

A-409-78

A-409-78

**The Queen in right of Canada (Applicant)**

v.

**Public Service Staff Relations Board, C. A. Edwards, D. G. Pyle and R. Steward (Respondents)**

and

**K. J. MacDonald (Mis-en-cause)**

Court of Appeal, Jackett C.J., Pratte and Urie JJ.—Ottawa, January 24 and 30, 1979.

*Judicial review — Public Service — P.S.S.R.B. denied lawyer employed by National Energy Board the designation of "person employed in a managerial or confidential capacity" — Lawyer argued that he was employed in confidential capacity to general counsel, himself designated executive with duties in relation to development and administration of programs — Whether or not P.S.S.R.B. resorted to wrong principles in deciding against mis-en-cause employed in confidential capacity in applying Cuddihy and Norton — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 2 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.*

This is a section 28 application to set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board rejecting applicant's request that the mis-en-cause, a lawyer employed as legal counsel with the National Energy Board, be designated a "person employed in a managerial or confidential capacity". Applicant's sole contention before the Board was that the mis-en-cause fell within paragraph (f) of the definition as a person who was employed in a confidential capacity to the general counsel of the National Energy Board, himself a person designated a person having "executive duties and responsibilities in relation to the development and administration of government programs". Applicant argues that the Board, in applying principles enunciated in *Cuddihy and Norton*, resorted to wrong principles in determining whether or not the mis-en-cause was employed in a confidential capacity.

*Held*, the application is dismissed. The so-called "principles" applied by the Board are not only wrong but bear no relation at all to the question to be answered. The word "confidential" in paragraph (f) of the definition is used in its usual sense which, contrary to what the Board assumed, does not imply any delegation of functions. An executive does not delegate functions to his legal counsel; the counsel's position nevertheless is confidential to the executive. The Board's decision need not be set aside, however, because applicant must show that the mis-en-cause was not only holding a position confidential to general counsel, but also (1) that general counsel was a person having "executive duties and responsibilities in relation to the development and administration of government programs"; and (2) the confidential position of the mis-en-cause related to those

**La Reine du chef du Canada (Requérante)**

c.

**a La Commission des relations de travail dans la Fonction publique, C. A. Edwards, D. G. Pyle et R. Steward (Intimés)**

b et

**K. J. MacDonald (Mis-en-cause)**

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges Pratte et Urie—Ottawa, les 24 et 30 janvier 1979.

*Examen judiciaire — Fonction publique — Refus de la C.R.T.F.P. de désigner comme «personne préposée à la gestion ou à des fonctions confidentielles» un avocat de l'Office national de l'énergie — Ce dernier a fait valoir qu'il occupait un poste de confiance auprès de l'avocat-conseil général qui, lui-même, assumait des fonctions et des responsabilités de direction en ce qui a trait à l'établissement et à l'application de programmes — La C.R.T.F.P. a-t-elle commis une erreur en se fondant sur les principes énoncés dans la décision Cuddihy et Norton pour conclure que le mis-en-cause n'occupait pas un poste de confiance? — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-35, art. 2 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, art. 28.*

Il s'agit d'une demande introduite en vertu de l'article 28 visant à faire annuler une décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique qui a rejeté la demande de la requérante qui cherchait à faire désigner comme «personne préposée à la gestion ou à des fonctions confidentielles» le mis-en-cause, un avocat-conseil à l'Office national de l'énergie. La requérante n'a fait valoir, devant la Commission, qu'une seule thèse, savoir que le mis-en-cause tombait dans le cadre de l'alinéa f) de la définition comme étant une personne qui occupe un poste de confiance auprès de l'avocat-conseil général à l'Office national de l'énergie, lui-même une personne «qui a des fonctions et des responsabilités de direction en ce qui a trait à l'établissement et à l'application des programmes du gouvernement». La requérante allègue que la Commission, en s'appuyant sur les principes énoncés dans *Cuddihy et Norton*, a eu recours à des principes erronés pour trancher la question de savoir si le mis-en-cause occupait un poste de confiance.

*Arrêt*: la demande est rejetée. Les prétendus «principes» appliqués par la Commission sont non seulement erronés mais sans aucun rapport avec la question à trancher. L'expression «de confiance» à l'alinéa f) de la définition est employée dans son sens ordinaire qui, contrairement aux prétentions de la Commission, ne comporte aucune délégation de fonctions. Un directeur ne délègue aucune fonction à son avocat-conseil, mais il reste que l'avocat occupe un poste de confiance auprès du directeur. La décision de la Commission ne doit pas, toutefois, être infirmée pour autant. La requérante doit prouver non seulement que le mis-en-cause occupe un poste de confiance auprès de l'avocat-conseil général, mais également (1) que l'avocat-conseil général est une personne «qui a des fonctions et des responsabilités de direction en ce qui a trait à l'établisse-

executive duties. General counsel's sole executive responsibility was directing the law branch of the National Energy Board. If the position of the mis-en-cause was confidential to general counsel's, it was not in relation to his executive responsibilities since the confidentiality of his position resulted from general counsel and himself being legal counsel to the Board, and in that capacity having to work in collaboration.

*Cuddihy and Norton, P.S.S.R. Reports K 745, referred to.*

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

*E. R. Sojonky* for applicant.  
*M. Wexler* for Professional Institute of the Public Service of Canada.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Public Service Staff Relations Board, Ottawa, for Public Service Staff Relations Board.*

*Professional Institute of the Public Service of Canada, Ottawa, for Professional Institute of the Public Service of Canada.*

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

PRATTE J.: This is a section 28 application to set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board rejecting a request of the applicant that a Mr. MacDonald, a lawyer employed as legal counsel with the National Energy Board, be designated as a "person employed in a managerial or confidential capacity".

The definition of the expression "person employed in a managerial or confidential capacity" is found in section 2 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, which reads in part as follows:

2. In this Act

ment et à l'application des programmes du gouvernement» et (2) que le poste de confiance du mis-en-cause relève des fonctions de direction incombant à l'avocat-conseil général. L'unique responsabilité de direction de l'avocat-conseil général est de diriger le contentieux de l'Office national de l'énergie. Si l'on conclut que le mis-en-cause occupe un poste de confiance auprès de l'avocat-conseil général, on ne peut dire que ce poste relève des responsabilités de direction de ce dernier puisque les fonctions confidentielles du mis-en-cause découlent du fait que l'avocat-conseil général et lui-même sont tous deux avocats-conseils à l'Office et, qu'à ce titre, ils doivent travailler en collaboration.

Arrêt mentionné: *Cuddihy et Norton, Recueils de décisions de la C.R.T.F.P K 745.*

DEMANDE d'examen judiciaire.

AVOCATS:

*E. R. Sojonky* pour la requérante.  
*M. Wexler* pour l'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la requérante.  
*La Commission des relations de travail dans la Fonction publique, Ottawa, pour la Commission des relations de travail dans la Fonction publique.*  
*L'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada, Ottawa, pour l'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada.*

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

LE JUGE PRATTE: Il s'agit d'une demande introduite en vertu de l'article 28 visant à faire annuler une décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique qui a rejeté la demande présentée par la requérante qui cherchait à faire désigner comme «personne préposée à la gestion ou à des fonctions confidentielles» M. MacDonald, avocat-conseil à l'Office national de l'énergie.

L'article 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35, définit l'expression «personne préposée à la gestion ou à des fonctions confidentielles»:

2. Dans la présente loi

“person employed in a managerial or confidential capacity”, means any person who

(a) is employed in a position confidential to the Governor General, a Minister of the Crown, a judge of the Supreme or Exchequer Court of Canada, the deputy head of a department or the chief executive officer of any other portion of the Public Service, or

(b) is employed as a legal officer in the Department of Justice,

and includes any other person employed in the Public Service who in connection with an application for certification of a bargaining agent for a bargaining unit is designated by the Board, or who in any case where a bargaining agent for a bargaining unit has been certified by the Board is designated in prescribed manner by the employer, or by the Board on objection thereto by the bargaining agent, to be a person

(c) who has executive duties and responsibilities in relation to the development and administration of government programs,

(f) who is employed in a position confidential to any person described in paragraph (b), (c), (d) or (e), or

(g) who is not otherwise described in paragraph (c), (d), (e) or (f), but who in the opinion of the Board should not be included in a bargaining unit by reason of his duties and responsibilities to the employer;

The applicant's sole contention before the Board was that Mr. MacDonald fell within paragraph (f) of the definition as a person who was employed in a confidential capacity to Mr. F. H. J. Lamar, the general counsel of the National Energy Board, himself a person described in paragraph (c) as having “executive duties and responsibilities in relation to the development and administration of government programs”.

The applicant's main argument in support of this section 28 application is that the Board resorted to wrong principles in order to determine whether Mr. MacDonald was employed in a confidential capacity to Mr. Lamar. Those principles were those that had been enunciated by the Board in a previous decision (*Cuddihy and Norton, P.S.S.R. Reports* K 745) when it had said this [at pages K 747-K 748] with reference to the interpretation of paragraph (f) of the definition (then identified as head (vi) of section 2(u)):

At this stage, we cannot go beyond some very broad general statements of principle and these statements are not to be taken as being exhaustive by any means. It appears to us that

«personne préposée à la gestion ou à des fonctions confidentielles» désigne toute personne qui

a) occupe un poste de confiance auprès du gouverneur général, un ministre de la Couronne, un juge de la Cour suprême ou de la Cour de l'Échiquier du Canada, le sous-chef d'un ministère ou d'un département ou le fonctionnaire administratif en chef de tout autre élément de la Fonction publique; ou

b) est employée en qualité de conseiller juridique au ministère de la Justice,

et comprend toute autre personne employée dans la Fonction publique qui, relativement à une demande d'accréditation d'un agent négociateur d'une unité de négociation, est désignée par la Commission, ou qui, chaque fois qu'un agent négociateur d'une unité de négociation a été accrédité par la Commission, est désignée de la manière prescrite par l'employeur, ou par la Commission lorsque l'agent négociateur s'y oppose, pour être une personne

c) qui a des fonctions et des responsabilités de direction en ce qui a trait à l'établissement et à l'application des programmes du gouvernement,

f) qui occupe un poste de confiance auprès de l'une des personnes décrites aux alinéas b), c), d) ou e), ou

g) qui n'est pas autrement décrite aux alinéas c), d), e) ou f) mais qui, de l'avis de la Commission, ne devrait pas faire partie d'une unité de négociation en raison de ses fonctions et de ses responsabilités envers l'employeur;

La requérante n'a fait valoir, devant la Commission, qu'une seule thèse savoir que M. MacDonald tombe dans le cadre de l'alinéa f) de la définition comme une personne qui occupe un poste de confiance auprès de M. F. H. J. Lamar, avocat-conseil général à l'Office national de l'énergie, ce dernier étant lui-même une personne «qui a des fonctions et des responsabilités de direction en ce qui a trait à l'établissement et à l'application des programmes du gouvernement», aux termes de l'alinéa c).

A l'appui de sa demande introduite en vertu de l'article 28, la requérante fait valoir, comme argument principal, que la Commission a eu recours à des principes erronés pour trancher la question de savoir si M. MacDonald occupait un poste de confiance auprès de M. Lamar. Ces principes sont les mêmes que ceux énoncés par la Commission dans une décision antérieure (*Cuddihy et Norton, Recueils de décisions de la C.R.T.F.P.* K 745). La Commission se prononçait alors [aux pages K 747 et K 748] sur l'interprétation à donner de l'alinéa f) de la définition (à l'époque, sous-alinéa 2u)(vi)):

Il ne nous reste donc qu'à faire des déclarations de principe très générales sans prétendre pour autant épuiser la question. Il nous semble que le Parlement a dû vouloir que le sous-alinéa

Parliament must have intended head (vi) to apply at least in the following circumstances:

(i) Where the duties of a position occupied by a person described in heads (ii) to (v) of s. 2(u) are so onerous that he is compelled to delegate to another a significant portion of his duties of the type that constitute the basis for his having been designated or of the type that warrant a finding that he is a person described in heads (ii) to (v) of s. 2(u) and where the duties so delegated require skill, judgement, trust and confidence;

(ii) where the services rendered by the person alleged to be confidential are of such a nature that the person designated or described under heads (ii) to (v) of s. 2(u) would normally have to rely to a substantial extent on the "confidential" person to perform them, having regard to modern technology and office organization.

The second type of confidential person just described would include, *inter alia*, a person performing secretarial duties of a requisite kind for a person designated or described under heads (ii) to (v) of s. 2(u) and related to the duties that constitute the basis for his having been designated or described. There may appear to be a lack of definition in what we have said; this is inherent in the difficult process we face constantly in determining which persons are "confidential".

The Board, in the present case, clearly applied those principles. In its decision, it states as follows the issue to be determined:

In conformity with the principles enunciated by the Board in *Cuddihy and Norton*, in order to exclude Mr. MacDonald it must first be established that Mr. Lamar's duties are so onerous that he is compelled to delegate to Mr. MacDonald a significant portion of his executive duties and responsibilities in relation to the development and administration of government programs, and that the duties so delegated require the exercise of skill, judgment, trust and confidence; or, that the duties delegated by Mr. Lamar to Mr. MacDonald are of such a nature that Mr. Lamar would normally have to rely to a substantial extent on Mr. MacDonald to perform them, having regard to modern technology and office organization.

This argument of the applicant is, in my view, well founded. In so far as I can understand them, the so-called "principles" applied by the Board appear to me not only to be wrong but to bear no relation at all with the question to be determined. The word "confidential" in paragraph (f) of the definition is used in its usual sense which, contrary to what the Board assumed, does not imply any delegation of functions. An executive does not delegate any functions to his legal counsel; the

(vi) visât au moins les circonstances suivantes:

(i) Lorsque les fonctions d'un poste occupé par une personne décrite au sous-alinéa (ii) à (v) de l'article 2u) sont tellement lourdes que cette dernière est forcée de déléguer à un autre une partie importante des fonctions à l'origine de sa désignation ou du genre qui atteste qu'elle est une personne décrite au sous-alinéa (ii) à (v) de l'article 2u), et lorsque les fonctions ainsi déléguées exigent de la compétence, du discernement et de la confiance;

(ii) lorsque les services rendus par une personne qui occupe un poste confidentiel allégué sont de telle nature que la personne désignée ou décrite au sous-alinéa (ii) à (v) de l'article 2u) aurait normalement à s'en remettre dans une large mesure à la personne «qui occupe le poste de confiance» pour les accomplir, eu égard à la technologie moderne et l'organisation du bureau.

Ce deuxième genre de personnes occupant un poste de confiance que je viens de décrire comprendrait, *entre autres*, une personne qui fait fonction de secrétaire indispensable auprès d'une personne désignée ou décrite au sous-alinéa (ii) à (v) de l'article 2u), cette fonction étant reliée à celles qui ont été à l'origine de sa désignation ou de sa description. La définition peut sembler incomplète, mais c'est une difficulté inhérente à la question difficile que nous devons sans cesse trancher au moment de déterminer quelles sont les personnes qui occupent des postes «de confiance».

Il est clair que la Commission a appliqué, en l'espèce, ces principes. Elle fait état, dans sa décision, de la question à trancher comme suit:

Conformément aux principes énoncés par la Commission dans l'affaire *Cuddihy et Norton*, pour exclure M. MacDonald, il faut d'abord établir que les fonctions de M. Lamar sont si lourdes qu'il est tenu de déléguer à M. MacDonald une partie importante de ses fonctions et de ses responsabilités de direction en ce qui a trait à l'établissement et à l'application des programmes du gouvernement, et que les fonctions ainsi déléguées exigent de la compétence, du discernement et de la confiance, ou encore que les fonctions déléguées par M. Lamar à M. MacDonald sont d'une nature telle que M. Lamar s'appuierait normalement dans une grande mesure sur M. MacDonald pour leur exécution, eu égard à la technologie et aux pratiques administratives modernes.

L'argument de la requérante est, à mon avis, bien fondé. Comme je les interprète, les prétendus «principes» appliqués par la Commission me semblent non seulement erronés mais sans aucun rapport avec la question à trancher. L'expression «de confiance» à l'alinéa f) de la définition est employée dans son sens ordinaire qui, contrairement aux prétentions de la Commission, ne comporte aucune délégation de fonctions. Un directeur ne délègue aucune fonction à son avocat-conseil,

counsel's position is nevertheless confidential to the executive.

The conclusion of the Board that Mr. MacDonald was not employed in a position confidential to Mr. Lamar is, therefore, based on an error of law.

It does not follow, however, that the Board's decision must be set aside. In order to succeed before the Board, the applicant had to show, not only that Mr. MacDonald held a position confidential to Mr. Lamar, but also

(1) that Mr. Lamar was a person described in paragraph (c) who had "executive duties and responsibilities in relation to the development and administration of government programs"; and

(2) that the confidential position of Mr. MacDonald related to those executive duties of Mr. Lamar.

The only executive responsibility of Mr. Lamar, according to the record, was that of directing the law branch of the National Energy Board. If Mr. MacDonald's position was confidential to Mr. Lamar, it was not in relation to his executive responsibilities since the confidentiality of Mr. MacDonald's position resulted solely from the fact that both he and Mr. Lamar were legal counsel to the Board and, in that capacity, had to work in collaboration. For that reason, in my view, Mr. MacDonald could not be said to be "employed in a position confidential to" a person described in paragraph (c) of the definition.

For these reasons, I would dismiss the application.

\* \* \*

JACKETT C.J.: I concur.

\* \* \*

URIE J.: I have read the reasons for judgment of my brother Pratte J. and I agree with his conclusion and the reasons whereby he reached such a conclusion.

mais il reste que l'avocat occupe un poste de confiance auprès du directeur.

Par conséquent, la conclusion de la Commission selon laquelle M. MacDonald n'occupait pas un poste de confiance auprès de M. Lamar est fondée sur une erreur de droit.

La décision de la Commission ne doit pas, toutefois, être infirmée pour autant. Pour avoir gain de cause devant la Commission, la requérante aurait dû prouver non seulement que M. MacDonald occupait un poste de confiance auprès de M. Lamar, mais également

(1) que M. Lamar était une personne désignée à l'alinéa c) comme une personne «qui a des fonctions et des responsabilités de direction en ce qui a trait à l'établissement et à l'application des programmes du gouvernement»; et

(2) que le poste de confiance occupé par M. MacDonald relevait des fonctions de direction incombant à M. Lamar.

D'après le dossier, M. Lamar n'avait qu'une seule responsabilité de direction, celle de diriger le contentieux de l'Office national de l'énergie. Si l'on conclut que M. MacDonald occupait auprès de M. Lamar un poste de confiance, on ne peut dire que ce poste relevait des responsabilités de direction de ce dernier puisque les fonctions confidentielles de M. MacDonald découlent uniquement du fait que M. Lamar et lui-même sont tous deux avocats-conseils à l'Office et, qu'à ce titre, ils devaient travailler en collaboration. C'est pourquoi j'estime que M. MacDonald ne pouvait être désigné comme occupant «un poste de confiance auprès» d'une personne décrite à l'alinéa c) de la définition.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la demande.

\* \* \*

LE JUGE EN CHEF JACKETT: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

LE JUGE URIE: J'ai lu les motifs du jugement de mon collègue le juge Pratte et je suis d'accord avec sa conclusion et ses motifs.