autre personne peut bien être un entrepreneur indépendant même si elle n'a pas conclu de contrat dans le cadre d'une entreprise qu'elle dirige actuellement.

[38] Le juge MacGuigan a conclu que le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait commis une erreur de droit parce qu'il s'était prononcé uniquement en fonction du critère de l'intégration alors qu'il aurait dû tenir compte de tous les facteurs pertinents, comme l'énonçait le juge Cooke dans l'arrêt *Market Investigations*. Le juge MacGuigan n'a pas procédé à un nouvel examen détaillé des facteurs pertinents mais a renvoyé la décision à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle rende une nouvelle décision fondée sur les règles juridiques applicables. Je n'ai pas réussi à trouver une publication contenant la décision qu'a prononcée la Cour canadienne de l'impôt à la suite du réexamen de l'affaire.

[39] Quelques années après le prononcé de l'arrêt *Wiebe Door*, le Comité judiciaire du Conseil privé a examiné la même question dans l'arrêt *Lee Ting Sang v. Chung Chi-keung*, [1990] 2 A.C. 374, une affaire où un maçon s'était blessé sur un chantier à Hong Kong. Le maçon n'avait le droit de recevoir une indemnité de la part du principal entrepreneur de construction que s'il était l'employé de ce dernier. La Cour de district de Hong Kong a jugé qu'il n'était pas un employé, en se fondant essentiellement sur le critère de l'intégration tiré de l'arrêt *Stevenson Jordan*. La Cour d'appel de Hong Kong a confirmé la décision. Le Comité judiciaire a infirmé la décision, en citant en les approuvant les observations du juge Cooke reproduites ci-dessus.

[40] Ainsi, l'état du droit après l'arrêt *Wiebe Door* était le suivant : pour déterminer si une personne était un

employee, the key question is whether the individual has been engaged to provide services as a person in business on his or her own account. The list of factors from *Wiebe Door*, cited in practically every case of this kind, are aimed at finding an answer to that question.

(b) *Sagaz*

[41] The problem of determining whether a party was an independent contractor arose in *Sagaz*. Although that case did not involve employment insurance, the analysis in *Wiebe Door* was approved and adopted.

[42] The issue in *Sagaz* was whether Sagaz Industries Canada Inc. and Sagaz Industries Inc. (collectively, Sagaz) could be held liable for the tortious conduct of a New York corporation called American Independent Marketing Inc. (AIM) and its controlling shareholder, Stewart Landow. Sagaz had engaged AIM to assist in marketing synthetic sheepskin seat covers to Canadian Tire Corporation. For approximately 30 years, those products had been supplied to Canadian Tire by 671122 Ontario Limited, formerly called Design Dynamics Limited (Design). Sagaz was initially successful in replacing Design as a supplier to Canadian Tire because Mr. Landow bribed Robert Summers, a Canadian Tire official, who was fired from his job and eventually went to prison. By the time the bribe was discovered, Canadian Tire had concluded that the Sagaz product was superior to the Design product. As a result, Design was not awarded a new contract with Canadian Tire. Design's fortunes declined as a result and its assets were sold. Design sued 13 defendants, including Sagaz, AIM and Mr. Landow. Canadian Tire was sued, but settled. Mr. Summers was sued, but the action was discontinued when he went bankrupt. By the time of the trial, the only remaining defendants were Sagaz and its president, AIM and Mr. Landow.

[43] Design's claim against Sagaz could succeed only if Sagaz could be held vicariously liable for the tortious

employé, la question essentielle était de savoir si la personne en question fournissait des services en tant que personne à son compte. La liste des facteurs tirés de l'arrêt *Wiebe Door*, qui est cité dans pratiquement tous les jugements de ce genre, a pour but de fournir une réponse à cette question.

b) *Sagaz*

[41] La question de savoir si une partie est un entrepreneur indépendant a été soulevée dans la cause *Sagaz*. Cette cause ne portait pas sur l'assurance-emploi, mais l'analyse exposée dans l'arrêt *Wiebe Door* a été acceptée et adoptée.

[42] Dans le dossier *Sagaz*, il s'agissait de savoir si Sagaz Industries Canada Inc. et Sagaz Industries Inc. (désignées ensemble par la société Sagaz) pouvaient être tenues responsables du fait délictueux commis par une société de l'État de New York appelée American Independent Marketing Inc. (AIM) et son actionnaire contrôlant, Stewart Landow. La société Sagaz avait retenu les services d'AIM pour qu'elle l'aide à vendre des housses de siège en peau de mouton synthétique à la Société Canadian Tire. Pendant près de 30 ans, c'était la société 671122 Ontario Limited, anciennement appelée Design Dynamics Limited (Design), qui fournissait ces produits à Canadian Tire. La société Sagaz a réussi au départ à se substituer à Design comme fournisseur de Canadian Tire parce que M. Landow a versé un pot-de-vin à Robert Summers, un représentant de Canadian Tire, qui a été congédié et qui a, par la suite, purgé une peine d'emprisonnement. Au moment où le versement du pot-de-vin a été découvert, Canadian Tire avait déjà conclu que le produit de Sagaz était supérieur à celui de Design. Design n'a donc pas obtenu de nouveau contrat avec Canadian Tire. Design a ensuite périçlité et ses actifs ont été vendus. Design a poursuivi 13 défendeurs, notamment la société Sagaz, AIM et M. Landow. Canadian Tire a été poursuivie, mais a conclu une transaction avec Design. M. Summers a été poursuivi, mais la demanderesse s'est désistée de cette poursuite lorsqu'il a fait faillite. Au moment du procès, les seuls défendeurs restants étaient la société Sagaz, son président, AIM et M. Landow.

[43] La poursuite intentée par Design contre la société Sagaz ne pouvait réussir que si le tribunal déclarait que

conduct of AIM. In the Supreme Court of Canada, the determination of that issue turned on whether AIM was an independent contractor of Sagaz. The Court found that AIM was in business on its own account and thus an independent contractor. The result was that Sagaz could not be held vicariously liable for the tortious conduct of AIM.

[44] The conclusion that AIM was an independent contractor of Sagaz was based on the application of the principles stated by MacGuigan J.A. in *Wiebe Door*. Those principles were quoted and endorsed by Major J., writing for the Supreme Court of Canada. Major J. provided this summary of the relevant principles (at paragraphs 46-48):

In my opinion, there is no one conclusive test which can be universally applied to determine whether a person is an employee or an independent contractor. Lord Denning stated in *Stevenson Jordan, supra*, that it may be impossible to give a precise definition of the distinction (p. 111) and, similarly, Fleming [John G. Fleming, in *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998] observed that “no single test seems to yield an invariably clear and acceptable answer to the many variables of ever changing employment relations . . .” (p. 416). Further, I agree with MacGuigan J.A. in *Wiebe Door*, at p. 563, citing Atiyah [P.S. Atiyah, in *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967] at p. 38, that what must always occur is a search for the total relationship of the parties:

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

Although there is no universal test to determine whether a person is an employee or an independent contractor, I agree

la responsabilité du fait d’autrui de la société Sagaz était engagée en raison de la conduite délictueuse d’AIM. Pour trancher cette question, la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si AIM était un entrepreneur indépendant de la société Sagaz. La Cour a jugé qu’AIM était en affaires pour son propre compte et était, par conséquent, un entrepreneur indépendant. La responsabilité du fait d’autrui de la société Sagaz n’était donc pas engagée en raison de la conduite délictueuse d’AIM.

[44] La Cour a conclu qu’AIM était un entrepreneur indépendant de la société Sagaz en se fondant sur les principes exposés par le juge MacGuigan dans l’arrêt *Wiebe Door*. Ces principes ont été cités et approuvés par le juge Major, qui s’exprimait au nom de la Cour suprême du Canada. Le juge Major a résumé ainsi les principes applicables (aux paragraphes 46 à 48) :

À mon avis, aucun critère universel ne permet de déterminer, de façon concluante, si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. Lord Denning a affirmé, dans l’arrêt *Stevenson Jordan*, précité, qu’il peut être impossible d’établir une définition précise de la distinction (p. 111) et, de la même façon, Fleming signale que [John G. Fleming, dans *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia : LBC Information Services, 1998] [TRADUCTION] « devant les nombreuses variables des relations de travail en constante mutation, aucun critère ne semble permettre d’apporter une réponse toujours claire et acceptable » (p. 416). Je partage en outre l’opinion du juge MacGuigan lorsqu’il affirme—en citant Atiyah [P. S. Atiyah, dans *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London : Butterworths, 1967], p. 38, dans l’arrêt *Wiebe Door*, p. 563—qu’il faut toujours déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles :

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

Bien qu’aucun critère universel ne permette de déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur

with MacGuigan J.A. that a persuasive approach to the issue is that taken by Cooke J. in *Market Investigations*, *supra*. The central question is whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account. In making this determination, the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor. However, other factors to consider include whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers, the degree of financial risk taken by the worker, the degree of responsibility for investment and management held by the worker, and the worker's opportunity for profit in the performance of his or her tasks.

It bears repeating that the above factors constitute a non-exhaustive list, and there is no set formula as to their application. The relative weight of each will depend on the particular facts and circumstances of the case.

(c) *Wolf*

[45] In 2002, this Court decided *Wolf v. Canada*, [2002] 4 F.C. 396 (C.A.), another leading case on the problem of distinguishing an employee from an independent contractor.

[46] Mr. Wolf was a mechanical engineer specializing in aerospace. Many aerospace companies that might have employed his services did not hire mechanical engineers as employees. They often preferred to engage independent contractors because their contracts could be terminated at any time without incurring liabilities. For the contractors, the pay generally was higher but there was less job security. Mr. Wolf sought out such contracts because of the prospect of higher pay. A company called Kirk-Mayer of Canada Ltd. (Kirk-Mayer), located in Calgary, had a contract with Canadair Limited under which it provided Canadair with personnel. Mr. Wolf signed a contract with Kirk-Mayer under which he agreed to provide his services to Canadair. The expected duration of the assignment was one year, renewable at Canadair's discretion, but dependent entirely on the workload available at Canadair. The agreement provided that if, in the opinion of Kirk-Mayer and its client Canadair, Mr. Wolf did not provide his services in a workmanlike and professional manner, Kirk-Mayer could terminate the agreement.

indépendant, je conviens avec le juge MacGuigan que la démarche suivie par le juge Cooke dans la décision *Market Investigations*, précitée, est convaincante. La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fond et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches.

Ces facteurs, il est bon de le répéter, ne sont pas exhaustifs et il n'y a pas de manière préétablie de les appliquer. Leur importance relative respective dépend des circonstances et des faits particuliers de l'affaire.

c) L'arrêt *Wolf*

[45] En 2002, la Cour a rendu le jugement *Wolf c. Canada*, [2002] 4 C.F. 396 (C.A.), une autre décision faisant autorité sur la façon de distinguer l'employé de l'entrepreneur indépendant.

[46] M. Wolf était un ingénieur mécanicien spécialisé en aérospatiale. De nombreuses sociétés d'aérospatiale susceptibles de retenir ses services n'embauchaient pas comme employés les ingénieurs mécaniciens dont elles avaient besoin. Elles préféraient souvent retenir les services d'entrepreneurs indépendants parce qu'elles pouvaient mettre fin à leurs contrats à n'importe quel moment sans avoir de responsabilités à leur égard. Pour les entrepreneurs, la rémunération était en général plus élevée, mais la sécurité d'emploi était moindre. M. Wolf recherchait ce genre de contrat parce qu'il souhaitait obtenir une rémunération plus élevée. Une société appelée Kirk-Mayer of Canada Ltd. (Kirk-Mayer), dont le siège social était à Calgary, avait conclu un contrat avec Canadair Limited en vertu duquel elle s'engageait à fournir du personnel à Canadair. M. Wolf a conclu un contrat avec Kirk-Mayer aux termes duquel il acceptait de fournir ses services à Canadair. La durée prévue de l'affectation était d'une année, renouvelable à la discrétion de Canadair, mais uniquement en fonction des besoins de Canadair. Le contrat prévoyait que si, dans l'opinion de Kirk-Mayer et de son client Canadair, M.

Wolf ne fournissait pas ses services selon les règles de l'art et de façon professionnelle, Kirk-Mayer pouvait résilier le contrat.

[47] The contract established an hourly rate of remuneration and provided extra remuneration for overtime, vacations and statutory holidays. It also stipulated a *per diem* allowance payable in certain circumstances and a completion bonus if the contract was completed to Canadair's satisfaction. Canadair was also obliged to pay all travel costs incurred by Mr. Wolf in the performance of the contract. Mr. Wolf invoiced Canadair for his work. Canadair paid Kirk-Mayer, which then paid Mr. Wolf, after deducting income tax, CPP contributions and employment insurance premiums, on the basis that Mr. Wolf was an employee.

[47] Le contrat fixait un taux de rémunération horaire et des primes pour les heures supplémentaires, ainsi que des indemnités de vacances et de jours fériés. Il prévoyait aussi une indemnité journalière payable dans certaines circonstances et une prime d'achèvement du contrat si le contrat était exécuté à la satisfaction de Canadair. Canadair était également tenue d'assumer tous les frais de déplacement engagés par M. Wolf dans l'exécution du contrat. M. Wolf facturait ses heures de travail à Canadair. Canadair payait Kirk-Mayer, qui payait ensuite M. Wolf, après avoir déduit de sa rémunération l'impôt sur le revenu, les cotisations au RPC et les cotisations d'assurance-emploi, M. Wolf étant considéré comme un employé.

[48] Mr. Wolf worked with a team at Canadair involved with the testing of aircraft. He reported to a Canadair project manager. He worked on a number of different projects, to which he was assigned by Canadair as the need arose. Mr. Wolf had no promise of future engagement, no pension and no employee benefits. He was employed in this manner from 1990 until 1995, during which time he worked on nine projects, but there were some periods during that time when he had no work. In 1995 when the time came to terminate the contract, Canadair wrote to Kirk-Mayer asking them to inform Mr. Wolf of the termination.

[48] M. Wolf travaillait chez Canadair avec une équipe qui s'occupait de faire des essais d'aéronefs. Il relevait d'un gestionnaire de projet de Canadair. Il a participé à différents projets, auxquels l'avait affecté Canadair en fonction de ses besoins. M. Wolf n'avait pas de promesse de contrat à l'avenir, il ne recevait aucuns avantages sociaux et ne cotisait pas à un régime de retraite. Il a été employé de cette façon de 1990 à 1995, période au cours de laquelle il a participé à neuf projets, mais il lui est également arrivé pendant cette période de ne pas travailler. En 1995, lorsque Canadair a décidé de mettre fin au contrat, elle a écrit à Kirk-Mayer en lui demandant d'informer M. Wolf de sa décision.

[49] A number of tax disputes arose between Mr. Wolf and the tax authorities. When his case reached this Court, the only issue was whether he was an employee or an independent contractor. I summarize as follows the relevant portion of the lead judgment, written by Desjardins J.A.

[49] Plusieurs litiges fiscaux ont opposé M. Wolf aux autorités fiscales. Lorsque sa cause a été soumise à la Cour, la seule question en litige était celle de savoir s'il était un employé ou un entrepreneur indépendant. Je résume ci-dessous les passages pertinents des motifs principaux rédigés par la juge Desjardins.

[50] The contract in issue was governed by the law of Quebec. It was therefore necessary to consider whether the contract was a "contract of employment" or a "contract of enterprise" as those terms are defined in the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64]. It is generally

[50] Le contrat en cause était régi par le droit québécois. Il était par conséquent nécessaire de décider s'il s'agissait d'un « contrat de travail » ou d'un « contrat d'entreprise », selon la définition que donne de ces termes le *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64].

accepted that, under the Code, the key distinction lies with the element of subordination or control, but in the jurisprudence, the distinction is also examined in light of the tests now found in *Wiebe Door* and *Sagaz*: see *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (P.C.); *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance and Théoret v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; and *Curley v. Latreille* (1920), 60 S.C.R. 131. On that basis, Desjardins J.A. considered it appropriate to apply to Mr. Wolf's case the principles stated in *Sagaz* and *Wiebe Door*. She concluded that those factors, considered in the context of the special nature of Mr. Wolf's highly specialized work and the economic environment in which he chose to work, justified his contention that he was an independent contractor.

[51] Décary J.A. rendered separate reasons in which he analysed the issues somewhat differently but reached the same conclusion as Desjardins J.A. He also suggested that it might not even have been necessary to have recourse to *Wiebe Door* and *Sagaz* because the nature of their contract was so clear. He said this, at paragraph 119 (my emphasis):

Taxpayers may arrange their affairs in such a lawful way as they wish. No one has suggested that Mr. Wolf or Canadair or Kirk-Mayer are not what they say they are or have arranged their affairs in such a way as to deceive the taxing authorities or anybody else. When a contract is genuinely entered into as a contract for services and is performed as such, the common intention of the parties is clear and that should be the end of the search. Should that not be enough, suffice it to add, in the case at bar, that the circumstances in which the contract was formed, the interpretation already given to it by the parties and usage in the aeronautic industry all lead to the conclusion that Mr. Wolf is in no position of subordination and that Canadair is in no position of control. The "central question" was defined by Major J. in *Sagaz* as being "whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account". Clearly, in my view, Mr. Wolf is performing his professional services as a person in business on his own account.

Il est généralement accepté que, selon le Code, la distinction essentielle consiste dans l'élément de subordination ou de contrôle, mais selon la jurisprudence cette distinction doit également être examinée à la lumière des critères que l'on retrouve dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* : voir *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (C.P.); *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théoret c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; et *Curley v. Latreille* (1920), 60 R.C.S. 131. La juge Desjardins a ainsi considéré qu'il était approprié d'appliquer les principes exposés dans les arrêts *Sagaz* et *Wiebe Door* à la cause de M. Wolf. Elle a conclu que ces facteurs, considérés dans le contexte de la nature particulière du travail très spécialisé qu'il effectuait et de l'environnement économique dans lequel il avait choisi de travailler, étaient la prétention de M. Wolf voulant qu'il fût un entrepreneur indépendant.

[51] Le juge Décary a rédigé des motifs séparés dans lesquels il a abordé les questions en litige de façon légèrement différente de l'approche retenue par la juge Desjardins, tout en arrivant à la même conclusion. Il a également déclaré qu'il n'aurait peut-être même pas été nécessaire de se fonder sur les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz*, étant donné que la nature du contrat conclu par les parties était très claire. Il a déclaré ceci au paragraphe 119 (non souligné dans l'original) :

Les contribuables peuvent organiser leurs affaires de la façon légale qu'ils désirent. Personne n'a suggéré que M. Wolf ou Canadair ou Kirk-Mayer ne sont pas ce qu'ils disent être ou qu'ils ont arrangé leurs affaires de façon à tromper les autorités fiscales ou qui que ce soit. Lorsqu'un contrat est signé de bonne foi comme un contrat de service et qu'il est exécuté comme tel, l'intention commune des parties est claire et l'examen devrait s'arrêter là. Si ce n'était pas suffisant, il suffit d'ajouter qu'en l'espèce, les circonstances dans lesquelles le contrat a été formé, l'interprétation que lui ont donnée les parties et l'usage dans l'industrie aérospatiale conduisent tous à conclure que M. Wolf n'est pas dans une position de subordination et que Canadair n'est pas dans une position de contrôle. La « question centrale » a été définie par le juge Major dans l'affaire *Sagaz* comme étant : « si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte ». Il est clair, à mon avis, que M. Wolf a exécuté des services professionnels à titre de personne qui travaillait pour son propre compte.

[52] Noël J.A. also concurred in the result, but on the basis of a different analysis. His reasons are short and I quote them in their entirety, at paragraphs 122-124:

I too would allow the appeal. In my view, this is a case where the characterization which the parties have placed on their relationship ought to be given great weight. I acknowledge that the manner in which parties choose to describe their relationship is not usually determinative particularly where the applicable legal tests point in the other direction. But in a close case such as the present one, where the relevant factors point in both directions with equal force, the parties' contractual intent, and in particular their mutual understanding of the relationship cannot be disregarded.

My assessment of the applicable legal tests to the facts of this case is essentially the same as that of my colleagues. I view their assessment of the control test, the integration test and the ownership of tool tests as not being conclusive either way. With respect to financial risk, I respectfully agree with my colleagues that the appellant in consideration for a higher pay gave up many of the benefits which usually accrue to an employee including job security. However, I also agree with the Tax Court Judge that the appellant was paid for hours worked regardless of the results achieved and that in that sense he bore no more risk than an ordinary employee. My assessment of the total relationship of the parties yields no clear result which is why I believe regard must be had to how the parties viewed their relationship.

This is not a case where the parties labelled their relationship in a certain way with a view of achieving a tax benefit. No sham or window dressing of any sort is suggested. It follows that the manner in which the parties viewed their agreement must prevail unless they can be shown to have been mistaken as to the true nature of their relationship. In this respect, the evidence when assessed in the light of the relevant legal tests is at best neutral. As the parties considered that they were engaged in an independent contractor relationship and as they acted in a manner that was consistent with this relationship, I do not believe that it was open to the Tax Court Judge to disregard their understanding (compare *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (P.C.), at page 170).

[53] It is common ground that *Wiebe Door, Sagaz* and *Wolf* establish the principles of law that must be applied

[52] Le juge Noël a également souscrit au résultat, mais en se fondant sur une analyse différente. Ses motifs sont brefs et je les cite intégralement, aux paragraphes 122 à 124 :

J'accueillerais aussi l'appel. À mon avis, il s'agit d'un cas où la qualification que les parties ont donnée à leur relation devrait se voir accorder un grand poids. Je reconnais que la façon dont les parties décident de décrire leur relation n'est pas habituellement déterminante, en particulier lorsque les critères juridiques applicables pointent dans l'autre direction. Mais, dans une issue serrée comme en l'espèce, si les facteurs pertinents pointent dans les deux directions avec autant de force, l'intention contractuelle des parties et en particulier leur compréhension mutuelle de la relation ne peuvent pas être laissées de côté.

Mon évaluation des critères juridiques applicables aux faits de l'espèce est essentiellement la même que celle de mes collègues. J'estime que leur évaluation du critère de contrôle, du critère d'intégration et de la propriété des outils n'est pas concluante, ni dans un sens ni dans l'autre. En ce qui concerne le risque financier, je conviens avec respect avec mes collègues que l'appelant, en contrepartie d'un salaire plus élevé, avait renoncé à bon nombre des prestations qui étaient habituellement dévolues à l'employé, y compris la sécurité d'emploi. Toutefois, je conviens avec la juge de la Cour de l'impôt que l'appelant était payé pour ses heures travaillées, quels que soient les résultats atteints, et qu'en ce sens, il ne supportait pas plus de risques qu'un employé ordinaire. Mon évaluation de l'ensemble de la relation entre les parties ne m'amène pas à une conclusion claire et c'est pourquoi, selon moi, il faut examiner la façon dont les parties voyaient leur relation.

Ce n'est pas un cas où les parties qualifiaient leur relation d'une façon telle que cela leur procure un avantage fiscal. Aucune manœuvre frauduleuse ou aucun maquillage de quelque sorte n'est allégué. Il s'ensuit que la manière dont les parties ont pu voir leur entente doit l'emporter à moins qu'elles ne se soient trompées sur la véritable nature de leur relation. À cet égard, la preuve, lorsqu'elle est évaluée à la lumière des critères juridiques pertinents, est pour le moins neutre. Comme les parties ont estimé qu'elles se trouvaient dans une relation d'entrepreneur indépendant et qu'elles ont agi d'une façon conforme à cette relation, je n'estime pas que la juge de la Cour de l'impôt avait le loisir de ne pas tenir compte de cette entente (à comparer avec l'affaire *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (C.P.), à la page 170).

[53] Il est admis par les parties que les arrêts *Wiebe Door, Sagaz* et *Wolf* exposent les principes juridiques

in determining whether the dancers were employees of the RWB, or independent contractors. Precisely how they apply in this case is the heart of the dispute.

### 3. The relevance of the intention of the parties

[54] I turn now to the Judge's conclusion that it was unnecessary to take into account the intention of the parties. The Judge does not explain what he meant by the phrase "the intention of the parties," but it seems to me that he considered himself free to disregard the uncontradicted evidence that the parties shared a common understanding that the dancers were self-employed and were not employees of the RWB.

[55] The Judge's explanation for disregarding the intention of the parties appears at paragraph 31 of his reasons:

Intent only becomes a factor in the event the relevant legal tests yield no definitive result, and where no sham or window dressing is suggested. I agree with this approach. In appropriate circumstances intention simply serves as a tie-breaker. This accords with Justice Major's approach; it does not elevate "intention" to a more primary role. If "intention" was given the prominence the Supreme Court of Canada appears to have reserved for the control factor, there would be a risk that payors, employers, employees and independent contractors might view it as some endorsement of a right to opt in or out of the employment insurance scheme. It should be borne in mind this is not a voluntary program.

[56] The Judge apparently was concerned that parties may escape the legal consequences of creating an employment relationship simply by denying that they had created an employment relationship. In my view, the Judge's concern is unfounded. There is ample authority for the proposition that parties to a contract cannot change the legal nature of that contract merely by asserting that it is something else. This is why Major J. said, in *Sagaz* (at paragraph 49):

Although the contract designed AIM as an "independent contractor", this classification is not always determinative for purposes of vicarious liability.

applicables à la question de savoir si les danseurs sont des employés du RWB ou des entrepreneurs indépendants. C'est la façon exacte dont ces principes s'appliquent en l'espèce qui est au cœur du présent litige.

### 3. La pertinence de l'intention des parties

[54] J'examine maintenant la conclusion du juge selon laquelle il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'intention des parties. Le juge n'explique pas ce qu'il entend par l'expression « l'intention des parties », mais il me semble qu'il a jugé qu'il était libre de ne pas tenir compte du témoignage non contredit des parties selon lequel celles-ci s'étaient entendues sur le fait que les danseurs étaient des travailleurs indépendants et non pas des employés du RWB.

[55] Le juge explique la raison pour laquelle il n'a pas tenu compte de l'intention des parties au paragraphe 31 de ses motifs :

L'intention ne devient un facteur que si les critères juridiques pertinents ne permettent pas de tirer une conclusion définitive et qu'aucune manœuvre frauduleuse ou aucun maquillage de quelque sorte n'est allégué. Je souscris à cette idée. Dans les circonstances appropriées, l'intention sert simplement d'élément de démarcation, ce qui concorde avec l'approche du juge Major. L' [TRADUCTION] « intention » ne joue pas un rôle plus important. Si l' [TRADUCTION] « intention » avait l'importance que la Cour suprême du Canada semble avoir accordée au contrôle, les payeurs, les employeurs, les employés et les entrepreneurs indépendants pourraient penser que le droit de participer ou non au régime d'assurance-emploi est reconnu dans une certaine mesure. Or, il faut se rappeler que ce régime n'est pas volontaire.

[56] Le juge craignait apparemment que les parties puissent échapper aux conséquences juridiques de l'existence d'une relation employeur-employé en niant tout simplement avoir établi une telle relation. À mon avis, la crainte du juge n'est pas fondée. Il existe de nombreuses décisions qui énoncent que les parties à un contrat ne peuvent en modifier la nature juridique simplement en le qualifiant d'autre chose. C'est la raison pour laquelle le juge Major a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *Sagaz* (au paragraphe 49) :

Bien que AIM y soit désignée comme étant un « entrepreneur indépendant », cette désignation n'est pas toujours déterminante de la responsabilité du fait d'autrui.

Similarly, in *Wiebe Door*, the parties' understanding that the door installers were self-employed was not conclusive. In *Wolf*, this Court respected the parties' declared intention that Mr. Wolf would be an independent contractor but only after determining, after due consideration of all of the relevant evidence, that the parties had succeeded in creating the legal relationship that they intended to create.

[57] The Judge apparently understood the reasons of Noël J.A. in *Wolf* as treating the parties' contractual description of their legal relationship as a kind of tie-breaker, to be taken into account only if the *Wiebe Door* factors fail to yield a conclusive result. In my view, those reasons are not authority for that proposition. I reach that conclusion because of *Montreal Locomotive*, the case cited by Noël J.A. at the end of his reasons.

[58] The issue in *Montreal Locomotive* was whether a manufacturer was liable for taxes imposed by the City of Montréal in 1941 to 1943. The manufacturer had entered into a contract with the Government of Canada, which was stated to be governed by the law of Quebec, to manufacture armaments. The contract stated that the manufacturer would be an agent of the Crown. The manufacturer located the factory in Montréal. The City of Montréal sought to tax the manufacturer in respect of its occupation and its use of the land. It could do so only if the manufacturer held the land and was carrying on business on its own account (that is, as an independent contractor). It would not be liable for any taxes if it owned and used the land in its capacity as agent of the Crown. The Judicial Committee of the Privy Council found that the manufacturer was an agent of the Crown. The Judicial Committee noted that the contract stated that the manufacturer would be an agent of the Crown, but then went on to conduct an extensive and detailed analysis of all of the terms of the contract, and in particular what the contract said about the factors that were later adopted in *Market Investigations*, *Wiebe Door* and *Sagaz*.

De la même façon, dans l'arrêt *Wiebe Door*, l'entente entre les parties selon laquelle les installateurs de portes étaient des travailleurs indépendants n'a pas été jugée déterminante. Dans l'arrêt *Wolf*, la Cour a respecté l'intention déclarée des parties selon laquelle M. Wolf était un entrepreneur indépendant, mais uniquement après avoir décidé, en se fondant sur l'ensemble des preuves pertinentes, que les parties avaient effectivement créé la relation juridique qu'elles avaient l'intention de créer.

[57] Il semble que le juge ait compris qu'il ressortait des motifs du juge Noël dans l'arrêt *Wolf* que la description que donnaient les parties dans le contrat de leur relation juridique était un genre de critère de démarcation, qui ne devait être pris en compte que si les facteurs exposés dans l'arrêt *Wiebe Door* ne débouchaient pas sur un résultat concluant. À mon avis, ces motifs ne permettent pas de faire cette affirmation. J'en arrive à cette conclusion à cause de l'arrêt *Montreal Locomotive*, auquel le juge Noël a renvoyé à la fin de ses motifs.

[58] Dans la cause *Montreal Locomotive*, il s'agissait de savoir si un fabricant était assujéti à des impôts imposés par la Ville de Montréal entre 1941 et 1943. Ce fabricant avait conclu avec le gouvernement du Canada un contrat de fabrication d'armes dans lequel il était précisé que le contrat était régi par le droit québécois. Le contrat énonçait que le fabricant était un mandataire de la Couronne. Le fabricant avait installé l'usine à Montréal. La Ville de Montréal voulait percevoir des impôts fonciers sur le terrain qu'il occupait et utilisait. La Ville n'avait le droit de le faire que si le fabricant était le propriétaire du terrain et exploitait son entreprise en son propre nom (c.-à-d. en qualité d'entrepreneur indépendant). Elle ne pouvait percevoir aucun impôt s'il était propriétaire du terrain et l'utilisait en sa qualité de mandataire de la Couronne. Le Comité judiciaire du Conseil privé a conclu que le fabricant était un mandataire de la Couronne. Le Comité judiciaire a noté que le contrat énonçait que le fabricant était un mandataire de la Couronne, mais a ensuite effectué une analyse approfondie et détaillée de toutes les autres modalités du contrat, et en particulier de ce que disait le contrat au sujet des facteurs qui ont été adoptés par la suite dans les arrêts *Market Investigations*, *Wiebe Door* et *Sagaz*.

[59] It seems to me from *Montreal Locomotive* that in determining the legal nature of a contract, it is a search for the common intention of the parties that is the object of the exercise. The same idea is expressed as follows in the reasons of Dé Cary J.A. in *Wolf*, at paragraph 117:

I say, with great respect, that the courts, in their propensity to create artificial legal categories, have sometimes overlooked the very factor which is the essence of a contractual relationship, i.e. the intention of the parties.

[60] Dé Cary J.A. was not saying that the legal nature of a particular relationship is always what the parties say it is. He was referring particularly to Articles 1425 and 1426 of the *Civil Code of Québec*, which state principles of the law of contract that are also present in the common law. One principle is that in interpreting a contract, what is sought is the common intention of the parties rather than the adherence to the literal meaning of the words. Another principle is that in interpreting a contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage, are all taken into account. The inescapable conclusion is that the evidence of the parties' understanding of their contract must always be examined and given appropriate weight.

[61] I emphasize again, that this does not mean that the parties' declaration as to the legal character of their contract is determinative. Nor does it mean that the parties' statements as to what they intended to do must result in a finding that their intention has been realized. To paraphrase Desjardins J.A. (from paragraph 71 of the lead judgment in *Wolf*), if it is established that the terms of the contract, considered in the appropriate factual context, do not reflect the legal relationship that the parties profess to have intended, then their stated intention will be disregarded.

[62] It is common for a dispute to arise as to whether the contractual intention professed by one party is

[59] Il me semble découler de l'arrêt *Montreal Locomotive* que, lorsqu'il s'agit de qualifier la nature juridique d'un contrat, l'exercice consiste en fait à rechercher l'intention commune des parties. La même idée est exprimée de la façon suivante dans les motifs du juge Dé Cary dans l'arrêt *Wolf*, au paragraphe 117 :

Je dirai, avec le plus grand respect, que les tribunaux, dans leur propension à créer des catégories juridiques artificielles, ont parfois tendance à ne pas tenir compte du facteur même qui est l'essence d'une relation contractuelle, à savoir l'intention des parties.

[60] Le juge Dé Cary n'affirmait pas que la nature juridique d'une relation donnée est toujours celle que lui prêtent les parties. Il faisait référence en particulier aux articles 1425 et 1426 du *Code civil du Québec*, qui énoncent des principes du droit des contrats que l'on retrouve également en common law. Un de ces principes veut que, lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat, il faut rechercher l'intention commune des parties plutôt que de s'en remettre uniquement au sens littéral des mots utilisés. Un autre principe est que, pour interpréter un contrat, il convient de tenir compte des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que lui ont déjà donnée les parties ou d'autres personnes, ainsi que de l'usage. La conclusion inévitable est qu'il faut toujours examiner les éléments de preuve qui reflètent la façon dont les parties ont compris leur contrat et leur accorder une force probante appropriée.

[61] Je souligne, une fois de plus, que cela ne veut pas dire que les affirmations que font les parties quant à la nature juridique de leur contrat sont concluantes. Cela ne veut pas dire non plus que les déclarations que font les parties quant à leurs intentions doivent nécessairement amener le tribunal à conclure que leurs intentions ont été concrétisées. Pour paraphraser la juge Desjardins (au paragraphe 71 des motifs principaux de l'arrêt *Wolf*), lorsqu'il est prouvé que les modalités du contrat, examinées dans le contexte factuel approprié, ne reflètent pas la relation juridique que les parties affirment avoir souhaité établir, alors il ne faut pas tenir compte de leur intention déclarée.

[62] La question de savoir si l'intention contractuelle qu'une des parties déclare avoir eue coïncide avec celle

shared by the other. Particularly in appeals under the CPP and the EIA, the parties may present conflicting evidence as to what they intended their legal relationship to be. Such a dispute typically arises when an individual is engaged to provide services and signs a form of agreement presented by an employer, in which she is stated to be an independent contractor. The employer may have included that clause in the agreement in order to avoid creating an employment relationship. The individual may later assert that she was an employee. She may testify that she felt coerced into signifying her consent to the written form of the contract because of financial need or other circumstances. Or, she may testify that she believed, despite signing a contract containing such language, that she would be treated like others who were clearly employees. Although the court in such a case may conclude, based on the *Wiebe Door* factors, that the individual is an employee, that does not mean that the intention of the parties is irrelevant. Indeed, their common intention as to most of the terms of their contract is probably not in dispute. It means only that a stipulation in a contract as to the legal nature of the relationship created by the contract cannot be determinative.

[63] What is unusual in this case is that there is no written agreement that purports to characterize the legal relationship between the dancers and the RWB, but at the same time there is no dispute between the parties as to what they believe that relationship to be. The evidence is that the RWB, the CAEA and the dancers all believed that the dancers were self-employed, and that they acted accordingly. The dispute as to the legal relationship between the dancers and the RWB arises because a third party (the Minister), who has a legitimate interest in a correct determination of that legal relationship, wishes to assert that the evidence of the parties as to their common understanding should be disregarded because it is not consistent with the objective facts.

de l'autre partie donne fréquemment lieu à des différends. En particulier, dans les appels intentés aux termes du RPC et de la LAE, il arrive que les parties présentent des preuves contradictoires au sujet de la nature de la relation juridique qu'elles souhaitaient créer. Ce genre de différend prend habituellement naissance dans le cas où une personne est embauchée pour fournir des services et signe un formulaire de contrat présenté par l'employeur dans lequel la personne en question est qualifiée d'entrepreneur indépendant. L'employeur insère parfois une telle clause dans le contrat dans le but d'éviter de créer une relation employeur-employé. Il arrive que la personne en question affirme par la suite qu'elle était une employée. Elle pourrait déclarer qu'elle s'est sentie obligée d'indiquer son consentement sur le formulaire de contrat pour des raisons financières ou autres. Elle pourrait également déclarer qu'elle pensait, malgré le fait qu'elle a signé un contrat contenant ces termes, qu'elle serait traitée comme les autres travailleurs qui étaient manifestement des employés. Dans ce genre d'affaire, le tribunal pourrait fort bien conclure, en se fondant sur les facteurs exposés dans l'arrêt *Wiebe Door*, que la personne en question est une employée, mais cela ne veut pas dire que l'intention des parties n'est pas pertinente. En fait, les parties sont généralement d'accord sur le sens à donner à la plupart des modalités énoncées dans leur contrat. Cela veut simplement dire qu'une stipulation du contrat portant sur la nature juridique de la relation créée par celui-ci n'est pas déterminante.

[63] Ce qui est inhabituel en l'espèce, c'est qu'il n'y a pas d'accord écrit qui vise à qualifier la relation juridique existant entre les danseurs et le RWB, et que, parallèlement, les parties s'entendent sur ce qu'elles croient être la nature de leur relation. La preuve révèle que le RWB, la CAEA et les danseurs pensaient tous que les danseurs étaient des travailleurs indépendants et qu'ils avaient agi en conséquence. Le litige portant sur la nature de la relation juridique existant entre les danseurs et le RWB vient du fait qu'un tiers (le ministre), qui a un intérêt légitime à ce que la relation juridique soit correctement qualifiée, souhaite faire écarter le témoignage des parties au sujet de leur intention commune parce que ce témoignage n'est pas compatible avec les faits objectifs.

[64] In these circumstances, it seems to me wrong in principle to set aside, as worthy of no weight, the uncontradicted evidence of the parties as to their common understanding of their legal relationship, even if that evidence cannot be conclusive. The Judge should have considered the *Wiebe Door* factors in the light of this uncontradicted evidence and asked himself whether, on balance, the facts were consistent with the conclusion that the dancers were self-employed, as the parties understood to be the case, or were more consistent with the conclusion that the dancers were employees. Failing to take that approach led the Judge to an incorrect conclusion.

#### 4. Reconsideration of the relevant factors

[65] The Judge chose the following factors as relevant to the *Wiebe Door* analysis (it is not suggested that he chose the wrong factors or that there are any relevant factors that he failed to consider):

- The indispensable element of individual artistic expression necessarily rests with the dancers. The RWB chooses what works will be performed, chooses the time and location of the performances, determines where and when rehearsals will be held, assigns the roles, provides the choreography, and directs each performance.
- The dancers have no management or investment responsibilities with respect to their work with the RWB.
- The dancers bear little financial risk for the work they do for the RWB for the particular season for which they are engaged. However, their engagements with the RWB are for a single season and they have no assurance of being engaged in the next season.
- The dancers have some chance of profit, even within their engagement with the RWB, in that they may

[64] Dans les circonstances, il me semble qu'il serait contraire aux principes applicables de mettre de côté, en le considérant comme dépourvu de toute force probante, le témoignage non contredit des parties quant à la façon dont elles comprennent la nature de leur relation juridique, même si ce témoignage ne saurait être déterminant. Le juge aurait dû examiner les facteurs de l'arrêt *Wiebe Door* à la lumière de ce témoignage non contredit et se demander si, dans l'ensemble, les faits étaient compatibles avec la conclusion selon laquelle les danseurs étaient des travailleurs indépendants, comme les parties le pensaient, ou s'ils étaient davantage compatibles avec la conclusion selon laquelle les danseurs étaient des employés. C'est parce que le juge n'a pas adopté cette approche qu'il en est arrivé à une conclusion erronée.

#### 4. Réexamen des facteurs pertinents

[65] Le juge a retenu les facteurs énoncés ci-dessous pour effectuer l'analyse exposée dans l'arrêt *Wiebe Door* (il n'est pas suggéré qu'il a utilisé des facteurs non pertinents ou qu'il a omis de tenir compte de facteurs pertinents) :

- L'élément indispensable de l'expression artistique individuelle appartient nécessairement aux danseurs. Le RWB choisit les œuvres qui seront exécutées, décide de l'heure et du lieu des représentations et des répétitions, attribue les rôles, fournit la chorégraphie et dirige les représentations.
- Les danseurs n'ont aucune responsabilité en matière de gestion ou d'investissement pour ce qui est du travail qu'ils effectuent pour le RWB.
- Les danseurs n'assument pratiquement aucun risque financier pour le travail qu'ils effectuent pour le RWB pendant la saison pour laquelle ils ont été engagés. Cependant, le RWB ne les engage que pour une seule saison et ils n'ont aucune garantie d'être engagés à nouveau la saison suivante.
- Les danseurs ont la possibilité de faire quelques bénéfices, même lorsqu'ils sont engagés par le RWB,

negotiate for remuneration in addition to what is provided by the Canadian Ballet Agreement. However, for the most part remuneration from the RWB is based on seniority and there is little movement from that scale.

- The career of a dancer is susceptible to being managed, particularly as the dancer gains experience. Dancers engaged by the RWB have considerable freedom to accept outside engagements, although there are significant contractual restrictions (the need for the consent of the RWB, and the obligation to hold themselves out as being engaged by the RWB).

- Although the dancers bear many costs related to their engagement with the RWB and their dancing careers generally, the RWB is obliged to provide dance shoes, costumes, tights, wigs and certain other necessary items.

- The dancers are responsible for keeping themselves physically fit for the roles they are assigned. However, the RWB is obliged by contract to provide certain health related benefits and warm-up classes.

[66] The control factor in this case, as in most cases, requires particular attention. It seems to me that while the degree of control exercised by the RWB over the work of the dancers is extensive, it is no more than is needed to stage a series of ballets over a well-planned season of performances. If the RWB were to stage a ballet using guest artists in all principal roles, the RWB's control over the guest artists would be the same as if each role were performed by a dancer engaged for the season. If it is accepted (as it must be), that a guest artist may accept a role with the RWB without becoming its employee, then the element of control must be consistent with the guest artist being an independent contractor. Therefore, the elements of control in this case cannot reasonably be considered to be inconsistent with the parties' understanding that the dancers were independent contractors.

dans la mesure où ils peuvent négocier une rémunération supplémentaire par rapport à celle que prévoit le Canadian Ballet Agreement. Cependant, l'essentiel de la rémunération versée par le RWB est basé sur l'ancienneté et il est rare qu'on s'écarte de ce barème.

- La carrière d'un danseur est susceptible d'être gérée, en particulier à mesure que le danseur acquiert de l'expérience. Les danseurs engagés par le RWB ont une grande latitude lorsqu'il s'agit d'accepter des engagements avec d'autres compagnies de ballet, même s'ils doivent respecter des restrictions contractuelles importantes (la nécessité d'obtenir le consentement du RWB et l'obligation de se présenter comme étant engagé par le RWB).

- Les danseurs payent de leur poche de nombreux frais liés à leur engagement par le RWB et leur carrière de danseur en général, mais le RWB est tenu de fournir les chaussons, les costumes, les collants, les perruques et certains autres articles nécessaires.

- Il incombe aux danseurs de demeurer en bonne forme physique pour pouvoir exécuter les rôles qui leur sont attribués. Le RWB est toutefois tenu, en vertu du contrat, de fournir certains avantages liés à la santé et de prévoir des périodes de réchauffement.

[66] Dans la présente affaire, comme dans la plupart des affaires d'ailleurs, le facteur du contrôle mérite une attention particulière. Il me semble que le RWB exerce un contrôle étroit sur le travail des danseurs, mais ce contrôle ne dépasse pas ce qu'exige la présentation d'une série de ballets pendant une saison de spectacles bien planifiée. Si le RWB devait présenter un ballet en ayant recours à des artistes invités pour tous les rôles principaux, le contrôle qu'exercerait le RWB sur les artistes invités serait le même que si tous ces rôles étaient exécutés par des danseurs engagés pour la saison. Si l'on accepte (comme on doit le faire) le fait qu'un artiste invité peut accepter un rôle au sein du RWB sans pour autant devenir son employé, il faut en déduire que le facteur du contrôle exercé doit être compatible avec le fait que l'artiste invité est un entrepreneur indépendant. Il s'ensuit donc qu'on ne peut raisonnablement considérer comme incompatible avec l'intention des parties d'attribuer aux danseurs le statut d'entrepreneur

[67] The same can be said of all of the factors, considered in their entirety, in the context of the nature of the activities of the RWB and the work of the dancers engaged by the RWB. In my view, this is a case where the common understanding of the parties as to the nature of their legal relationship is borne out by the contractual terms and the other relevant facts.

### Conclusion

[68] I would allow this appeal and set aside the judgment of the Tax Court dated June 3, 2004 in docket number 2003-2569(EI) and docket number 2003-2580(CPP). Making the judgment the Tax Court should have made, I would allow the appeals of the RWB under subsection 103(1) of the EIA and section 28 of the CPP, and set aside the determination of the Minister that Tara Birtwhistle, John Wright and Kerrie Souster were employees of the RWB during the period from January 2001 and July 2001, and refer this matter back to the Minister for a determination that they were not employees of the RWB during that period. I would grant the RWB its costs in this Court and in the Tax Court.

\*\*\*

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

[69] DESJARDINS J.A.: I agree with the reasons for judgment and with the disposition of the case as suggested by Sharlow J.A.

[70] In *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161, the Judicial Committee of the Privy Council (J.C.P.C.) decided the issue they were faced with “by examining the precise terms of the contracts before them” (at page 169) and by an analysis of “the combined force of the whole scheme of operations” (at page 170). The nature of the contracts, particularly the production contract, had split the judges

indépendant le contrôle exercé en l’espèce sur les danseurs.

[67] Le même raisonnement s’applique à tous les facteurs, considérés dans leur ensemble, dans le contexte de la nature des activités qu’exerce le RWB et du travail qu’exécutent les danseurs engagés par le RWB. À mon avis, dans la présente affaire, la façon dont les parties interprétaient la nature de leur relation juridique est étayée par les clauses contractuelles et les autres faits pertinents.

### Conclusion

[68] J’accueillerais le présent appel et j’annulerais le jugement de la Cour canadienne de l’impôt daté du 3 juin 2004, portant le numéro de dossier 2003-2569(EI) et le numéro de dossier 2003-2580(CPP). En prononçant le jugement que la Cour canadienne de l’impôt aurait dû prononcer, je ferais droit aux appels interjetés par le RWB aux termes du paragraphe 103(1) de la LAE et de l’article 28 du RPC, j’annulerais la décision du ministre selon laquelle Tara Birtwhistle, John Wright et Kerrie Souster étaient des employés du RWB entre janvier 2001 et juillet 2001, et je renverrais l’affaire au ministre pour qu’il rende une nouvelle décision portant que ces personnes n’étaient pas des employés du RWB pendant cette période. J’accorderais au RWB ses dépens devant la Cour et devant la Cour canadienne de l’impôt.

\*\*\*

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

[69] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Je souscris aux motifs du jugement et au dispositif proposés par la juge Sharlow.

[70] Dans l’arrêt *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161, le Comité judiciaire du Conseil privé (C.J.C.P.) a tranché la question qui lui était soumise en [TRADUCTION] « examinant les modalités exactes des contrats en cause » (à la page 169) et en analysant [TRADUCTION] « l’effet combiné de l’ensemble des opérations » (à la page 170). Les juges de la Cour supérieure et de la Cour d’appel du Québec

of the superior and appeal courts of Quebec. With the assistance of criteria distinguishing a contract of enterprise from a contract of service (master and servant), their Lordships concluded that the contract was one of agency, concurring in the result with the unanimous decision of the Supreme Court of Canada delivered by Rinfret C.J. who used such terms as “contracts of agency or service” and the words “agent or servant” ([1945] S.C.R. 621, at page 633). The J.C.P.C.’s determination of the nature of the contract amounted to a search for what the parties had agreed upon. But since there was no consensus on what the parties had agreed upon, a judicial determination was required.

[71] The determination of whether or not the parties have entered into a contract of employment for the purpose of the Employment Insurance (EI) or the *Canada Pension Plan* (CPP) has proven over the years to be a difficult and somewhat perilous exercise as the jurisprudence of our Court demonstrates. I would not deprive the common-law judge of the possibility of being apprised of the intention of the parties so as to test such intention against objective factors and the surrounding circumstances of the case when he makes the final determination.

[72] As demonstrated by Sharlow J.A., if the intention of the parties is uncontested, save by third parties, as in the case at bar, the common-law judge has nevertheless the responsibility to “look to see” if the terms used and the surrounding circumstances are compatible with what the parties say their contract is. The common-law judge must make sure that what the parties say they have agreed upon is in fact what is contained in the contract they have signed.

[73] In some cases, the common-law judge is not denied the opportunity of considering the testimony of witnesses with regard to their understanding of the contract. The acceptance of such evidence is not determinative. It is preliminary to the judge’s finding and does not free him from the necessity of characterizing the contract.

avaient émis des opinions divergentes sur la question de la nature des contrats, en particulier celle du contrat de fabrication. En ayant recours à des critères permettant de distinguer le contrat d’entreprise du contrat de louage de services (employeur et employé), les lords juges ont conclu qu’il s’agissait d’un mandat, souscrivant ainsi pour ce qui est du résultat à la décision unanime de la Cour suprême du Canada prononcée par le juge en chef Rinfret, qui avait utilisé des expressions comme [TRADUCTION] « mandat ou contrat de louage de services » et les mots [TRADUCTION] « mandataire ou employé » ([1945] R.C.S. 621, à la page 633). Le Comité judiciaire du Conseil privé a déterminé la nature du contrat au moyen d’une démarche équivalant à se demander ce dont les parties ont convenu. Étant donné qu’il n’y avait pas de consensus au sujet de l’entente entre les parties, c’est le tribunal qui a dû trancher la question.

[71] La question de savoir si les parties ont conclu un contrat de travail aux fins de l’assurance-emploi (AE) ou du *Régime de pensions du Canada* (RPC) a soulevé de nombreuses difficultés au cours des ans, comme en témoigne la jurisprudence émanant de la Cour. Je ne pense pas qu’il convienne de priver le juge de common law de la possibilité de tenir compte de l’intention des parties, et ce, afin qu’il puisse confronter cette intention aux facteurs objectifs et aux circonstances factuelles de l’affaire lorsqu’il rend sa décision définitive.

[72] Comme l’a démontré le juge Sharlow, même si l’intention des parties n’est pas contestée, sauf par des tiers, comme c’est le cas en l’espèce, le juge de common law a néanmoins le devoir de « vérifier » si les modalités utilisées et les faits de l’affaire sont compatibles avec la qualification donnée au contrat par les parties. Le juge de common law doit veiller à ce que le contrat signé par les parties reflète effectivement l’entente qu’elles affirment avoir conclue.

[73] Dans certains cas, le juge de common law a la possibilité d’examiner la déposition des témoins au sujet de leur interprétation du contrat. Le fait d’accepter de tels témoignages n’est pas déterminant. C’est une démarche préliminaire qui permet au juge d’en arriver à une conclusion, mais ne le soustrait pas à la nécessité de qualifier le contrat.

[74] Hence, in the area of partnership, where “[a]t the time the alleged partnership is formed, the evidence must disclose that the alleged partners were (1) carrying on a business, (2) in common, (3) with a view to profit” (*Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391, at paragraph 15; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, at paragraph 22), the subjective intention of the parties as well as the intention of the parties as appearing from the whole facts of the case is an ever present consideration for the common-law judge. In *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, Iacobucci and Bastarache JJ. for the Court stated the following (at paragraph 25):

As adopted in *Continental Bank*, *supra*, at para. 23, and stated in *Lindley & Banks on Partnership*, *supra*, at p. 73: “in determining the existence of a partnership . . . regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case”. In other words, to ascertain the existence of a partnership the courts must inquire into whether the objective, documentary evidence and the surrounding facts, including what the parties actually did, are consistent with a subjective intention to carry on business in common with a view to profit. [Emphasis mine.]

[75] In *Continental Bank Leasing v. Canada*, at paragraph 45, Bastarache J., dissenting but with whom the majority agreed on this point, wrote:

The respondent argues that intending to constitute a valid partnership is not the same thing as intending to carry on business in common with a view to profit. I agree. The parties in the present case, however, set up a valid partnership within the meaning of s. 2 of the *Partnerships Act*. They had the intention to and did carry on business in common with a view to profit. This conclusion is not based simply on the parties’ subjective statements as to intention. It is based on the objective evidence derived from the Partnership Agreement entered into by the parties. As Millett L.J. held in *Orion Finance*, *supra*, at p. 85:

The question is not what the transaction is but whether it is in truth what it purports to be. Unless the documents

[74] Par conséquent, dans le domaine des sociétés de personnes, pour lesquelles « [l]a preuve doit démontrer que, au moment où la société aurait été formée, les présumés associés 1) exploitaient une entreprise 2) en commun 3) en vue de réaliser un bénéfice » (*Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391, au paragraphe 15; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au paragraphe 22), l’intention subjective des parties ainsi que l’intention des parties telle qu’elle ressort de l’ensemble des faits de l’affaire sont des éléments qui sont constamment à l’esprit du juge de common law. Dans l’arrêt *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, les juges Iacobucci et Bastarache parlant au nom de la Cour ont déclaré ce qui suit (paragraphe 25) :

Conformément à l’observation suivante, énoncée dans *Lindley & Banks on Partnership*, *op. cit.*, p. 73, et adoptée dans *Continental Bank*, précité, p. 23 : [TRADUCTION] « pour déterminer l’existence d’une société en nom collectif [. . .] il faut tenir compte du contrat et de l’intention véritables des parties ressortant de l’ensemble des faits de l’affaire ». En d’autres termes, pour statuer sur l’existence d’une société de personnes, les tribunaux doivent se demander si la preuve documentaire objective et les circonstances de l’affaire, notamment les actes concrets des parties, sont compatibles avec l’existence d’une intention subjective d’exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. [Non souligné dans l’original.]

[75] Dans l’arrêt *Continental Bank Leasing c. Canada*, au paragraphe 45, le juge Bastarache a écrit ce qui suit dans ses motifs dissidents et la majorité a souscrit à ses observations sur ce point :

L’intimée prétend que l’intention de constituer une société en nom collectif valide n’équivaut pas à l’intention d’exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Je suis d’accord. Toutefois, en l’espèce, les parties ont établi une société en nom collectif valide au sens de l’art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Elles entendaient exploiter et elles ont effectivement exploité une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Cette conclusion ne s’appuie pas simplement sur les déclarations subjectives des parties quant à leur intention. Elle est fondée sur l’élément de preuve objectif que constitue le contrat de société intervenu entre les parties. Comme l’a conclu le lord juge Millett dans *Orion Finance*, précité, à la p. 85 :

[TRADUCTION] La question n’est pas de savoir en quoi consiste l’opération, mais plutôt si elle correspond

taken as a whole compel a different conclusion, the transaction which they embody should be categorised in conformity with the intention which the parties have expressed in them. [Emphasis mine.]

véritablement à ce qu'elle est censée être. À moins que les documents considérés dans leur ensemble ne commandent une autre conclusion, l'opération qu'ils constatent devrait être qualifiée conformément à l'intention qu'ont exprimée les parties. [Non souligné dans l'original.]

[76] I am of course aware of other rules of contractual interpretation which leave little or no room for evidence of the parties' subjective intention (*Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at page 901; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at paragraphs 52-61 (*Novopharm*); *Family Insurance Corp. v. Lombard Canada Ltd.*, [2002] 2 S.C.R. 695, at paragraph 36; Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 14th ed. (London: Butterworths, 2001), at Chapter 6, pages 133 and 135; Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1997), at Chapter 1, paragraph 1.02, where the author notes however that in modern times, particularly with the increasing admission of extrinsic evidence, the aspect of objectivity in the interpretation of contracts is losing ground; S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5th ed. (Toronto: Canada Law Book Inc., 2005), at pages 228-229, where the author explains that *Novopharm* is not absolute on this point; J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), at page 160).

[76] Je suis bien sûr au courant de l'existence d'autres règles d'interprétation des contrats qui ne tiennent pratiquement pas compte des preuves relatives à l'intention subjective des parties (*Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, à la page 901; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, aux paragraphes 52 à 61 (*Novopharm*); *Family Insurance Corp. c. Lombard Canada Ltée*, [2002] 2 R.C.S. 695, au paragraphe 36; Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 14<sup>e</sup> éd. (Londres : Butterworths, 2001), au chapitre 6, pages 133 et 135; Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, 2<sup>e</sup> éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 1997), au chapitre 1, paragraphe 1.02, dans lequel l'auteur note néanmoins qu'à l'époque moderne, en particulier compte tenu de l'admission plus fréquente des preuves extrinsèques, la notion de l'objectivité dans l'interprétation des contrats perd du terrain; S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5<sup>e</sup> éd. (Toronto : Canada Law Book Inc., 2005), aux pages 228 et 229, dans lequel l'auteur explique que l'arrêt *Novopharm* ne tranche pas cette question de façon absolue; J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28<sup>e</sup> éd. (Oxford : Oxford University Press, 2002), à la page 160).

[77] These two lines of authority may be distinguishable.

[77] Il est possible d'établir une distinction entre ces deux courants jurisprudentiels.

[78] In *Novopharm*, the Supreme Court of Canada was called upon to determine whether the supply agreement signed between Novopharm and Apotex conferred or had the effect of conferring a sublicense upon Apotex (at paragraph 52). The interpretation of the contract was therefore at issue. In the partnership cases, the issue was not the interpretation of the contract but the nature of the contract. The Court was called upon to ascertain whether the parties met the test of a valid partnership, namely whether they were carrying on

[78] Dans l'arrêt *Novopharm*, la Cour suprême du Canada devait décider si l'accord d'approvisionnement signé par Novopharm et Apotex attribuait ou avait pour effet d'attribuer une sous-licence à Apotex (au paragraphe 52). Il s'agissait donc d'interpréter le contrat. Dans les affaires de sociétés en nom collectif, la question en litige ne portait pas sur l'interprétation du contrat mais sur sa nature. La Cour était appelée à déterminer si les parties avaient constitué une société en nom collectif répondant aux critères applicables, à

business in common with a view to profit.

[79] In the case at bar, it is the nature of the contract which must be determined, through an analysis of its terms in light of the fourfold test, namely the level of control, the ownership of the equipment, the degree of financial risk and the opportunity for profit.

[80] Given the above case law, I see no compelling reason why the common-law judge, who embarks on the difficult task of determining whether a contract is one of service or for service, should be deprived of the possibility of adverting to as many criteria and *indicia* as may reasonably be recognized in order to assess the true nature of the relationship governing the parties.

[81] The Tax Court Judge erred in law, in my view, when he said that the intention of the parties could only be used as a tie-breaker (paragraphs 31 and 82 of his reasons). I accept Sharlow J.A.'s analysis, at paragraph 64 of her reasons, that what the Tax Court Judge should have done was to take note of the uncontradicted evidence of the parties' common understanding that the dancers should be independent contractors and then consider, based on the *Wiebe Door* factors, whether that intention was fulfilled. In so doing, she relied, at paragraph 61 of her reasons, on a long line of cases of this Court as expressed by Stone J.A. in *Minister of National Revenue v. Standing* (1992), 147 N.R. 238 (F.C.A.), which I reformulated in *Wolf*, at paragraph 71, when I said that the parties' intention will be given weight only if the contract properly reflects the legal relationship between the parties.

[82] For the purpose of disposing of this case, I need not decide whether the words "the intention of the parties" have conceptually the same extension in the

savoir si elles exploitaient une entreprise en commun dans le but de faire des bénéfices.

[79] En l'espèce, c'est la nature du contrat qu'il convient de préciser, et ce, en effectuant une analyse de ses clauses à la lumière du critère à quatre volets, à savoir le niveau de contrôle, la propriété de l'équipement, l'ampleur du risque financier et la possibilité de faire des bénéfices.

[80] Compte tenu de la jurisprudence mentionnée ci-dessus, je ne vois aucune raison convaincante qui empêcherait le juge de common law, amené à trancher la difficile question de savoir s'il s'agit d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat de louage de services, de recourir à tous les critères et indices possibles dans le but de déterminer la véritable nature de la relation unissant les parties.

[81] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis, à mon avis, une erreur de droit lorsqu'il a déclaré que l'intention des parties ne pouvait être utilisée qu'à titre d'élément de démarcation (paragraphes 31 et 82 de ses motifs). Je souscris à l'analyse de la juge Sharlow, exposée au paragraphe 64 de ses motifs, selon laquelle le juge de la Cour canadienne de l'impôt aurait dû prendre acte du témoignage non contredit relatif à l'interprétation commune des parties selon laquelle les danseurs étaient des entrepreneurs indépendants et se demander ensuite, en se fondant sur les facteurs de l'arrêt *Wiebe Door*, si cette intention avait été réalisée. Elle s'est fondée pour tenir ce raisonnement, au paragraphe 61 de ses motifs, sur toute une série de décisions de la Cour, adoptant le point de vue exprimé par le juge Stone dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Standing*, [1992] A.C.F. n° 890 (C.A.) (QL), que j'ai reformulé dans l'arrêt *Wolf c. Canada*, au paragraphe 71, lorsque j'ai déclaré qu'il ne convenait d'accorder du poids à l'intention des parties que si le contrat reflétait exactement la relation juridique qui les unissait.

[82] Il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent litige, de décider si l'expression « l'intention des parties » a en théorie la même portée dans le système de

common-law systems as in the civil law of Quebec. This matter can only be decided on a case-by-case basis.

[83] I find however that *Montreal Locomotive* is an interesting example of bijuralism. The J.C.P.C. decided this Quebec case as the court of last resort for Canada. The contract their Lordships were called upon to interpret stated that it was to be interpreted “in accordance with the laws of the Province of Quebec”, [1945] 2 D.L.R. 373 (Que. K.B.), at pages 400-401. The J.C.P.C. used the legal concepts it knew best to decide the case. The *ratio decidendi* of the case became binding on the parties. *Montreal Locomotive* thus entered the case law of Quebec. Since the decision was pronounced by the J.C.P.C., the case turned out to be an authority in the common-law world.

\* \* \*

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

EVANS J.A. (dissenting):

#### A. INTRODUCTION

[84] This appeal raises the familiar question of whether individuals supplying services under a contract are employees or independent contractors for the purpose of the employment insurance (EI) and *Canada Pension Plan* (CPP) schemes. The particular issue raised is the weight that a court should give to the parties’ understanding of the legal nature of their relationship when determining into which category the contract falls.

[85] I have had the benefit of reading in draft the reasons of my colleague, Sharlow J.A., but with the greatest respect I do not agree with her on this issue, nor

common law qu’en droit civil québécois. Cette question ne peut être tranchée qu’en fonction des faits particuliers à chaque affaire.

[83] Je constate cependant que l’arrêt *Montreal Locomotive* est un exemple intéressant de bijuridisme. Le Comité judiciaire du Conseil privé a tranché cette affaire québécoise en qualité de tribunal de dernier ressort pour le Canada. Le contrat que les lords juges étaient appelés à interpréter prévoyait qu’il devait être interprété [TRADUCTION] « conformément aux lois de la province de Québec », [1945] 2 D.L.R. 373 (B.R. Qué.), aux pages 400 et 401. Le Comité judiciaire a utilisé les notions juridiques qu’il connaissait le mieux pour trancher l’affaire. Les parties sont devenues liées par la *ratio decidendi* du jugement. L’arrêt *Montreal Locomotive* s’est ainsi ajouté à la jurisprudence québécoise. Étant donné que la décision avait été prononcée par le Comité judiciaire du Conseil privé, elle est également devenue un précédent dans le monde de la common law.

\* \* \*

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. (dissident) :

#### A. INTRODUCTION

[84] Le présent appel soulève une question familière, celle de savoir si les personnes qui fournissent des services en vertu d’un contrat sont des employés ou des entrepreneurs indépendants aux fins de l’assurance-emploi (AE) et du *Régime de pensions du Canada* (RPC). La question précise soulevée en l’espèce concerne l’importance que la Cour doit attribuer à la façon dont les parties ont compris la nature juridique de leur relation lorsqu’il s’agit de décider à quelle catégorie appartient le contrat qui les lie.

[85] J’ai pris connaissance du projet de motifs de ma collègue la juge Sharlow, et, avec égards, je dois dire que je ne suis pas d’accord avec elle sur cette question

with the disposition of the appeal that she proposes. Having concluded that the Tax Court Judge committed no reversible error, I would dismiss the appeal with costs.

[86] It is common ground that the parties' characterization of their relationship is not determinative of its legal nature. Indeed, in the past, courts seem to have attached little significance to the parties' understanding of the legal nature of their contract, or to their stated intention to enter into a particular kind of contract. The legal character of a contract has been determined largely on the basis of its terms and, to an extent, the conduct of the parties. It is not a legal characteristic of a contract for the sale of goods, for example, that the parties intended to enter into a contract for the sale of goods, or understood that they had.

[87] However, in some comparatively recent EI and CPP cases arising in Quebec, which are fully described in the reasons of Sharlow J.A., this Court has afforded considerable significance to the parties' statements about the legal nature of their contract when deciding whether the service providers in question were employees or independent contractors. In these cases, the Court based its reasoning, in part, on articles of the *Civil Code of Québec*.

[88] To the best of my knowledge, this is the first appeal in an EI or CPP case arising in a common-law jurisdiction to examine the relevance of the parties' understanding of the legal nature of their contract to its proper legal characterization. The importance of the issue extends well beyond the factual and legal contexts of this case.

## B. CONTRACTS, INTENTION AND THE COMMON LAW

[89] Freedom of contract is a fundamental principle of the common law of contract. It means that, subject to

et que je ne souscris pas au dispositif qu'elle propose dans le présent appel. Ayant conclu que le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision, je rejetterais l'appel avec dépens.

[86] Il est bien établi que la façon dont les parties qualifient leur relation n'en détermine pas la nature juridique. En fait, jusqu'ici, les tribunaux semblent avoir accordé très peu d'importance à la façon dont les parties ont compris la nature juridique du contrat qu'elles avaient conclu ou à leur intention déclarée de conclure un type de contrat donné. La nature juridique d'un contrat était généralement déterminée en fonction de ses clauses et, jusqu'à un certain point, en fonction de la conduite des parties. Le fait que les parties aient eu l'intention de conclure un contrat de vente, par exemple, ou qu'elles pensent avoir conclu un tel contrat n'est pas un attribut juridique du contrat de vente.

[87] Cependant, dans certains arrêts assez récents concernant l'AE et le RPC rendus au Québec, qui sont décrits en détail dans les motifs de la juge Sharlow, la Cour a accordé une importance considérable aux déclarations faites par les parties au sujet de la nature juridique de leur contrat lorsqu'il s'agissait de décider si les fournisseurs de services en cause étaient des employés ou des entrepreneurs indépendants. Dans ces arrêts, la Cour a fondé en partie son raisonnement sur certains articles du *Code civil du Québec*.

[88] Il s'agit ici, à ce que je sache, du premier appel d'une décision concernant l'assurance-emploi ou le Régime de pensions du Canada qui vient d'une province de common law et dans lequel le tribunal est amené à examiner la pertinence de la façon dont les parties ont compris la nature juridique de leur contrat par rapport à la qualification juridique du contrat en question. L'importance de cette question dépasse largement le contexte factuel et juridique de la présente affaire.

## B. LES CONTRATS, L'INTENTION ET LA COMMON LAW

[89] La liberté contractuelle est un principe fondamental du droit du contrat en common law. Ce

some specific limitations, parties may contract on whatever terms they think will best advance their interests. For example, parties who wish not to be subject to the EI regime can attain this objective by ensuring that their contract does not have the legal hallmarks of a contract of employment.

[90] Freedom of contract also means that it is the function of the courts to give effect to the terms on which the parties intended to contract. To this end, terms are interpreted in the light of the context in which the contract was made, including: the prevailing custom of the relevant trade; the market in which the parties were operating; the parties' conduct; and the commercial purpose of the contract.

[91] However, like "the intention of the legislature," "the intention of the parties" to which the law of contract gives effect is something of a legal fiction, in the sense that it is determined on the basis of an objective analysis of the words and conduct of the parties, not by reference to their subjective intention or understanding.

[92] Whether a contract falls into a particular legal category is an inference of law, drawn from the terms of the agreement and the conduct of the parties. It does not rest on the legal label attached to the agreement by the parties or on their purpose in entering into it. The intention of the parties is relevant to determining the terms of the transaction, not to its legal characterization, nor to whether the parties attained their ultimate objective.

[93] The generally accepted common-law approach to determining whether parties' contractual relationship is a partnership has recently been restated by Rothstein J.A. in *Hayes v. Canada*, [2005] 3 C.T.C. 241 (F.C.A.):

The Tax Court judge gave other reasons for not finding the spouses to be in a partnership relationship. Because there were

principe implique que, sous réserve de certaines restrictions précises, les parties ont la liberté de conclure le contrat qui correspond le mieux à leurs intérêts. Par exemple, les parties qui ne souhaitent pas être assujetties au régime de l'assurance-emploi peuvent atteindre cet objectif en veillant à ce que leur contrat ne comporte pas les éléments juridiques d'un contrat de travail.

[90] La liberté contractuelle implique également que la tâche qui consiste à donner effet aux clauses sur lesquelles les parties se sont entendues incombe aux tribunaux. Dans ce but, les clauses sont interprétées en tenant compte du contexte dans lequel le contrat a été conclu, notamment : de l'usage courant dans la profession en cause, du secteur dans lequel travaillent les parties, de la conduite des parties et de l'objet commercial du contrat.

[91] Cependant, tout comme « l'intention du législateur », « l'intention des parties » à laquelle les règles applicables aux contrats ont pour but de donner effet est une sorte de fiction juridique, dans le sens où elle est définie en fonction d'une analyse objective des termes utilisés par les parties et de leur conduite et non pas en fonction de leur intention ou interprétation subjective.

[92] La question de savoir si un contrat entre dans une catégorie juridique particulière est une conclusion de droit, fondée sur les clauses du contrat et la conduite des parties, et non pas sur l'étiquette juridique que les parties ont apposée au contrat ou sur l'objectif recherché par les parties lorsqu'elles l'ont conclu. L'intention des parties est un élément pertinent lorsqu'il s'agit de préciser les modalités de l'opération. Elle n'est pas un élément pertinent lorsqu'il faut qualifier cette opération sur le plan juridique ou trancher la question de savoir si les parties ont atteint l'objectif recherché.

[93] L'approche qui est généralement acceptée en common law pour décider si la relation contractuelle qui existe entre les parties correspond à celle d'une société de personnes a été récemment reformulée par le juge Rothstein dans l'arrêt *Hayes c. Canada*, 2005 CAF 227 :

Le juge de la Cour de l'impôt a avancé d'autres motifs pour conclure que les conjoints n'étaient pas en société de

no partnership agreements and because the spouses denied they were in a partnership relationship, the judge determined that to find a partnership “would require conduct of the parties overwhelmingly pointing to that finding” (paragraph 153). The Tax Court judge cited no authority for this standard of proof.

A declared intention of the parties that there is no partnership relationship will carry little or no weight. Lindley & Banks at paragraph 5-05 quote Cozens-Hardy M.R.’s more forceful statement in *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285:

Two parties enter into a transaction and say “It is hereby declared there is no partnership between us.” The Court pays no regard to that. The Court looks at the transaction and says, “Is this, in point of law, really a partnership?” It is not in the least conclusive that the parties have used a term or language intended to indicate that the transaction is not that which in law it is.

Nor will the existence or non-existence of a partnership agreement be sufficient to decide the issue. In *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367 at paragraph 27, Iacobucci and Bastarache JJ. determined that, even in the face of a partnership agreement and other formal documentation, there was no partnership because the fundamental criteria for a valid partnership were not met.

Sophisticated parties may have elaborate documentation. Unsophisticated parties may not and may also not be aware of the law of partnership. The question is always whether there is a business carried on in common with a view to profit. If there is, a partnership subsists at law, irrespective of the parties’ stated intention, the existence or non-existence of a partnership agreement or the parties’ understanding of the law. [The underlining is mine.]

[94] There is no reason to think that Rothstein J.A.’s analysis would have been different if the question in dispute had been whether the contract was one of employment or for the supply of services, rather than partnership. The underlined sentences are plainly inconsistent with the position advanced in the present case by counsel for the Royal Winnipeg Ballet (RWB), namely that the parties’ stated intention with respect to,

personnes. Étant donné qu’il n’y avait pas de contrat de société et que les conjoints nient expressément qu’ils constituaient une société de personnes, le juge a déclaré que pour arriver à la conclusion de l’existence d’une telle société, « il faudrait que la conduite des parties me le confirme de manière incontestable » (paragraphe 153). Le juge de la Cour de l’impôt n’a cité aucune jurisprudence appuyant cette norme de preuve.

La déclaration des parties qu’elles ne sont pas en société de personnes a peu de poids, sinon aucun. Lindley & Banks, au paragraphe 5-05, cite la déclaration sans ambiguïté du maître des rôles Cozens-Hardy dans *Weiner c. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 :

[TRADUCTION] Deux parties réalisent une transaction et disent : « Nous déclarons par les présentes qu’il n’existe pas de société de personnes entre nous. » La Cour ne tient aucun compte d’une telle déclaration. Elle examine la transaction et se pose la question suivante : « En droit, existe-t-il ici une société de personnes? » On ne peut rien conclure du fait que les parties ont utilisé une terminologie qui tend à indiquer que la transaction est autre chose que ce qu’en dit le droit.

L’existence ou l’absence d’un contrat de société ne suffit pas non plus à régler la question. Dans l’arrêt *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367 au paragraphe 27, les juges Iacobucci et Bastarache ont conclu que, même en présence d’un contrat de société et d’autres documents constitutifs, il n’existait pas de société de personnes parce que les conditions fondamentales de son existence n’étaient pas respectées.

Des parties bien informées peuvent se doter d’une documentation élaborée. D’autres, moins bien informées, peuvent ne pas posséder une telle documentation et ne pas être au fait du droit des sociétés. La question consiste toujours à savoir si l’entreprise est exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice. Si c’est le cas, le droit nous dit qu’il existe une société de personnes, quelle que soit l’intention déclarée des parties, qu’il y ait présence ou absence d’un contrat de société, et quel que soit ce que les parties connaissent du droit. [Non souligné dans l’original.]

[94] Il n’existe aucune raison de penser que le juge Rothstein aurait procédé différemment si la question en litige avait été celle de savoir si le contrat en question était un contrat de travail ou d’entreprise plutôt qu’un contrat de société de personnes. Les phrases soulignées sont clairement incompatibles avec la position avancée en l’espèce par l’avocat du Royal Winnipeg Ballet (le RWB), à savoir que l’intention déclarée des parties au

or understanding of, the legal nature of their relationship is determinative, in the absence of terms or conduct that point unequivocally to the contrary conclusion. Accordingly, the failure of the Tax Court Judge in the present case to have taken note, at the start of his analysis, of a consideration which, according to Rothstein J.A., should “carry little or no weight” would not seem, on its face, a reversible error.

[95] Turning to the jurisprudence on the characterization of a contract as one of employment or for the supply of services, I note that neither of the leading cases, *Wiebe Door* and *Sagaz*, states that the common intention or understanding of the parties about the legal nature of their contract is a relevant factor in the analysis. The reasons in both cases focus on objective factors for determining whether the individuals concerned were in business on their own account or were employees. However, as Sharlow J.A. correctly points out, neither case explicitly excludes the possibility that the parties’ understanding of the legal nature of their contract might be relevant.

[96] Because the more recent cases from this Court discussed in the reasons of Sharlow J.A. all place some reliance on the *Civil Code of Québec*, I cannot regard them as elevating the significance traditionally attached by the common law of contract to the parties’ understanding of the legal nature of their contract. When the scope of federal legislation refers to a private-law concept, which is not defined in the statute, the bijural nature of our federation leaves open the possibility that the statute may be applied differently in Quebec from common-law Canada: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 8.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 4, s. 8]; see also, for example, *9041-6868 Québec Inc. v. M.N.R.*, 2005 FCA 334, at paragraph 6.

sujet de la nature juridique de leur relation, ou leur interprétation de cette dernière, est un élément déterminant en l’absence de clause du contrat ou de conduite des parties conduisant de façon non équivoque à la conclusion contraire. Par conséquent, l’omission de la part du juge de la Cour canadienne de l’impôt saisi de la présente affaire de tenir compte, au début de son analyse, d’un élément qui, d’après le juge Rothstein, devrait avoir « peu de poids, sinon aucun », ne semble pas, à première vue, constituer une erreur justifiant l’infirmité de sa décision.

[95] Pour ce qui est de la jurisprudence relative à la qualification d’un contrat de travail ou d’un contrat d’entreprise, je note qu’aucun des arrêts faisant autorité sur la question, à savoir *Wiebe Door* et *Sagaz*, n’énonce que l’intention commune des parties ou la façon dont elles interprètent la nature juridique de leur contrat est un facteur pertinent pour les besoins de l’analyse à effectuer. Dans ces deux arrêts, les motifs privilégient le recours à des facteurs objectifs pour décider si les personnes concernées exploitaient une entreprise pour leur propre compte ou étaient des employés. Cependant, comme la juge Sharlow l’a fait à juste titre remarquer, aucun de ces arrêts n’écarte expressément la possibilité de tenir compte de la façon dont les parties ont compris la nature juridique de leur contrat.

[96] Étant donné que les décisions récentes prononcées par la Cour qui sont examinées dans les motifs de la juge Sharlow sont toutes, en partie au moins, fondées sur le *Code civil du Québec*, je ne peux conclure qu’elles ont eu pour effet de renforcer l’importance qu’attachent traditionnellement les règles de common law en matière de contrats à la façon dont les parties ont compris la nature juridique du contrat qu’elles ont conclu. Lorsqu’une loi fédérale renvoie à une notion de droit privé qui n’est pas définie dans la loi, la nature bijuridique de notre fédération permet que la loi en question soit appliquée différemment au Québec et dans les provinces et territoires de common law : *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 8.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 4, art. 8]; voir également, par exemple, *9041-6868 Québec Inc. c. M.R.N.*, 2005 CAF 334, au paragraphe 6.

[97] I do not know to what extent the *Civil Code of Québec* differs from the common law in the manner in which contracts are to be characterized, or whether any of those cases would have been decided differently on the basis of the common-law approach as I have described it.

[98] When a dispute arises over the proper legal character of a contract, there are good reasons to attach little if any weight to the parties' understanding of it, or to their objective in entering into the contract. First, it is difficult to understand on what basis the parties' view of their contract's legal characterization is relevant, or how it should be weighed with the objective *Wiebe Door/Sagaz* factors. It is one thing to draw an inference about the legal nature of a contract based on, for example, the factors of control, and risk of loss and opportunity for profit. It is quite another to draw an inference from the parties' view of the legal nature of their contract, which is the ultimate question that the court must decide. It is not a legal characteristic of a contract for the supply of services that the parties intended to enter that kind of contract.

[99] Secondly, the parties' view of the legal nature of their contract is inevitably self-serving. Parties generally care primarily about their ultimate objective and only secondarily, if at all, about the legal means of achieving it. Suppose, for example, that their objective was to be exempt from EI premiums. The legal means of achieving this is by entering into a contract for the supply of services. Whether they succeed depends on whether the terms of their contract and their conduct are more consistent with the *indicia* of a contract for the supply of services than of employment. To the extent that they have thought about it, parties will want to enter into the kind of contract that in law will enable them to attain their ultimate objective.

[100] Similarly, the law attaches little or no weight to the fact that the parties' conduct is consistent with the

[97] Je ne sais pas dans quelle mesure le *Code civil du Québec* diffère de la common law pour ce qui est de la qualification des contrats, ni si les causes en question auraient été tranchées différemment si on avait appliqué les règles de common law que je viens de décrire.

[98] Lorsque le différend à trancher porte sur la qualification juridique d'un contrat, il y a de bonnes raisons d'accorder peu de poids, voire aucun, à la façon dont les parties en ont compris la nature ou à l'objectif qu'elles recherchaient en concluant le contrat en question. Premièrement, il est difficile de comprendre pour quelle raison la façon dont les parties qualifient juridiquement le contrat qu'elles ont conclu serait pertinente ou devrait être conciliée avec les facteurs objectifs exposés dans les arrêts *Wiebe Door et Sagaz*. C'est une chose que de tirer une déduction au sujet de la nature juridique d'un contrat en se fondant, par exemple, sur les facteurs de contrôle, de risque de pertes et de possibilité de profit, mais c'en est une autre très différente que de tirer des conclusions à partir de la perception des parties de la nature juridique de leur contrat, qui est la question essentielle que la Cour doit trancher. Le fait que les parties aient eu l'intention de conclure un contrat d'entreprise n'est pas un attribut juridique d'un tel contrat.

[99] Deuxièmement, l'opinion qu'entretiennent les parties au sujet de la nature juridique de leur contrat est nécessairement intéressée. En général, les parties s'intéressent principalement à l'objectif recherché et ne se préoccupent que de façon secondaire, voire pas du tout, des moyens juridiques permettant de l'atteindre. Supposons, par exemple, que leur objectif soit de se soustraire au versement des cotisations d'AE. Le moyen juridique à utiliser pour y parvenir est de conclure un contrat d'entreprise. Cet objectif sera atteint si les modalités du contrat et la conduite des parties se rapprochent davantage des éléments d'un contrat d'entreprise que de ceux d'un contrat de travail. Dans la mesure où elles y auront réfléchi, les parties préféreront conclure le genre de contrat qui, juridique-ment, leur permettra d'atteindre l'objectif qu'elles recherchent.

[100] De la même façon, le droit attache peu de poids, sinon aucun, au fait que la conduite des parties

legal consequences of having entered into a contract for the supply of services. These consequences may include the payor's exemption from having to deduct and pay EI premiums and CPP contributions, and the service provider's obligation to register for and to charge GST. These are the legal consequences of a contract for the supply of services, not proof of its existence. The fact that the parties may intend these consequences does not assist in determining whether they have adopted the legal means of achieving them, namely, entering into a contract which has the characteristics of a contract for the supply of services, rather than of employment.

[101] Third, parties to contracts for the performance of work (to use a neutral term) are often not in equal bargaining positions. To attribute appreciable weight to a statement in the contractual document signed by the parties that the contract is one for the supply of services may disadvantage the more vulnerable party, who may subsequently say, for example, that she intended the relationship to be one of employment so that she would be covered by EI.

[102] In the face of a clear provision in a signed contract that it is a contract for the supply of services, not a contract of employment, it may be difficult for such a party to deny that, on an objective analysis, this provision embodied the parties' common intention, at least in the absence of misrepresentation or duress. In other words, the vulnerable party is not only bound by the terms of the contract, but her contractual status and consequently her statutory rights may also be prejudiced by the stronger party's legal characterization of the contract.

[103] Fourth, the legal characterization of a contract may have an impact on third parties, such as the victim of a tort committed by a service provider in the course of performing the contract or, as in this case, Revenue Canada. Not to base legal characterization squarely on

soit compatible avec les conséquences juridiques découlant de la conclusion d'un contrat d'entreprise. Ces conséquences peuvent avoir pour effet d'exempter le payeur d'avoir à déduire et à verser les cotisations d'AE et les cotisations au RPC, et d'obliger le fournisseur de services à s'inscrire aux fins de la TPS et à la facturer. Ce sont là les conséquences juridiques d'un contrat d'entreprise, mais elles ne constituent pas la preuve de son existence. Le fait que les parties aient recherché ces conséquences n'est d'aucun secours lorsqu'il s'agit de décider si elles ont adopté les moyens juridiques pour y parvenir, à savoir si elles ont conclu un contrat qui comporte les éléments d'un contrat d'entreprise et non ceux d'un contrat de travail.

[101] Troisièmement, les parties à un contrat prévoyant l'exécution d'un travail (pour utiliser un terme neutre) sont rarement sur un pied d'égalité pour négocier. En attribuant une force probante importante à une déclaration figurant dans un document contractuel signé par les parties selon laquelle le contrat est un contrat d'entreprise, on risque de désavantager la partie la plus vulnérable qui pourrait fort bien dire par la suite, par exemple, qu'elle avait l'intention de conclure un contrat de travail pour pouvoir participer au régime d'assurance-emploi.

[102] En présence d'une disposition claire d'un contrat signé selon laquelle il s'agit d'un contrat d'entreprise et non d'un contrat de travail, une partie dans cette situation aurait du mal à nier que, selon une analyse objective, cette disposition reflète l'intention des parties, au moins en l'absence de fausse représentation ou de contrainte. Autrement dit, la partie vulnérable est non seulement liée par les modalités du contrat, mais son statut contractuel et, par conséquent, les droits que lui confère la loi, risquent d'être compromis par la façon dont la partie en position de force a qualifié juridiquement le contrat.

[103] Quatrièmement, la qualification juridique d'un contrat peut avoir un effet sur les tiers, comme la victime d'un acte délictueux commis par le fournisseur de services dans l'exécution du contrat ou, comme en l'espèce, Revenu Canada. Le fait de fonder la

the terms of the contract, interpreted contextually, may jeopardize those interests and undermine non-voluntary protective statutory programs, such as EI and CPP.

[104] I am concerned also about the impact on other dancers with the RWB of a finding about the contractual status of the dancers in this case. If the understanding of the dancers is significant to the decision, could the result be different in the case of another dancer with the RWB who denied entering into his contract on the understanding that it was a contract for the supply of services? It seems odd that essentially the same contract could be characterized differently on this basis.

[105] In my opinion, the only significant role of the parties' stated intention or understanding about the legal nature of their contract is as part of the interpretative context in which the Court views the contract in order to resolve ambiguities and fill in silences in its terms.

### C. THE PRESENT CASE

[106] The evidence of the "common intention of the parties" in this case consists principally of statements made at the hearing before the Tax Court Judge by Ms. Susan Wallace, the Executive Director of the CAEA, and Mr. Johnny Wright, one of the dancers who appealed the Minister's ruling to the Tax Court. Their statements are brief and unexplored.

[107] Neither witness indicated the basis of their understanding or assumption about the legal nature of the contracts, nor said that they communicated this understanding to the RWB. The two members of the RWB's senior management who were called to testify were not asked about their understanding of the legal nature of the contracts. Neither the umbrella agreement negotiated with the RWB by the CAEA on behalf of its

qualification juridique du contrat sur des considérations autres que les modalités de celui-ci, interprétées dans leur contexte, risque de compromettre ces intérêts et de porter atteinte à des programmes obligatoires établis par la loi visant à protéger certaines catégories de personnes, comme l'assurance-emploi et le Régime de pensions du Canada.

[104] Je m'inquiète également de l'effet que pourrait avoir sur les autres danseurs du RWB une conclusion sur le statut contractuel des danseurs en l'espèce. Si l'intention des danseurs doit jouer un rôle important dans la décision, le résultat pourrait-il être différent dans le cas d'un autre danseur du RWB qui nierait avoir eu l'intention de conclure un contrat d'entreprise? Il semble étrange que des contrats essentiellement identiques puissent être qualifiés différemment pour cette raison.

[105] À mon avis, le seul rôle important que peut jouer l'intention déclarée des parties au sujet de la nature juridique de leur contrat est d'influencer le contexte interprétatif dans lequel la Cour examine le contrat en vue d'en élucider les ambiguïtés et d'en combler les lacunes.

### C. LA PRÉSENTE AFFAIRE

[106] En l'espèce, les preuves relatives à « l'intention commune des parties » comprennent principalement les déclarations qu'ont faites M<sup>me</sup> Susan Wallace, la directrice exécutive de la CAEA, et M. Johnny Wright, un des danseurs qui a interjeté appel de la décision du ministre devant la Cour canadienne de l'impôt, à l'audience tenue par le juge de la Cour canadienne de l'impôt. Leurs déclarations sont brèves et n'ont pas fait l'objet de commentaires.

[107] Aucun des témoins n'a précisé le fondement sur lequel reposait sa compréhension ou sa perception de la nature juridique des contrats, et aucun n'a déclaré avoir communiqué son opinion au RWB. Les deux membres de la haute direction du RWB qui ont été appelés à témoigner n'ont pas été interrogés au sujet de la façon dont ils interprétaient la nature juridique des contrats. Ni l'accord-cadre négocié avec le RBW par la CAEA

members and applicable to very different categories of work, nor the individual contracts signed by the dancers stated that they were contracts for the supply of services.

[108] As I have already indicated, the fact that the dancers were registered for and charged GST is not evidence of the legal nature of the contract. Whether the dancers had to charge GST, and the RWB to pay it, are legal consequences of characterizing the contract as one for the supply of services, not proof of its legal character. At most, it is evidence that the parties believed that they were not in an employment relationship.

[109] Finally, I note that the umbrella agreement negotiated by the RWB and the CAEA is a lengthy and detailed document. It regulates extensively the relationship of dancers and others, with the RWB, and contains an ample basis for determining the legal nature of the dancers' contracts without the need to have regard to what the parties thought that it was. Typically, decisions in this area of the law have to be made on the basis of much sparser contractual material.

#### D. RE-OPENING THE *WIEBE DOOR*

[110] *Wiebe Door* was decided 20 years ago, at a time when the contextual approach to legal analysis was less well established in Canadian jurisprudence than it is now. In the mid-1980s, courts were much more inclined to accept that whether a person was engaged under a contract of employment could be determined in the abstract, without enquiring about the particular context in which the issue arose.

[111] The four factors enumerated in *Wiebe Door* are drawn largely from the law of tort. The issue in the *Montreal Locomotive* case, on which *Wiebe Door* also relied, was whether a government contractor was liable to pay tax as a result of its occupation of certain land. The answer turned on whether it was operating on the land as an agent of the Crown or was carrying on its own

au nom de ses membres, qui s'applique à plusieurs types d'emplois très différents, ni les contrats individuels signés par les danseurs, ne mentionnent qu'il s'agit de contrats d'entreprise.

[108] Comme je l'ai déjà mentionné, le fait que les danseurs aient été inscrits aux fins de la TPS et aient facturé cette taxe n'est pas une preuve qui détermine la nature juridique du contrat. Le fait que les danseurs aient été tenus de facturer la TPS et que le RWB ait dû la payer est une conséquence juridique qui découle du fait que le contrat a été qualifié de contrat d'entreprise, mais ne constitue pas une preuve de sa nature juridique. Cela prouve tout au plus que les parties estimaient qu'elles n'avaient pas conclu un contrat de travail.

[109] Enfin, je note que l'accord-cadre négocié par le RWB et la CAEA est un document long et détaillé. Il régit de façon très précise les relations des danseurs et d'autres personnes avec le RWB, et permet amplement de préciser la nature juridique des contrats conclus par les danseurs sans qu'on ait à s'en remettre à ce que les parties en pensaient. Habituellement, les décisions qui touchent ce domaine du droit doivent être prises en fonction de documents contractuels beaucoup moins étoffés.

#### D. RETOUR SUR L'ARRÊT *WIEBE DOOR*

[110] L'arrêt *Wiebe Door* a été rendu il y a 20 ans, à une époque où l'approche contextuelle à l'analyse juridique était beaucoup moins solidement établie dans la jurisprudence canadienne qu'elle ne l'est aujourd'hui. Au milieu des années 1980, les tribunaux étaient beaucoup plus enclins à accepter que l'on puisse décider dans l'abstrait si une personne avait été embauchée aux termes d'un contrat de travail, sans tenir compte du contexte particulier dans lequel la question se posait.

[111] Les quatre facteurs énumérés dans l'arrêt *Wiebe Door* sont principalement tirés des règles de la responsabilité délictuelle. La question en litige dans l'arrêt *Montreal Locomotive*, arrêt qui a également été invoqué dans l'arrêt *Wiebe Door*, était de savoir si un entrepreneur engagé par le gouvernement était tenu de payer des impôts en raison de l'utilisation qu'il faisait

business. No contract of employment was involved.

[112] When legislation attaches consequences to whether work is being performed under a contract of employment, it is reasonable to attribute a legislative intention that the concept of employment should be interpreted and applied in light of its meaning in other areas of the law. However, it is out of keeping with current legal methodology to interpret and apply the term, “contract of employment,” when used in a statute to define the scope of a social programme, by reference only to the law of vicarious liability in tort, which has its own policy considerations, without any regard to the context and purposes of the statutory scheme in question. These issues are thoroughly discussed by Laura Friedlander, “What Has Tort Law Got To Do With It? Distinguishing Between Employees and Independent Contractors in the Federal Income Tax, Employment Insurance, and Canada Pension Plan Contexts” (2003), 51 *Can. Tax J.* 1467.

[113] It is also appropriate to question the utility of a test devised before both the rapid growth of outsourcing and privatization of work had occurred and the effects of the globalization of the economy had become so apparent. The changing nature of the workplace, and the increasing complexity and diversity of the relationships under which labour is supplied, are apt to reduce further whatever value the *Wiebe Door* test may once have had to determine who is an employee for EI and CPP purposes and thus entitled to the benefits that these statutory schemes provide.

#### E. CONCLUSIONS

[114] The common law of contract attaches little if any significance to parties’ understanding of, or stated intention about, the legal nature of their relationship. Consequently, I cannot conclude that the Judge erred in law in not factoring it into his application of the *Wiebe*

d’un terrain. Il fallait pour y répondre décider si l’entrepreneur exploitait le terrain à titre de mandataire de la Couronne ou s’il exploitait sa propre entreprise. Il n’était pas question de contrat de travail.

[112] Lorsque la loi attache des conséquences au fait d’exécuter un travail en vertu d’un contrat de travail, il est raisonnable de tenir pour acquis que le législateur a voulu que la notion de travail soit interprétée et appliquée de la façon dont cela se fait dans d’autres domaines du droit. Il est toutefois tout à fait contraire à la méthodologie juridique actuelle d’interpréter et d’appliquer l’expression « contrat de travail », lorsqu’elle est utilisée dans une loi pour définir la portée d’un programme social, en se basant uniquement sur les règles applicables en matière de responsabilité du fait d’autrui, un domaine où s’appliquent des considérations particulières, sans tenir compte du contexte et de l’objet du programme en question. Ces aspects sont examinés en détail par Laura Friedlander dans l’article « What Has Tort Law Got To Do With It? Distinguishing Between Employees and Independent Contractors in the Federal Income Tax, Employment Insurance, and Canada Pension Plan Contexts » (2003), 51 *Rev. fiscale can.* 1467.

[113] Il y a également lieu de s’interroger sur l’utilité d’un critère qui a été élaboré avant l’essor de la privatisation et de la sous-traitance des tâches, et avant que se fassent sentir aussi nettement les effets de la mondialisation de l’économie. Les changements survenus dans le monde du travail, et la complexité et la diversité croissantes des relations dans lesquelles le travail est exécuté ne peuvent que diminuer l’importance qu’a pu avoir le critère élaboré dans l’arrêt *Wiebe Door* dans le passé pour déterminer qui est un employé aux fins de l’AE et du RPC, et qui a, par conséquent, droit aux prestations qui sont fournies dans le cadre de ces deux régimes établis par la loi.

#### E. CONCLUSIONS

[114] Les règles de la common law dans le domaine des contrats accordent peu de poids, voire aucun, à la façon dont les parties comprennent la nature juridique de leur relation, ou à l’intention qu’elles ont exprimée à ce sujet. Par conséquent, je ne peux conclure que le

*Door/Sagaz* considerations to the terms of the contracts. There was no dispute about the interpretation of the terms of the contracts which the parties' understanding of the legal nature of the contracts might have helped to resolve. While recognizing that, as usual, there was room for dispute, the Judge was able to reach a clear conclusion about the proper characterization of the contracts on the basis of the *Wiebe Door/Sagaz* factors and a contextual examination of the terms of the contracts.

[115] Absent legal error, this Court may only interfere with the Judge's conclusion if it is vitiated by palpable and overriding error. In my view, it is not. The Judge was properly alert to the fact that an application of the *Wiebe Door/Sagaz* factors had to be sensitive to the nature of the dancers' work. Thus, he declined to consider some aspects of the contractual relationship as indicative of control, because they were inherent in the production and performance of a ballet as a coherent work of art. In so far as counsel for the RWB suggested that the very nature of artistic performance and expression is incompatible with an employment status, I do not agree. He conceded that dancers with the Alberta Ballet Company in Calgary are regarded as employees.

[116] The legal test for determining whether a contract is one of employment or for services is multi-factored. Unless a judge commits some egregious error in its application, it will be difficult to establish palpable and overriding error. For the most part, I would characterize counsel's criticism of the reasons of the Judge in this case as going to his assignment of weight to the various factors and to his appreciation of the evidence. Whether I would have weighed each and every factor as the Judge did, drawn the same inferences from the evidence, or reached the same result, is not the point. I am not satisfied that his reasoning or conclusion is clearly wrong.

juge a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de cet élément lorsqu'il a appliqué les facteurs décrits dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* aux contrats en cause. L'interprétation des modalités des contrats ne soulevait aucune contestation qui aurait pu être résolue en ayant recours à l'opinion des parties au sujet de la nature juridique des contrats. Tout en reconnaissant que, comme d'habitude, il y avait matière à discussion, le juge a pu en arriver à une conclusion claire au sujet de la qualification des contrats, en se fondant sur les facteurs exposés dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* et sur un examen contextuel des modalités des contrats.

[115] En l'absence d'erreur de droit, la Cour ne peut modifier la conclusion d'un juge que si celle-ci est viciée par une erreur dominante et manifeste. À mon avis, ce n'est pas le cas ici. Le juge a été sensible, comme il devait l'être, au fait que l'application des facteurs exposés dans les arrêts *Wiebe Door* et *Sagaz* devait être compatible avec la nature du travail des danseurs. C'est pourquoi il a refusé de considérer certains aspects de la relation contractuelle comme indiquant l'existence d'un contrôle, parce qu'il s'agissait d'exigences étroitement liées à la production et à la présentation d'une œuvre d'art cohérente comme le ballet. Je ne peux souscrire à l'argument de l'avocat du RWB selon lequel la nature même de la prestation et de l'expression artistiques est incompatible avec le statut d'employé. Il a d'ailleurs reconnu que les danseurs de l'Alberta Ballet Company de Calgary étaient considérés comme des employés.

[116] Le critère juridique qui permet de décider si un contrat donné est un contrat de travail ou un contrat d'entreprise fait appel à de nombreux facteurs. Tant que le juge ne commet pas une erreur flagrante dans son application, il est difficile d'établir l'existence d'une erreur dominante et manifeste. Je dirais que, dans l'ensemble, les critiques que les avocats ont formulées à l'égard des motifs du juge en l'espèce portent en fait sur la force probante qu'il a attribuée à divers facteurs et sur son appréciation de la preuve. Il ne s'agit pas de savoir ici si j'aurais apprécié ces différents facteurs comme l'a fait le juge, si j'aurais tiré les mêmes déductions à partir des preuves ou si j'en serais arrivé au même résultat. Je ne suis pas convaincu que son

[117] I would only add that it is open to the RWB, and to other dance companies, to revise the terms of engagement with their dancers so as to take them outside the category of employees. As the Judge pointed out, the present contracts contain terms that subject dancers to controls that go well beyond the requirements of artistic performance.

[118] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

raisonnement ou sa conclusion est manifestement erroné.

[117] J'ajouterais simplement que le RWB et les autres compagnies de ballet peuvent fort bien, si elles le souhaitent, revoir les conditions auxquelles ils engagent leurs danseurs de façon à soustraire ces derniers à la catégorie des employés. Comme le juge l'a fait remarquer, les contrats actuels contiennent des conditions qui assujettissent les danseurs à un contrôle qui va largement au-delà de ce qu'exige la présentation d'un spectacle artistique.

[118] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.