

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

52-16-CA

HER MAJESTY THE QUEEN in Right of THE  
PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, as  
represented by the Minister of Education and Early  
Childhood Development

APPELLANT

- and -

MARC HENRIE and NADINE ARSENAULT

RESPONDENTS

- and -

CONSEIL D'ÉDUCATION DU DISTRICT  
SCOLAIRE FRANCOPHONE SUD

RESPONDENT and CROSS-APPELLANT

Her Majesty the Queen in Right of the Province of  
New Brunswick, as represented by the Minister of  
Education and Early Childhood Development v.  
Henrie and Arsenault, and Conseil d'éducation du  
district scolaire francophone sud, 2017 NBCA 5

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
August 10, 2016

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
[2016] N.B.J. No. 253

Appeal heard:  
January 19, 2017

SA MAJESTÉ LA REINE du chef de LA  
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,  
représentée par le ministre de l'Éducation et du  
Développement de la petite enfance

APPELANTE

- et -

MARC HENRIE et NADINE ARSENAULT

INTIMÉS

- et -

CONSEIL D'ÉDUCATION DU DISTRICT  
SCOLAIRE FRANCOPHONE SUD

INTIMÉ et APPELANT RECONVENTIONNEL

Sa Majesté la Reine du chef de la province du  
Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de  
l'Éducation et du Développement de la petite  
enfance c. Henrie et Arsenault, et Conseil  
d'éducation du district scolaire francophone sud,  
2017 NBCA 5

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau  
l'honorable juge Richard  
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 10 août 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
[2016] A.N.-B. no 253

Appel entendu :  
le 19 janvier 2017

Judgment rendered:  
January 19, 2017

Jugement rendu :  
le 19 janvier 2017

Reasons delivered:  
April 27, 2017

Motifs déposés :  
le 27 avril 2017

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Quigg

Concurred in by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Richard

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge en chef Drapeau  
l'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Denis G. Thériault  
Isabel Lavoie Daigle

Pour l'appelante :  
Denis G. Thériault  
Isabel Lavoie Daigle

For the respondents, Marc Henrie and Nadine  
Arsenault:  
Basile Chiasson, Q.C.

Pour les intimés, Marc Henrie et Nadine Arsenault :  
Basile Chiasson, c.r.

For the respondent and Cross-Appellant, Conseil  
d'éducation du district scolaire francophone sud:  
Christian E. Michaud, Q.C.

Pour l'intimé et appelant reconventionnel, Conseil  
d'éducation du district scolaire francophone sud :  
Christian E. Michaud, c.r.

### THE COURT

### LA COUR

On January 19, 2017, the Court allowed the appeal and dismissed the cross-appeal, with reasons to follow. Those reasons are set out in the text that follows.

A accueilli l'appel et rejeté l'appel reconventionnel le 19 janvier 2017, et indiqué que des motifs suivraient. Le texte qui suit expose ces motifs.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Marc Henrie et Nadine Arsenault demandent, par la requête en révision présentée en première instance, une ordonnance qui annulerait une décision du ministre de l'Éducation et du Développement de la petite enfance rendue le 8 avril 2016, décision qui mettait en œuvre la recommandation du Conseil d'éducation du district scolaire francophone sud de fermer une école de son ressort, l'École Saint-Paul, située dans le comté de Kent. Ils demandent aussi diverses ordonnances accessoires qui forceraient la réouverture de l'école et le maintien de son fonctionnement. Le juge saisi de la requête l'a transformée en une action ordinaire, sans examen au fond. La question que soulève l'appel du Ministre est celle de savoir si le juge a commis une erreur lorsqu'il a prononcé cette ordonnance de transformation. Le cas échéant, une autre question se pose du fait de l'appel reconventionnel du Conseil d'éducation de district, soit celle de savoir si notre Cour, au lieu de renvoyer la tâche à la Cour du Banc de la Reine, doit procéder à la révision que celle-ci aurait dû entreprendre.

[2] Je suis d'avis que les *Règles de procédure* ne permettent pas de transformer une requête en révision reposant sur la règle 69, telle la présente, en une action. Il s'ensuit que le juge saisi de la requête a commis une erreur lorsqu'il a prononcé une ordonnance en ce sens. La conclusion à laquelle j'arrive tient compte de la mise en garde formulée par le juge Drapeau (tel était alors son titre), dans *Smith c. Human Rights Commission (N.B.) et al.* (1999), 217 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 336, [1999] A.N.-B. n<sup>o</sup> 392 (C.A.) (QL), arrêt qu'il a rendu au nom de la Cour :

[TRADUCTION]

Il convient de réitérer que les contestations du caractère constitutionnel d'un texte de loi ou d'une autre mesure adoptée par les pouvoirs publics doivent obligatoirement se conformer aux *Règles de procédure*. [...] La *Charte* n'a pas

été conçue dans le vide; ses auteurs sont partis de l'hypothèse qu'elle serait appliquée dans un cadre procédural existant. En l'espèce, ce cadre est offert par les *Règles de procédure*. L'expérience a montré que le respect tant du cadre juridictionnel des *Règles de procédure* que de ses préceptes en matière de procédure sert l'intérêt supérieur de la justice. De fait, l'obligation de se conformer aux *Règles de procédure* permet invariablement de séparer le bon grain de l'ivraie, ce qui se traduit par une clarification utile des questions que le tribunal est appelé à trancher. Il s'ensuit invariablement des décisions centrées et éclairées qui se traduisent en fin de compte par une meilleure justice pour tous. [par. 19]

- [3] En outre, et comme je l'expliquerai, il ne serait pas approprié en l'espèce que notre Cour statue sur la requête en révision sans disposer d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine sur le fond.

## II. Chronologie des procédures

- [4] Le 6 juillet 2016, M. Henrie et M<sup>me</sup> Arsenault ont introduit le recours que prévoit la règle 69 et demandé une révision de la décision du Ministre. Ils exerçaient un recours : (1) en annulation de la décision et en renvoi de la question de la viabilité de l'école à un examen; (2) en octroi d'ordonnances mandatoires forçant la réouverture de l'École Saint-Paul et le maintien de son fonctionnement jusqu'au réexamen.

- [5] Il est facile de constater qu'il n'était pas question, dans l'avis de requête, de contestation de la constitutionnalité d'un texte législatif ou d'une politique du Ministère. La requête devait être entendue le 10 août 2016.

- [6] Le 2 août, M. Henrie et M<sup>me</sup> Arsenault ont déposé un avis de requête modifié par lequel ils attaquaient en outre la validité constitutionnelle de dispositions relatives à la fermeture énoncées dans la *Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 1997, ch. E-1.12, et dans la politique 409 (politique du Ministère régissant la fermeture d'écoles). L'avis de requête modifié faisait mention de quatre affidavits supplémentaires, dont l'affidavit du

professeur Rodrigue Landry (Ph. D), qui était accompagné d'un rapport sociolinguistique de vingt-cinq pages.

[7] À l'audience, qui s'est ouverte le 10 août, M. Henrie et M<sup>me</sup> Arsenault entendaient présenter une argumentation constitutionnelle. La modification demandée de l'avis de requête original n'avait toutefois pas été avalidée par ordonnance. De ce fait, les seuls motifs plaidables pour obtenir l'annulation de la décision du Ministre et exercer les recours accessoires étaient ceux qui se trouvaient énoncés dans l'avis de requête original.

[8] En première instance, le Ministre et le Conseil d'éducation de district ont soutenu que le dossier était complet et que seule était contestée par la requête la décision ministérielle du 8 avril 2016 de fermer l'école. De leurs points de vue, les questions constitutionnelles susmentionnées ne devaient pas être considérées dans le cadre de la requête en révision, mais devraient faire l'objet d'une action ordinaire, et seule se posait la question de savoir s'il fallait annuler la décision. Le Ministre et le Conseil d'éducation de district ont engagé le juge à poursuivre la procédure d'après l'avis de requête original et se sont opposés à l'admission en preuve du rapport sociolinguistique de M. Landry, objection sur laquelle aucune décision n'a encore été rendue.

[9] Au départ, le juge a estimé préférable de poursuivre la procédure d'après l'avis de requête original et d'asseoir sur les motifs qui s'y trouvaient avancés la révision de la décision du Ministre. Mais, pressé par l'avocat de M. Henrie et de M<sup>me</sup> Arsenault, il a changé d'avis. Il a décidé, malgré l'objection élevée par le Ministre et par le Conseil d'éducation de district, de transformer en action la requête en révision, censément en vertu de la règle 38.09 :

**38.09 Disposition of Application**

**38.09 Décision**

On the hearing of an application, the court may

À l'audition d'une requête, la cour peut

(a) allow or dismiss the application or adjourn the hearing, with or without terms, or

a) accorder celle-ci, la rejeter ou ajourner l'audience avec ou sans conditions ou,

(b) where it is satisfied that there is a substantial dispute of fact, direct that the application proceed to trial or direct the trial of a particular issue or issues and, in either case, give such directions and impose such terms as may be just, subject to which the proceeding shall thereafter be treated as an action.

b) si elle constate qu'il y a une contestation importante des faits, prescrire l'instruction de la requête ou l'instruction d'une ou de plusieurs questions soulevées et, dans l'un ou l'autre cas, donner les directives et imposer les conditions qu'elle estime justes, après quoi l'instance sera conduite comme une action.

Du point de vue du juge, la transformation devait permettre de débattre ensemble toutes les questions soulevées.

### III. Moyens d'appel et mesures réparatoires demandées

[10] Comme l'indique son avis d'appel, le Ministre soutient que le juge saisi de la requête a commis une erreur justifiant d'infirmer sa décision : (1) du fait qu'il a refusé de poursuivre l'audience de révision, malgré que le dossier ait été complet et qu'il eût décidé de statuer d'après l'avis de requête original; (2) du fait qu'il n'a pas révisé la décision ministérielle en tenant pour admis que la *Loi sur l'éducation* est un texte législatif présumé constitutionnel; (3) du fait qu'il a transformé en action la requête en révision, à l'encontre de la règle 69.01. Le Ministre prie la Cour d'accueillir l'appel et de renvoyer la requête en révision à la Cour du Banc de la Reine.

[11] Par son appel reconventionnel, le Conseil d'éducation de district, comme le Ministre, soutient que l'ordonnance de transformation doit être annulée, mais sollicite de notre Cour qu'elle exerce le pouvoir que lui reconnaît la règle 62.21(1) et qu'elle apporte à la requête en révision une solution sur le fond.

### IV. Analyse

[12] Comme je l'ai évoqué en introduction, deux questions se posent.

A. *La requête en révision pouvait-elle être transformée en une action?*

[13] La réponse est non.

[14] Le recours essentiel exercé par l'avis de requête original, le seul recours dont la Cour du Banc de la Reine ait été régulièrement saisie, demandait l'annulation de la décision du Ministre d'approuver la fermeture de l'École Saint-Paul. Il s'agit d'un recours autrefois exercé par voie de *certiorari*. La règle 69.01 porte que les recours de cet ordre ne peuvent être exercés que sur une requête en révision. Texte de la règle 69.01 :

**69.01 Application for Judicial Review**

**69.01 Requête en révision**

Notwithstanding any Act, remedies formerly obtained by way of certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto or notice of motion to set aside or remit an award, may be obtained only on an application for judicial review made under this rule.

Nonobstant toute disposition d'une loi, les recours autrefois exercés par voie de certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto ou avis de motion en annulation ou en reconsidération d'une sentence arbitrale ne peuvent être exercés que sur une requête en révision formulée en application de la présente règle.

Les autres recours de l'avis de requête original ne peuvent être exercés qu'à supposer que soit accueillie la requête en annulation de l'arrêté ministériel de fermeture de l'école. La règle 69.01 excluait l'application de la règle 38.09, de même que l'octroi de l'ordonnance de transformation (*Mourant c. Town of Sackville*, 2014 NBCA 56, 423 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 330). Lorsque leur attention a été appelée sur la règle 69.01, les avocats ont tous concédé que l'ordonnance de transformation ne pouvait être maintenue. La Cour suprême du Canada a donné une analyse particulièrement instructive de la question dans l'arrêt *Ernst c. Alberta Energy Regulator*, 2017 CSC 1, [2017] A.C.S. n° 1 (QL).

B. *Notre Cour doit-elle apporter à la requête en révision une solution sur le fond?*

[15] Nous avons vu que le Conseil d'éducation de district avance que notre Cour doit exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère la règle 62.21(1) et apporter

au litige une solution sur le fond. En d'autres termes, nous sommes invités à rendre la décision qui aurait dû être rendue en première instance.

[16] La règle 62.21(1) se lit ainsi :

The Court of Appeal may draw inferences of fact, render any decision and make any order which ought to have been made, and may make such further or other order as the case may require.

La Cour d'appel peut faire des inférences à partir des faits et rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Elle peut également rendre toute autre ordonnance appropriée à la cause.

[17] Le Conseil d'éducation de district soutient également que les dispositions de la règle 62.21(1) attributives de pouvoir discrétionnaire doivent être interprétées en tenant compte des principes énoncés par les règles 1.02.1 (proportionnalité dans l'application des *Règles*) et 1.03(2) (interprétation libérale des *Règles*) :

**1.02.1** In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues.

**1.02.1** Lorsqu'elle applique les présentes règles, la cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

**1.03(2)** These rules shall be liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits.

**1.03(2)** Les présentes règles doivent recevoir une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive.

Selon le Conseil d'éducation de district, le principe de proportionnalité, en particulier, milite en faveur d'une décision de notre Cour sur le fond.

[18] Le point de vue du Ministre est diamétralement opposé aux prétentions du Conseil d'éducation de district. Le Ministre estime que recourir à la règle 62.21(1) serait inopportun dans une cause comme celle-ci, pour trois motifs principaux. Premièrement, l'appel ne porte pas sur le fond de la requête en révision : il est strictement centré sur la procédure, en l'occurrence sur la question de savoir si l'ordonnance de transformation



peut être maintenue. Deuxièmement, si la Cour accordait la mesure demandée par appel reconventionnel, elle serait aux prises avec une cause dans laquelle aucune audience préalable n'aurait abordé les éléments substantiels du litige, dont l'admissibilité d'une preuve controversée présentée sous forme d'opinion. Il ressort de la jurisprudence relative à la règle 62.21 que, d'ordinaire, cette règle est mise à effet lorsque le juge de première instance a statué sur la plupart des questions essentielles, sinon toutes. En l'espèce, aucune des questions cruciales soulevées par la requête en révision de la décision ministérielle du 8 avril 2016, décision ayant déterminé la fermeture de l'école, n'a été abordée par le juge saisi de la requête, encore moins tranchée. Troisièmement, faire droit à la demande du Conseil d'éducation de district, qui sollicite une décision sur le fond au présent niveau, générerait un précédent difficile pour ce qui concerne le respect des mandats fondamentaux de la Cour du Banc de la Reine et de notre Cour. En définitive, notre Cour dérogerait sans justification à son mandat d'instance d'appel. Cette considération nous ramène au passage suivant de la citation reproduite en introduction, extraite de la mise en garde exprimée dans *Smith c. Human Rights Commission (N.B.) et al.* :

[TRADUCTION]

L'expérience a montré que le respect tant du cadre juridictionnel des *Règles de procédure* que de ses préceptes en matière de procédure sert l'intérêt supérieur de la justice. De fait, l'obligation de se conformer aux *Règles de procédure* permet invariablement de séparer le bon grain de l'ivraie, ce qui se traduit par une clarification utile des questions que le tribunal est appelé à trancher. Il s'ensuit invariablement des décisions centrées et éclairées qui se traduisent en fin de compte par une meilleure justice pour tous.

[19] Lors de l'audience d'appel, il a été avancé que, si la requête en révision était renvoyée à un juge de la Cour du Banc de la Reine, le juge pourrait décider de déférer l'instance à notre Cour en vertu de la règle 69.11 :

**69.11 Transfer to Court of Appeal**

Subject to any Act, the Court of Queen's

**69.11 Instance déferée à la Cour d'appel**

Sous réserve de toute disposition d'une loi,

Bench may transfer a proceeding under this rule to the Court of Appeal.

la Cour du Banc de la Reine peut déferer à la Cour d'appel toute instance introduite en application de la présente règle.

La proposition avancée est inadmissible pour la raison suivante : elle laisse supposer la possibilité d'une conduite de mauvaise foi de la part du juge désigné. La proposition est insoutenable, en outre, parce que l'application de la règle 69.11 est réservée aux cas où la Cour du Banc de la Reine n'a pas compétence pour procéder à la révision demandée. Il n'en est pas ainsi en l'espèce.

V. Conclusion

[20] Le juge saisi de la requête n'avait pas compétence pour transformer en action la requête en révision présentée sous le régime de la règle 69. Par ailleurs, il ne convient pas, en l'espèce, que la Cour exerce le pouvoir discrétionnaire qui l'habilite à entendre la requête et à apporter une solution sur le fond.

[21] Les motifs qui précèdent sont ceux pour lesquels mes collègues et moi avons accueilli l'appel du Ministre, rejeté l'appel reconventionnel du Conseil d'éducation de district et ordonné l'audition et la solution de la requête en révision par un juge de la Cour du Banc de la Reine. Nuls dépens n'ayant été demandés, je suis d'avis d'ordonner que chacune des parties acquitte les siens.

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] In the underlying application for judicial review, Marc Henrie and Nadine Arsenault seek an order quashing an April 8, 2016 decision of the Minister of Education and Early Childhood Development giving effect to the Francophone South School District Council recommendation to close a school under its supervision, École Saint-Paul in Kent County. They also seek various ancillary orders that would compel the re-opening and continued operation of the school. The application judge converted the application into an ordinary action, without delving into the merits. The issue on the Minister's appeal is whether the judge erred in making the conversion order. If he did, another issue arises by way of the District Education Council's cross-appeal, and it is whether this Court should carry out the judicial review that should have been undertaken in the Court of Queen's Bench instead of referring back the task of adjudication.

[2] In my view, the *Rules of Court* do not permit the conversion of an application for judicial review under Rule 69, such as the present one, into an action. It follows that the application judge erred in doing so. I come to that conclusion bearing in mind the caution expressed by Drapeau J.A. (as he then was), writing for the Court, in *Smith v. Human Rights Commission (N.B.) et al.* (1999), 217 N.B.R. (2d) 336, [1999] N.B.J. No. 392 (C.A.) (QL):

It bears repeating that challenges to the constitutionality of legislation and other state action are not exempt from compliance with the *Rules of Court*. [...] The *Charter* was not conceived in a vacuum; its authors assumed that it would be applied within a procedural framework provided elsewhere. In the present case, the applicable framework is provided by the *Rules of Court*. Experience has shown that respect for the jurisdictional framework created by the *Rules of Court* and compliance with its procedural dictates

serve the best interests of justice. Indeed, conformity with the *Rules of Court* invariably produces a winnowing of the chaff from the grain and, in turn, helpful clarity is brought to the questions submitted to the court for resolution. Focused and insightful decisions invariably follow. The end product is better justice for all. [para. 19]

[3] Moreover, and as I will explain, this is not a case where it would be appropriate for this Court to dispose of the application for judicial review without the benefit of a decision by the Court of Queen's Bench on the merits.

## II. Procedural History

[4] On July 6, 2016, Mr. Henrie and Ms. Arsenault commenced proceedings under Rule 69 for the judicial review of the Minister's decision. They sought the following remedies: (1) an order quashing the decision in question and sending the issue of the school's viability back for reconsideration; and (2) mandatory orders forcing the re-opening of École Saint-Paul and its continued operation pending any such reconsideration.

[5] As can readily be appreciated, the Notice of Application did not feature any challenge to the constitutionality of any legislation or Department policy. The hearing of the application was scheduled for August 10, 2016.

[6] On August 2, Mr. Henrie and Ms. Arsenault filed an Amended Notice of Application in which they added an objection to the constitutional validity of certain closure-related provisions of the *Education Act*, S.N.B. 1997, c. E-1.12 and Policy 409 (the Department's school closure policy). The Amended Notice of Application made reference to four supplementary affidavits, including one by Dr. Rodrigue Landry, Ph.D, that included a 25-page socio-linguistic report.

[7] The hearing began on August 10, with Mr. Henrie and Ms. Arsenault intent on making submissions on the constitutionality issue. However, the sought-after

amendment to the original Notice of Application was not confirmed by any judicial order. In the result, the only live grounds for quashing the Minister's decision and securing the requested ancillary remedies were those set out in the original Notice of Application.

[8] In the court below, the Minister and the District Education Council took the position that the record was complete and the application concerned only the April 8, 2016 ministerial decision to close the school. In their submission, the aforementioned constitutional issues should not be entertained on the application for judicial review but, rather, stood to be dealt with in an ordinary action, and the only question in play was whether the Minister's decision should be quashed. The Minister and the District Education Council urged the judge to proceed on the basis of the original Notice of Application and objected to the admission into evidence of Dr. Landry's socio-linguistic report. That objection stands un-adjudicated.

[9] At first, the judge determined the preferable approach was to proceed on the original Notice of Application and to review the ministerial decision on the grounds articulated therein. However, upon being pressed by counsel for Mr. Henrie and Ms. Arsenault, he reversed course. The judge decided, over the objection of the Minister and the District Education Council, to convert the application for judicial review to an action, purportedly pursuant to Rule 38.09, which reads as follows:

**38.09 Disposition of Application**

**38.09 Décision**

On the hearing of an application, the court may

À l'audition d'une requête, la cour peut

(a) allow or dismiss the application or adjourn the hearing, with or without terms, or

a) accorder celle-ci, la rejeter ou ajourner l'audience avec ou sans conditions ou,

(b) where it is satisfied that there is a substantial dispute of fact, direct that the application proceed to trial or direct the trial of a particular issue or issues and, in either case, give such directions and impose such terms as may be just, subject

b) si elle constate qu'il y a une contestation importante des faits, prescrire l'instruction de la requête ou l'instruction d'une ou de plusieurs questions soulevées et, dans l'un ou l'autre cas, donner les directives et imposer les conditions qu'elle

to which the proceeding shall thereafter be treated as an action.      estime justes, après quoi l'instance sera conduite comme une action.

In the judge's view, the conversion would allow consideration in one forum of all the issues raised.

### III. Grounds of Appeal and Relief Sought

[10]                    In his Notice of Appeal, the Minister contends the application judge committed reversible error by: (1) refusing to proceed with the judicial review hearing despite a complete record and having previously decided to adjudicate on the basis of the original Notice of Application; (2) failing to judicially review the Minister's decision on the understanding that the *Education Act* is presumptively constitutional legislation; and (3) converting, in contravention of Rule 69.01, the judicial review application to an action. The Minister requests the appeal be allowed and the application for judicial review be returned to the Court of Queen's Bench for adjudication.

[11]                    In its cross-appeal, the District Education Council joins the Minister in submitting the conversion order should be set aside, but asks this Court to exercise its authority under Rule 62.21(1) and determine the application for judicial review on the merits.

### IV. Analysis

[12]                    As mentioned in my introductory remarks, two questions are raised.

A.      *Could the application for judicial review be converted to an action?*

[13]                    The answer is no.

[14]                    The core remedy sought in the original Notice of Application, the only one properly before the Court of Queen's Bench, is the quashing of the Minister's decision to

approve the closing of École Saint-Paul. That is a remedy formerly obtained by way of *certiorari*. Rule 69.01 states any such remedy may be obtained only on an application for judicial review. Rule 69.01 reads as follows:

**69.01 Application for Judicial Review**

Notwithstanding any Act, remedies formerly obtained by way of *certiorari*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* or notice of motion to set aside or remit an award, may be obtained only on an application for judicial review made under this rule.

**69.01 Requête en révision**

Nonobstant toute disposition d'une loi, les recours autrefois exercés par voie de *certiorari*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* ou avis de motion en annulation ou en reconsidération d'une sentence arbitrale ne peuvent être exercés que sur une requête en révision formulée en application de la présente règle.

The other remedies sought in the original Notice of Application are contingent upon success on the application to quash the ministerial school closure order. Rule 69.01 excluded the application of Rule 38.09 and precluded the impugned conversion order (see *Mourant v. Town of Sackville*, 2014 NBCA 56, 423 N.B.R. (2d) 330). When Rule 69.01 was drawn to counsel's attention, they all joined in conceding the conversion order could not be sustained. For a most instructive discussion on point, see *Ernst v. Alberta Energy Regulator*, 2017 SCC 1, [2017] S.C.J. No. 1 (QL).

B. *Should this Court determine the Judicial Review Application on the merits?*

[15] As indicated, the District Education Council submits this Court should exercise the discretionary power conferred upon it by Rule 62.21(1) and determine the dispute on its merits. In other words, we are invited to make the decision that should have been made in the court below.

[16] Rule 62.21(1) reads as follows:

The Court of Appeal may draw inferences of fact, render any decision and make any order which ought to have been made, and may make such further or other order as

La Cour d'appel peut faire des inférences à partir des faits et rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Elle peut également rendre toute autre

the case may require.

ordonnance appropriée à la cause.

[17] The District Education Council also submits the discretionary power granted by Rule 62.21(1) must be read in conjunction with the principles found in Rule 1.02.1 (proportionality in the application of the Rules) and Rule 1.03(2) (liberal construction of the Rules):

**1.02.1** In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues.

**1.02.1** Lorsqu'elle applique les présentes règles, la cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

**1.03(2)** These rules shall be liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits.

**1.03(2)** Les présentes règles doivent recevoir une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive.

According to the District Education Council, the proportionality principle, in particular, militates in favor of a decision on the merits by this Court.

[18] The Minister's assessment is antipodal to the District Education Council's proposition. In his submission, resort to Rule 62.21(1) is ill-advised in a case such as the present one primarily for the following reasons: (1) the present appeal is not concerned with the merits of the judicial review application, its sole focus being procedural, namely the sustainability of the conversion order; (2) if the Court granted the relief sought by the cross-appeal, it would be saddled with a case lacking a prior hearing into any material aspect of the dispute, including the admissibility of controversial opinion evidence. A review of the jurisprudence under Rule 62.21(1) demonstrates it is typically employed in cases where the judge at first instance has made a decision on most, if not all, key issues. In the case at bar, the application judge did not address, let alone resolve, any of the critical issues arising from the application for judicial review of the Minister's April 8, 2016 school closure decision; and (3) acceptance of the District Education Council's plea for merits-based adjudication at this level would generate a problematic precedent insofar



as respect for the core mandate of the Court of Queen's Bench and that of this Court is concerned. At the end of the day, the Court would be unjustifiably disregarding its mandate as an appellate court. The latter consideration tracks back to this feature of the caution articulated in *Smith v. Human Rights Commission (N.B.) et al.* and reproduced in my introductory remarks:

Experience has shown that respect for the jurisdictional framework created by the *Rules of Court* and compliance with its procedural dictates serve the best interests of justice. Indeed, conformity with the *Rules of Court* invariably produces a winnowing of the chaff from the grain and, in turn, helpful clarity is brought to the questions submitted to the court for resolution. Focused and insightful decisions invariably follow. The end product is better justice for all.

[19] During the course of the hearing on appeal, it was suggested that if the application for judicial review were returned to a judge of the Court of Queen's Bench, he or she might decide to transfer the proceeding to this Court pursuant to Rule 69.11, which provides as follows:

**69.11 Transfer to Court of Appeal**

Subject to any Act, the Court of Queen's Bench may transfer a proceeding under this rule to the Court of Appeal.

**69.11 Instance déferée à la Cour d'appel**

Sous réserve de toute disposition d'une loi, la Cour du Banc de la Reine peut déferer à la Cour d'appel toute instance introduite en application de la présente règle.

This suggestion is objectionable for this reason: it suggests the possibility of bad faith conduct on the part of the assigned judge. Moreover, it is untenable because Rule 69.11 is reserved for instances where the Court of Queen's Bench is without jurisdiction to conduct the sought-after judicial review. That is not the case here.

V. Conclusion

[20] The application judge lacked jurisdiction to convert to an action the application for judicial review under Rule 69. Moreover, this is not a case where the

Court should exercise its discretionary power to hear and determine the application on its merits.

[21] It is for those reasons that I joined my colleagues in allowing the Minister's appeal, dismissing the District Education Council's cross-appeal, and directing the judicial review application be heard and determined by a judge of the Court of Queen's Bench. As no costs were requested, I would order each side bear its own.