COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

56-18-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

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

- and -

- et -

MARC HENRIE and NADINE ARSENAULT

RESPONDENTS

MARC HENRIE et NADINE ARSENAULT

INTIMÉS

- and -

- et -

FRANCOPHONE SUD SCHOOL DISTRICT EDUCATION COUNCIL

RESPONDENT

CONSEIL D'ÉDUCATION DU DISTRICT SCOLAIRE FRANCOPHONE SUD

INTIMÉ

- and -

- et -

FRANCOPHONE NORD-EST SCHOOL DISTRICT EDUCATION COUNCIL

INTERVENOR

CONSEIL D'ÉDUCATION DU DISTRICT SCOLAIRE FRANCOPHONE NORD-EST

INTERVENANT

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 et al., 2018 NBCA 69

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 al., 2018 NBCA 69

CORAM:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

CORAM :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
May 17, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 17 mai 2018

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2018 NBQB 190

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 190

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2018] N.B.J. No. 181

Appeal heard and judgment rendered:
November 15, 2018

Reasons delivered:
February 8, 2019

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Counsel at hearing:

For the Appellant:
Denis G. Thériault and Isabel Lavoie Daigle

For the Respondents Marc Henrie and Nadine Arsenault:
Basile Chiasson, Q.C. and André Daigle

For the Respondent Francophone sud School District Education Council:
Christian E. Michaud, Q.C.

For the Intervenor Francophone nord-est School District Education Council:
Michel Doucet, Q.C

THE COURT

On November 15, 2018, the Court allowed the appeal, set aside the decision rendered in first instance and dismissed the underlying application for judicial review, with reasons to follow. Those reasons are set out in the accompanying text.

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2018] A.N.-B. nº 181

Appel entendu et jugement rendu :
le 15 novembre 2018

Motifs déposés :
Le 8 février 2019

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

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

Pour les intimés Marc Henrie et Nadine Arsenault :

Basile Chiasson, c.r., et André Daigle

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

Pour l'intervenant Conseil d'éducation du district scolaire francophone nord-est :
Michel Doucet, c.r.

LA COUR

Le 15 novembre 2018, la Cour a accueilli l'appel, annulé la décision rendue en première instance et rejeté la requête en révision judicaire sous-jacente, avec motifs à suivre. Ces motifs sont énoncés dans le texte ci-joint.

Motifs de jugement rendu par

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction

[1] Le droit à l'éducation en français dans des écoles distinctes a été difficilement acquis au Nouveau-Brunswick, et la qualité de cette éducation est une préoccupation constante pour les parents qui souhaitent voir leurs enfants et leur communauté en profiter pleinement. Il en est de même pour les enseignants et enseignantes, et les autres responsables de la qualité de cette éducation, y compris les gestionnaires des écoles où elle est dispensée. Toute démarche pouvant mener à la fermeture d'une de ces écoles est particulièrement anxiogène pour les parents, et il ne faut pas s'étonner qu'elle provoque, à l'occasion, une levée de boucliers de leur part. C'est ce qui s'est produit en l'espèce.

[2] L'article 3.1 de la *Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 1997, ch. E-1.12 (« *Loi* ») autorise un conseil d'éducation de district à fermer une école qui relève de sa responsabilité s'il obtient préalablement le consentement du ministre de l'Éducation et du Développement de la petite enfance. Le 8 avril 2016, le Ministre a consenti à la fermeture de l'école de Saint-Paul-de-Kent (la « décision du Ministre »), donnant ainsi son imprimatur à ce qui, selon lui, constituait une résolution en faveur de sa fermeture prise par le Conseil d'éducation du district scolaire francophone sud après qu'il eut constaté sa non-viabilité. Cette constatation a été faite au terme d'une étude de viabilité menée en conformité avec la politique du Ministère portant sur le sujet, soit la Politique 409 (« Planification pluriannuelle de l'infrastructure scolaire »). L'école est fermée depuis le mois de juin 2016 et les élèves affectés ont été placés dans d'autres écoles relevant du Conseil d'éducation du district scolaire francophone sud.

[3] Marc Henrie et Nadine Arsenault (les « requérants ») ont demandé l'annulation de la décision du Ministre par voie de requête en application de la règle 69

des *Règles de procédure*. Un juge de la Cour du Banc de la Reine a accueilli leur demande, avec des dépens de 10 000 $, et il leur a accordé diverses mesures de redressement dont plusieurs n'avaient pas été sollicitées dans l'avis de requête.

[4] Le Ministre interjette appel, invoquant les moyens suivants à l'appui de sa prétention que la décision en première instance devrait être écartée et que les requérants devraient être déboutés de leur demande de contrôle judiciaire, sans qu'ils soient condamnés au paiement des dépens :

> 1. Le juge de la requête a commis une erreur d'interprétation et d'application des principes juridiques et des faits pertinents à une requête en demande de révision judiciaire d'une décision ministérielle en vertu de la Règle 69:
>
> a. en ordonnant un remède qui n'était pas réclamé et qui n'était pas disponible dans le cadre de la requête;
>
> b. en concluant que le Ministre a manqué à ses obligations d'équité procédurale et, plus particulièrement, en adressant uniquement la question d'attente légitime dans le cadre de son analyse; et
>
> c. en concluant que la décision du Ministre n'était pas raisonnable.
>
> 2. Compte tenu des faits et des plaidoiries en l'espèce et contrairement à la jurisprudence pertinente, le juge de la requête a commis une erreur:
>
> a. en concluant que le Ministre a agi de manière erronée et de façon contraire à l'article 3.1 de la *Loi sur l'éducation;* et
>
> b. en inférant un sens particulier et des objectifs précis à la Politique 409, sans preuve à l'appui, et en imputant des intentions particulières au Ministre et au gouvernement malgré l'absence d'une réclamation ou d'une allégation quelconque à cet effet dans la requête.

3. Le juge de la requête a commis une erreur:

   a. en considérant l'obtention d'une étude sociolinguistique effectivement comme une obligation constitutionnelle au sens de l'application de l'article 23 de la *Charte;* et

   b. dans son analyse du rôle, des intérêts et des pouvoirs du Ministre, du gouvernement et des conseils d'éducation de district en vertu de l'article 23 de la *Charte.*

4. Le juge de la requête a commis une erreur en ordonnant, sans analyse et sans motifs, au Ministre de payer aux requérants des dépens de $10,000.00 ainsi que le remboursement de leurs débours raisonnables contrairement à la jurisprudence pertinente et sans tenir compte de l'historique des procédures judiciaires en l'espèce.

Comme on peut le constater, vient s'ajouter aux débats en appel la question de la compétence du juge de fonder sa décision sur des motifs qui n'avaient pas été invoqués dans l'avis de requête et d'accorder des mesures de redressement qui n'y étaient pas sollicitées.

[5] Après avoir entendu les parties, nous avons accueilli l'appel, séance tenante, avec motifs à suivre. Voici les motifs qui m'ont porté à joindre ma voix à celle de mes collègues pour prescrire ce dispositif.

II. Le Contexte

[6] Hormis la question de l'application de l'art. 23 de la *Charte* et la mise en cause de la compétence juridictionnelle du juge de la requête en ce qui concerne les mesures de redressement, les débats ont à tout le moins effleuré les questions que la Cour a abordées dans l'arrêt *Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l'Éducation c. Kennedy et autres*, 2015 NBCA 58, [2015] A.N.-B. nº 251 (QL). Il convient donc de reprendre sa description des éléments pertinents du contexte général.

[7] Il y a deux secteurs d'éducation distincts dans la province. L'un est composé des districts scolaires de langue française et l'autre, des districts scolaires de langue anglaise. Un conseil d'éducation de district a été constitué pour chaque district scolaire. En vertu du par. 36.11(1) de la *Loi*, les conseils sont des corps constitués dont les membres sont, pour la plupart, élus par la collectivité. Le mandat habituel de chaque conseiller élu ou réélu est de quatre ans.

[8] Les conseils d'éducation de district ont la charge de gérer les écoles situées dans le district scolaire pour lequel ils ont été établis. Chaque conseil reçoit annuellement un budget qui est censé lui permettre de s'acquitter de cette responsabilité.

[9] Comme on peut s'y attendre, une insuffisance budgétaire prévue peut amener un conseil d'éducation de district à envisager la possibilité de fermer une école relevant de sa compétence. Toutefois, et comme je l'ai indiqué, une fermeture ne peut avoir lieu sans le consentement du Ministre. La Politique 409 énonce le processus qu'un conseil est appelé à suivre pour le cas où il voudrait obtenir le consentement du Ministre à une fermeture d'école. Dans l'affaire *Kennedy*, la Cour a statué que la Politique 409 n'est pas un code rigide juridiquement contraignant, mais un guide pratique utile aux conseils d'éducation de district qui désirent obtenir le consentement du Ministre à la fermeture d'une école (par. 77).

[10] Le paragraphe 6.4.4 de la Politique 409 identifie huit critères à considérer dans le cadre d'une étude de viabilité, mais un conseil d'éducation peut examiner d'autres facteurs se rapportant à la situation locale. Les critères spécifiés sont la baisse des inscriptions ou le faible nombre d'inscriptions; la santé et la sécurité; la qualité des programmes et des services éducatifs; le transport scolaire; les finances; l'impact sur la localité, y compris les conséquences sur la culture et la langue; l'impact sur d'autres écoles et le développement économique.

[11] Le paragraphe 6.5.4 prévoit la tenue d'au moins trois réunions publiques sur la fermeture possible d'une école. La première réunion vise principalement à informer

la « communauté scolaire » concernée de l'intention du conseil. La deuxième donne à la communauté la possibilité d'effectuer une présentation écrite ou orale concernant la proposition du conseil de fermer une école. La dernière réunion a lieu afin de communiquer à la « population » les résultats du processus de consultation, les recommandations soumises au ministre et un aperçu des prochaines étapes à suivre dans le processus.

[12] Le paragraphe 6.6.3 dispose que lorsqu'il est informé de la recommandation du conseil en faveur de la fermeture, le Ministre doit l'examiner en fonction des principes de l'équité de la procédure, en considérant les facteurs pris en compte pendant le processus de consultation publique. Ce paragraphe dispose ensuite que le Ministre peut approuver la recommandation, ou la rejeter si, à son avis, « les principes de l'équité de la procédure n'ont pas été respectés ou si les options éducatives pertinentes n'ont pas été considérées ».

[13] Les parties clefs de la Politique 409 sont la définition de l'expression « équité de la procédure », l'Annexe C, dans la mesure où elle se rapporte au paragraphe 6.4.4 (les critères d'évaluation), et le paragraphe 6.4.4-6 :

> Équité de la procédure désigne la responsabilité des organismes administratifs d'adopter des processus de prise de décisions qui permet[tent] un apport réel des personnes dont les intérêts et les privilèges peuvent être touchés. Ceci comprend certaines exigences incluant l'occasion aux personnes concernées de se faire entendre et de fournir aux districts scolaires la possibilité de recevoir et d'examiner l'information avant qu'une recommandation soit soumise au Ministre.
>
> 6.4 Déterminer la viabilité d'une école
>
> […]
>
> 6.4.2 Le CED doit informer le ministre par écrit de son intention d'étudier la viabilité d'une école. L'étude peut inclure un résultat parmi plusieurs : maintenir le statu quo, réparer l'école, fermer l'école et placer les élèves ailleurs.

6.4.4 Le CED doit tenir compte des critères ci-dessous en étudiant la viabilité d'une école. La liste de critères n'empêche pas le CED d'examiner d'autres facteurs se rapportant à la situation locale.

1. *Baisse des inscriptions ou faible nombre d'inscriptions* : impact sur le milieu d'apprentissage. (Le nombre d'inscriptions a-t-il atteint un seuil critique, ou diminuera-t-il de façon importante au cours des prochaines années?) Les tendances et les prévisions en ce qui concerne les inscriptions doivent être prises en compte.

2. *Sante et sécurité* : l'intégrité structurale du bâtiment; la qualité de l'air intérieur et de l'eau; les situations présentant une menace importante pour la santé ou la sécurité; les systèmes de sécurité-incendie, la sécurité des terrains et des aires de jeux de l'école.

3. *Qualité des programmes et des services éducatifs* : pertinence des établissements pour la prestation du programme d'études et les services aux élèves. Cela inclut les installations disponibles, la diversité des programmes éducatifs et l'augmentation des possibilités d'apprentissage advenant la fermeture d'une école, l'inscription par niveau ou de classe mulitniveaux et le ratio enseignant-élèves dans les écoles concernées, ainsi que l'aptitude à répondre aux besoins de tous les élèves, y compris les élèves ayant des besoins particuliers.

4. *Transport scolaire* : le temps passé dans des moyens de transport et le coût du transport.

5. *Finances* : les frais d'exploitation, y compris la dotation en personnel et les services d'utilité publique, l'état des bâtiments, les coûts d'immobilisation à court et à long terme et les modifications nécessaires à l'école ou aux écoles pour accueillir les élèves transférés.

6. *Impact sur la localité* : la participation des parents et la faisabilité de la participation continue des parents, surtout à l'école primaire, le soutien de la collectivité, le lien qui unit l'école à la localité et les conséquences sur la culture et la langue et la question de savoir si l'école est la seule dans la collectivité, surtout au niveau primaire.

> 7. *Impact sur d'autres écoles* : impact sur les écoles d'où arrivent les élèves et sur les écoles qui les reçoivent.
>
> 8. *Développement économique* : considération des projets de développement économique prévus et à venir dans la localité ou dans la région environnante.
> [Le souligné dans le texte du paragraphe 6.4.4-6 est le mien.]

[14] L'étude de la viabilité de l'école Saint-Paul et les démarches connexes ont été complétées de mai 2015 à février 2016. Au terme de cet exercice, les options étaient les suivantes : maintenir le statu quo, réparer l'école ou la fermer et placer les élèves dans un autre établissement. Le Conseil d'éducation a conclu qu'il y avait lieu de recommander au Ministre la fermeture de l'école et, le cas échéant, de placer les élèves dans d'autres écoles francophones à proximité de Saint-Paul.

[15] Le 14 décembre 2015, le Conseil d'éducation a obtenu un avis juridique portant sur ses obligations aux termes de l'art. 23 de la *Charte* dans le cadre d'une étude de viabilité. L'auteur invitait le Conseil à procéder avec prudence et à « demander une étude sociolinguistique de la zone desservie par l'école », évoquant le risque de poursuite pour violation de l'art. 23 dans l'éventualité où une telle étude ne serait pas effectuée.

[16] Le 2 février 2016, le Conseil a adopté la résolution suivante :

> Sur une proposition dûment appuyée, et suite à la demande du ministère de l'Éducation et du Développement de la Petite enfance d'effectuer une étude de viabilité pour l'école St-Paul :
>
> Attendu que le [Conseil] a respecté la politique provinciale 409;
>
> Attendu qu'une analyse minutieuse des données recueillies dans le cadre de l'étude de viabilité de l'école St-Paul a été faite;
>
> Attendu que l'évaluation de ces données démontre que l'école St-Paul n'est pas viable;

> Qu'il soit résolu que le [Conseil] recommande au ministre de s'assurer que la fermeture de l'école St-Paul respecte l'article 23 de la Charte des droits et libertés.

[17] Par la suite, certains observateurs ont fait valoir que la résolution mettait en œuvre une délégation inadmissible au Ministre des obligations du Conseil d'éducation aux termes de l'art. 23 de la *Charte*. Le Conseil a décidé de solliciter un avis juridique additionnel portant sur la légalité et la constitutionnalité de ses démarches.

[18] Le Conseil d'éducation a subséquemment reçu deux avis juridiques, dont celui de Me Michel Bastarache, c.r., une sommité en matière de droits linguistiques, confirmant que ses démarches étaient conformes à la Politique 409 et à l'art. 23 de la *Charte*, et qu'une étude sociolinguistique n'était pas requise.

[19] Rassuré quant à la légalité de son parcours, le Conseil d'éducation a adopté la résolution du 16 mars 2016 :

> Attendu que le [Conseil] a convenu par voie de résolution du 2 février 2016 que le ministre de l'Éducation s'assure que la fermeture de l'école Saint-Paul « respecte l'article 23 de la Charte » ;
>
> <u>Attendu que le [Conseil] désire réitérer sa recommandation de fermeture de l'école Saint-Paul aux termes de sa résolution du 2 février 2016</u> ;
>
> Attendu que le [Conseil] est satisfait des avis juridiques récemment obtenus portant sur l'article 23 de la Charte; et
>
> Attendu que l'avis juridique obtenu en date d'aujourd'hui confirme que le [Conseil] a respecté l'article 23 de la Charte dans le cadre de son Étude de viabilité de l'école Saint-Paul ;
>
> Qu'il soit résolu que le [Conseil] écrive au ministre de l'Éducation pour mettre à exécution les recommandations retrouvées dans l'avis juridique obtenu.
>
> [J'ai souligné.]

[20] Dans l'avis juridique auquel la résolution du 16 mars 2016 fait allusion, l'auteur indiquait au Conseil que ses démarches préalables à la recommandation de fermeture étaient conformes au droit et à ses obligations en vertu de l'art. 23 de la *Charte*, et il lui recommandait de laisser au Ministre le soin de déterminer si une étude sociolinguistique était requise « pour s'assurer, de son côté, à veiller au respect de l'article 23 » (j'ai souligné).

[21] Conformément à la résolution du 16 mars 2016, le Conseil a fait parvenir au Ministre une lettre datée du 18 mars dans laquelle il affirme que : (1) le Conseil « a déjà rendu sa recommandation de fermer l'école Saint-Paul dans le cadre de l'étude de viabilité du 2 février 2016 »; (2) le Conseil a réitéré sa recommandation en faveur de la fermeture de l'école par la résolution du 16 mars 2016; (3) il n'y a pas lieu pour le Conseil de modifier sa recommandation de fermeture; (4) le Conseil n'entendait pas commander une étude sociolinguistique portant sur les effets de la fermeture « sur le maintien et le développement de la langue et de la culture de l'ensemble des ayants-droit et des membres de la communauté concernée »; et (5) le Conseil laissait au Ministre le soin de déterminer si une telle étude était indiquée.

[22] Pour leur part, les opposants à la fermeture, y compris les requérants, poursuivaient leurs efforts en vue de faire reporter toute décision ministérielle jusqu'à la réalisation et la prise en considération d'une étude sociolinguistique. À cette fin, ils ont convaincu le Conseil d'éducation de tenir une réunion d'urgence afin de considérer l'opportunité de demander au Ministre un moratoire d'un an pour toute démarche visant à mettre en œuvre la fermeture de l'école Saint-Paul.

[23] Au terme de cette réunion, qui a eu lieu le 31 mars 2016, le Conseil a adopté la résolution suivante :

> ATTENDU QU'une Mise en contexte comporte tous les éléments factuels pertinents qui ont donné lieu à la tenue de la présente réunion extraordinaire et que ladite Mise en contexte est donc annexée à la présente Résolution à titre de pièce de référence;

> ATTENDU QUE le Ministre n'a toujours pas pris de décision relative à la recommandation de fermer l'École et qu'une décision ne saurait tarder sur ce plan compte tenu des échéanciers prévus à la politique 409;
>
> ATTENDU QUE le [Conseil] ne s'est pas opposé à la demande de certains parents et membres de la communauté de Saint-Paul-de-Kent qu'une étude sociolinguistique puisse être obtenue auprès du Ministre Rousselle et que le [Conseil] a même fait valoir cette demande particulière auprès du Ministre;
>
> QU'IL SOIT résolu que le [Conseil] accepte la demande d'étude sociolinguistique telle que formulée par certains parents et membres de la communauté de Saint-Paul-de-Kent et que les démarches soient immédiatement mises en branle par le [Conseil] auprès du Ministre de l'Éducation pour commander l'étude sociolinguistique et statistique aux termes des propositions de services des deux centres/instituts de recherche de l'Université de Moncton; et
>
> QU'EN conséquence à la résolution précitée, que la demande de moratoire de certains parents et membres de la communauté de Saint-Paul-de-Kent soit entérinée seulement pour la période de l'année scolaire 2016-2017 requise pour entamer et compléter les études sociolinguistique et statistique et qu'une lettre soit acheminée au Ministre Rousselle pour l'aviser de la décision du [Conseil]; et
>
> QUE dès la réception des études sociolinguistique et statistique comme susmentionnée, le [Conseil] prendra connaissance de celle-ci pour déterminer s'il y a des données ou de l'information nouvelles qui auraient pour effet de changer sa recommandation de fermeture de l'école Saint-Paul.

[24] Le 1er avril 2016, le Conseil a fait parvenir une lettre au Ministre dans laquelle il confirmait ne pas insister sur une étude sociolinguistique et qu'un moratoire n'était indiqué que dans le cas où le Ministre accepterait de commander une telle étude. Le même jour, le Conseil émettait un communiqué dans lequel il affirmait : (1) que la résolution du 31 mars n'annulait pas la résolution du 2 février recommandant la

fermeture de l'école Saint-Paul; (2) qu'il appartenait au Ministre de décider s'il y avait lieu de commander une étude sociolinguistique; et (3) que le moratoire d'un an ne devait être mis en place que si, et seulement si, le Ministre acceptait de commander l'étude sociolinguistique.

[25] Le 8 avril 2016, le Ministre a rendu sa décision. Dans la lettre qu'il a fait parvenir au Conseil, le Ministre prend acte de la résolution du 2 février 2016 en faveur de la fermeture de l'école Saint-Paul et expose de façon détaillée les circonstances qui l'ont porté à y consentir. J'y reviendrai.

[26] Par avis de requête daté du 6 juillet 2016, les requérants ont demandé à la Cour du Banc de la Reine d'exercer sa compétence en application de la règle 69 des *Règles de procédure* et de rendre une ordonnance annulant la décision du Ministre et lui renvoyant l'affaire pour reconsidération. S'il est vrai qu'à l'origine les requérants avaient aussi demandé une « injonction interlocutoire mandatoire forçant la réouverture de l'école Saint-Paul » et, accessoirement à cette demande, une ordonnance prescrivant au Ministre et au Conseil d'éducation de prendre les mesures nécessaires afin que l'école « soit maintenue ouverte dans sa mission d'origine » dès la rentrée scolaire en septembre 2016, ces demandes n'étaient plus en jeu lorsque la requête a été entendue en août et novembre 2017, et encore moins lorsque la décision frappée d'appel a été rendue le 17 mai 2018.

[27] En définitive, et comme le juge l'a lui-même constaté, « ce n'est en réalité que la décision du Ministre du début avril 2016 dont les Requérants demandent l'annulation ». Le juge a également correctement reconnu que l'avis de requête ne renfermait : (1) aucune « attaque » à l'encontre d'une quelconque décision ou démarche du Conseil d'éducation; ou (2) aucune demande de redressement qui visait le Conseil d'éducation. Nonobstant ces constatations, le juge n'a pas renvoyé l'affaire au Ministre, comme l'avis de requête le lui demandait; il a choisi d'annuler toutes les décisions et démarches du Conseil d'éducation relatives à la viabilité et à la fermeture de l'école

Saint-Paul, y compris la décision initiale du Conseil d'éducation en mai 2015 d'effectuer une étude de sa viabilité.

[28] Somme toute, le juge a écarté la décision du Ministre pour les motifs suivants : (1) la décision n'était pas juridiquement autorisée, étant donné qu'elle avait été rendue sans une recommandation « claire, non-équivoque et définitive » de la part du Conseil d'éducation en faveur de la fermeture de l'école; et (2) la décision portait atteinte au droit des requérants à l'équité procédurale. Cette atteinte aurait résulté du fait que le Ministre avait rendu sa décision sans mener une étude sociolinguistique conformément à leurs « attentes légitimes ».

III. Analyse et décision

[29] Avec égard, la décision du juge ne résiste pas à l'examen. Cela dit, dans le cadre d'un appel comme celui-ci, la Cour doit décider si le juge a cerné la norme de contrôle indiquée et s'il l'a appliquée correctement. Pour trancher cette dernière question, nous devons nous mettre à la place du juge et faire porter le faisceau de notre analyse sur la décision administrative (voir *Kennedy*, au par. 81, *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 60 c. Ville d'Edmundston*, 2016 NBCA 3, 445 R.N.-B. (2e) 180, au par. 11 et *O'Connell, en sa qualité de registraire des véhicules à moteur de la province du Nouveau-Brunswick c. Maxwell*, 2016 NBCA 37, 451 R.N.-B. (2e) 283). Comme la Cour le soulignait dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3515 c. Ville de Dieppe*, 2019 NBCA 11, il va de soi néanmoins que cette démarche n'exclut pas la prise en considération des représentations, des aveux et des motifs de jugement formulés en première instance.

[30] À mon avis, le juge chargé de la révision a bien cerné la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à l'interprétation par le Ministre de la *Loi* et de l'art. 23 de la *Charte*, soit celle de la décision correcte. Il en est de même pour la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait du Ministre et à sa décision sur le fond, soit celle de la décision raisonnable. Le juge a aussi décidé correctement qu'il n'avait pas à appliquer une norme déférente à la conclusion du Ministre que le Conseil s'était acquitté de ses

obligations en matière d'équité procédurale; il lui fallait tout simplement déterminer si l'équité procédurale, plus précisément la doctrine des « attentes légitimes », avait été respectée. Toutefois, je suis d'avis que le juge a outrepassé sa compétence en accordant des mesures de redressement qui n'étaient pas sollicitées dans l'avis de requête et qu'il a mal appliqué les normes de contrôle pertinentes en annulant la décision du Ministre.

A. *La compétence du juge aux termes de la règle 69.02(2)*

[31] Voici l'intégralité du dispositif que le juge a prescrit :

> [1] La décision du Ministre, de fermer l'école Saint-Paul, et telle que prise au début avril, 2016, est déclarée invalide;
>
> [2] Le Ministre de l'éducation et du développement de la petite enfance doit fournir la coopération et l'assistance nécessaires au Conseil d'éducation du district francophone sud, afin que ce Conseil se retrouve à sa position d'avant mai 2015;
>
> [3] Le Ministre et le Conseil doivent de plus s'activer par rapport à la communauté de Saint-Paul-de-Kent, de sorte à « reculer l'horloge » au mois de mai 2015, soit avant cette décision où le Conseil acceptait d'effectuer une étude de viabilité de l'école Saint-Paul;
>
> [4] La « Politique 409 » du Ministère de l'éducation doit dorénavant être traitée pour ce qu'elle est : soit une simple source ministérielle de « suggestions » étant ni contraignante à l'endroit du Ministre mais surtout ni contraignante à l'endroit des conseils d'éducation de district;
>
> [5] Le Ministre doit payer aux requérants des dépens qui sont établis à dix mille dollars (10,000.00 $) et en plus leur rembourser leurs débours raisonnables;
>
> [6] La Greffière adjointe de la cour devra signer un jugement en conséquence, lequel lui aura été présenté par voie de projet par la partie requérante;

> [7] La cour demeurera disponible à toute demandes éventuelles de directives, venant des parties, en autant toutefois que ces demandes soient déposées par motion et au plus tard 30 jours après leur réception des présentes. [par. 116-122]

[32] Il est indéniable que les décisions d'un conseil d'éducation de district sont « assujetties […] aux droits individuels de personnes visées par l'art. 23 » de la *Charte* (voir *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, [2000] A.C.S. n° 1 (QL), par. 62) et que les requérants sont visés par cette disposition. Ils pouvaient donc solliciter dans leur avis de requête les mesures de redressement [2], [3], [4] et l'ordonnance accessoire [7] que le juge a accordées. Ces mesures invalident l'étude de viabilité et la recommandation du Conseil d'éducation de fermer l'école Saint-Paul. Or, les requérants ont jugé bon de ne pas solliciter de telles mesures de redressement. La pertinence de ces observations est tributaire de la règle 69.09(2), qui interdit toute mesure de redressement qui n'a pas été sollicitée dans l'avis de requête original ou modifié.

[33] La règle 69.09(2) vise à assurer l'équité procédurale en limitant les débats aux motifs invoqués et en interdisant toute mesure de redressement qui n'a pas été demandée dans l'avis de requête original ou modifié. Il s'agit de circonscrire avec clarté les débats et de fermer la porte aux tentatives de litige par embuscade. Fait tout aussi important, la règle a également pour objectif de consacrer le caractère exceptionnel du contrôle judiciaire prévu à la règle 69,

[34] Il s'ensuit de l'application de la règle 69.09(2) que les seules mesures de redressement que le juge était en droit d'accorder étaient l'annulation de la décision du Ministre, une ordonnance lui renvoyant l'affaire pour reconsidération et, bien entendu, une ordonnance de dépens.

[35] Cela dit, je suis également d'avis qu'aucun élément du dossier ne justifie les mesures de redressement [2], [3] et [4] et l'ordonnance accessoire [7]. En effet, à la lecture du dossier, force est de constater que le Conseil d'éducation n'a pris aucune

décision ou entrepris aucune démarche qui était interdite en droit ou déraisonnable. Cela m'amène à la décision visée par la demande en annulation des requérants.

B. *La décision du Ministre*

[36] La décision du Ministre est exposée de façon circonstanciée dans sa lettre du 8 avril 2016 au président du Conseil d'éducation. En effet, la lettre touche à divers chantiers d'analyse portant sur les sujets suivants : (1) la résolution du 2 février 2016 recommandait-elle la fermeture de l'école? ; (2) le cas échéant, cette recommandation était-elle toujours en vigueur au moment de la décision ministérielle du 8 avril 2016 ou s'était-elle mutée en recommandation conditionnelle à la réalisation d'une étude sociolinguistique? ; (3) le Conseil d'éducation avait-il agi dans le respect des principes d'équité procédurale? ; et (4) le Conseil avait-il manqué à ses obligations aux termes de l'art. 23 de la *Charte* en ne commandant pas une étude sociolinguistique?

(1) <u>La résolution du 2 février 2016</u>

[37] Le Ministre a conclu que le Conseil avait bel et bien recommandé la fermeture de l'école Saint-Paul par l'entremise de sa résolution du 2 février 2016 et que cette résolution ouvrait la voie à l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'article 3.1 de la *Loi*. Voici les propos du Ministre sur le sujet :

> La présente fait suite à votre lettre du 4 février 2016 m'informant que le Conseil d'éducation du district scolaire francophone sud a adopté la résolution suivante : « Attendu que le [Conseil] a respecté la politique 409 ; Attendu qu'une analyse minutieuse des donnée recueillies dans le cadre de l'étude de viabilité de l''école St-Paul a été faite ; Attendu que l'évaluation de ces données démontre que l'école St-Paul n''est pas viable ; Qu'il soit résolu que le [Conseil] recommande au ministre de s'assurer que la fermeture de l'école St-Paul respecte l'article 23 de la *Charte des droits et libertés* »
>
> Après un examen approfondi des renseignements fournis en appui à cette recommandation, et en vertu de la *Politique*

> *409 - Planification pluriannuelle de l'infrastructure scolaire,* je suis convaincu que les principes en matière d'équité procédurale ont été respectés. Les huit critères ont fait l'objet de consultations appropriées et ont dûment été pris en considération en vertu de l'article 6.4.4 de la politique et toutes les options éducatives pertinentes ont été évaluées.
>
> […]
>
> Ainsi, je constate que, parmi les facteurs, vous avez tenu compte, entre autres : du nombre d'inscriptions et de leur tendance; de la qualité des programmes et des services éducatifs, avec une évaluation des avantages et des inconvénients selon les divers scénarios; du transport scolaire, avec une évaluation des avantages et inconvénients de chaque élément considéré selon les divers scénarios; des finances, avec une évaluation des avantages et inconvénients de chaque élément considéré selon les divers scenarios; de l'impact sur la localité, y compris les questions de langue et de culture, ainsi que de l'impact sur le développement économique et sur les autres écoles de la minorité de la région.
>
> […]
>
> Tout compte fait, j'accepte votre recommandation du 2 février dernier de fermeture de l'école Saint-Paul dès la fin de la présente année scolaire étant donné que je partage votre opinion que le nombre d'élevés en cause rend cette école non viable compte tenu des facteurs pédagogiques et financiers qui ressortent clairement du dossier que vous m'avez fait parvenir le 4 février dernier, décision qui est confortée par l'ensemble de la documentation reçue par la suite.

[38] S'il est vrai que la résolution du 2 février 2016 ne renferme pas une recommandation explicite en faveur de la fermeture de l'école Saint-Paul, cette recommandation est implicite, compte tenu de l'effet cumulatif des éléments suivants du libellé de la résolution : l'exhortation au Ministre de s'assurer du respect de l'art. 23 de la *Charte* ainsi que la constatation que le Conseil avait respecté la Politique 409 et que les données recueillies dans le cadre de l'étude de viabilité démontraient la non-viabilité de l'école. Par ailleurs, la lettre du 4 février 2016 qui avisait le Ministre de la résolution du 2

février 2016 n'a de sens que si l'objet de la résolution était de recommander la fermeture de l'école. Enfin, la résolution du 16 mars 2016 est claire et univoque : le Conseil confirme qu'il avait recommandé la fermeture de l'école aux termes de sa résolution du 2 février 2016, et il réitère cette recommandation.

[39] Pour ces motifs, je suis d'avis que le Ministre pouvait raisonnablement conclure que le Conseil d'éducation avait recommandé la fermeture de l'école Saint-Paul par sa résolution du 2 février 2016. De fait, j'estime que cette conclusion était incontournable.

(2) La résolution du 1er avril 2016

[40] Au terme d'une étude de viabilité, les résultats envisageables sont le maintien du statu quo, la réparation de l'école ou sa fermeture et le placement des élèves dans un autre établissement scolaire. Dans l'affaire *Kennedy*, la Cour a fait remarquer que le libellé de l'art. 3.1 de la *Loi* n'assujettit le consentement du Ministre à aucune condition préalable. Cette constatation a porté la Cour à conclure que l'art. 3.1 confère au Ministre une discrétion absolue en la matière (voir par. 65, 67, 68 et 74). Bien entendu, cette discrétion ne saurait s'exercer en violation d'une autre disposition législative, des principes de droit pertinents, notamment la théorie des attentes légitimes, ou de la Constitution. Cela étant, on peut douter de la compétence d'un conseil d'éducation d'assortir une recommandation de fermeture d'une quelconque condition qui aurait pour objet et effet de restreindre l'exercice par le Ministre de son pouvoir discrétionnaire en application de l'art. 3.1.

[41] Quoi qu'il en soit, il appert de sa décision que le Ministre a conclu que la recommandation de fermeture du 2 février 2016 était toujours en vigueur au moment de sa décision, soit le 8 avril 2016, et que la résolution du 1er avril n'avait pas pour objectif et effet de la rendre conditionnelle à la réalisation d'une étude sociolinguistique. J'estime que cette conclusion était non seulement raisonnable et donc justifiée, mais qu'elle s'imposait.

[42] Cela dit, il est indéniable que la résolution du 1er avril peut être interprétée comme un appui à la demande des requérants qu'une étude sociolinguistique soit commandée par le Ministre. Il n'en demeure pas moins que la résolution n'annule pas la recommandation inconditionnelle du 2 février 2016 en faveur de la fermeture de l'école. D'ailleurs, la lettre du Conseil au Ministre et son communiqué datés du 1er avril sont on ne peut plus clairs sur le sujet : le Conseil n'insistait pas sur une étude sociolinguistique et il ne demandait un moratoire que si et seulement si le Ministre décidait de commander une telle étude. J'estime que les observations du Ministre sur cette question ne renferment aucune erreur :

> C'est dans cet esprit que j'ai reçu vendredi dernier vos derniers envois comprenant une lettre datée du 1er avril 2016 incluant un document de mise en contexte, ainsi qu'un communiqué de presse portant la même date. Je comprends à la lecture de ces textes que votre souci d'un travail constitutionnel bien fait se poursuit et que vous faites l'objet de pression de la part de gens bien intentionnés qui tiennent profondément à leur école. Cependant, à la lecture du dossier que vous m'avez remis le 4 février dernier, je ne doute nullement que vous avez pleinement respecté les exigences de la politique 409 et celles de l'article 23 de la *Charte des droits et libertés.*
>
> En ce sens, à lui seul et pour répondre à votre envoi de la semaine dernière qui m'a énormément fait réfléchir, le dossier reçu le 4 février me convainc qu'il n'est pas nécessaire de tenir de quelconques études supplémentaires, d'autant qu'ici encore votre documentation exhaustive du 18 mars me conforte dans ma décision.
>
> Tout compte fait, j'accepte votre recommandation du 2 février dernier de fermeture de l'école Saint-Paul dès la fin de la présente année scolaire étant donné que je partage votre opinion que le nombre d'élevés en cause rend cette école non viable compte tenu des facteurs pédagogiques et financiers qui ressortent clairement du dossier que vous m'avez fait parvenir le 4 février dernier, décision qui est confortée par l'ensemble de la documentation reçue par la suite.
>
> […]

> Je tiens à préciser que cette décision s'inscrit dans ce qui m'apparaît la logique des derniers envois reçus de vous en date du 1er avril 2016. D'ailleurs, vous indiquez dans votre communiqué de presse que vous n'êtes pas opposé à la tenue d'une nouvelle étude sociolinguistique et statistique, mais que :
>
> > « Le Conseil croit toujours que l'école Saint-Paul n'est pas viable en vertu des huit critères qui ont été études dans le cadre du processus défini dans la politique 409 du ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance. Nous demeurons toujours confiants, selon les avis juridiques que nous avons obtenus, que nous avons respecté l'article 23 de la *Charte des droits et libertés* et que nous avons pris une décision éclairée. Si toutefois une étude sociolinguistique et statistique venait nous apporter de nouvelles informations, nous les analyserons attentivement. »
>
> Or, étant donné tout ce qui précède et compte tenu de l'ensemble de vos envois reçus depuis le début février, je ne vois pas la nécessite de tenir de quelconques nouvelles études. Ainsi, je ne crois pas nécessaire d'accorder un moratoire, puisque, comme vous le précisez dans votre communique de vendredi dernier, le conseil demande « à ce qu'un moratoire soit mise en place advenant que et seulement si » je crois nécessaire de mener une étude sociolinguistique et statistique.
>
> [J'ai souligné.]

(3) L'équité procédurale et la théorie des attentes légitimes

[43] Un seul élément des obligations en matière d'équité procédurale est mis en cause : le Ministre aurait fait défaut de respecter les attentes légitimes des requérants en avalisant la recommandation de fermeture sans une étude sociolinguistique. Rappelons qu'aux termes du paragraphe 6.6.2 de la Politique 409, le Ministre fait l'examen d'une recommandation visant la fermeture d'une école en fonction des principes de l'équité de la procédure et des facteurs qui ont été pris en compte au cours du processus de consultation, et il peut soit l'approuver ou la rejeter si ces principes n'ont pas été respectés ou si les options éducatives pertinentes n'ont pas été considérées. Dans l'affaire

Kennedy, la Cour a statué que le paragraphe 6.6.2 donne ouverture à l'application judicieuse de la théorie des attentes légitimes :

> Cela dit, je reconnais que le paragraphe 6.6.2 suscite des attentes légitimes chez les parents des élèves touchés, à savoir notamment l'obligation du Ministre d'envisager sérieusement de rejeter une recommandation en vue de la fermeture d'une école dans le cas où : (1) le conseil n'a pas respecté les principes de l'équité de la procédure, selon la définition qui en est donnée dans la Politique 409; et (2) les facteurs et les options éducatives pertinents n'ont pas tous été examinés dans le cadre du processus de consultation publique. [par. 14]

[44] La définition de l'équité procédurale prévue à la Politique 409 n'inclut pas la théorie des attentes légitimes. Il s'ensuit que le paragraphe 6.6.2 ne peut constituer un fondement juridique pour l'application de la théorie en question. Pour que la théorie des attentes légitimes trouve application en l'espèce, il faudrait que les attentes des requérants soient fondées sur des déclarations du Conseil ou du Ministre « au sujet des procédures qu'il suivrait » pour rendre leurs décisions respectives, ou sur des pratiques procédurales que l'un ou l'autre avait « constamment suivi dans le passé, en prenant des décisions du même genre » : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au par. 94.

[45] Le dossier ne fait état d'aucune déclaration de la part du Conseil aux requérants portant que l'efficacité de la recommandation de fermeture du 2 février 2016 était conditionnelle à la réalisation et à la considération d'une étude sociolinguistique. Pour sa part, le Ministre ne s'est pas engagé à reporter sa décision jusqu'à la réalisation et la considération d'une telle étude. Par ailleurs, les requérants n'ont pas établi que l'un ou l'autre avait constamment exigé une telle étude par le passé avant de prendre des décisions en faveur de la fermeture d'une école. Il s'ensuit que la théorie des attentes légitimes ne s'applique pas en l'espèce.

(4) L'art. 23 de la Charte et la nécessité d'une étude sociolinguistique

[46] L'art. 23 de la *Charte* se lit comme suit:

Minority Language Educational Rights	Droits à l'instruction dans la langue de la minorité
Language of instruction	Langue d'instruction
23. (1) Citizens of Canada	23. (1) Les citoyens canadiens :
(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or	a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,	b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,
have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.	ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.
Continuity of language instruction	Continuité d'emploi de la langue d'instruction
(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.	(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.
Application where numbers warrant	Justification par le nombre
(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the	(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la

English or French linguistic minority population of a province	minorité francophone ou anglophone d'une province :
(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and	a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;
(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.	b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

[47] L'art. 23 confirme le droit des parents qui y sont visés de faire instruire leurs enfants dans la langue française lorsque « le nombre de ces enfants le justifie ». Deux facteurs, l'un pédagogique, l'autre financier, sont déterminants dans la décision portant sur la justification par le nombre : (1) les services appropriés, sur le plan pédagogique, au regard du nombre d'élèves en cause; et (2) le coût de ces services (voir *Arsenault-Cameron*, au par. 38).

[48] Corrélativement, l'art. 23 impose à la Province l'obligation de fournir un enseignement dans la langue française aux enfants des parents et dans les circonstances que l'article 23 vise. Je dégage de la jurisprudence émanant de la Cour Suprême du Canada que cette obligation enjoint notamment au gouvernement : (1) de faire « ce qui est pratiquement faisable » pour maintenir et promouvoir l'instruction prévue à l'art. 23; (2) de mettre en place des structures institutionnelles, tels le Conseil d'éducation, avec le mandat « de gérer et de contrôler l'enseignement et les établissements dans la langue de la minorité » et de décider « ce qui est le plus approprié d'un point de vue culturel et linguistique »; (3) d'éviter l'imposition de programmes qui affectent « de façon négative les préoccupations linguistiques et culturelles légitimes de la minorité »; et (4) de règlementer les questions à l'égard desquelles il a un intérêt légitime, comme le contenu et les normes qualitatives des programmes d'enseignement, la taille des écoles, les établissements, le transport et les regroupements d'élèves, « en tenant compte de la

situation particulière de la minorité et de l'objet de l'art. 23 » (voir *Arsenault-Cameron*, par. 26, 27, 36, 43 et 53).

[49] Il est acquis aux débats que les décisions afférentes à la fermeture d'une école et au placement des élèves dans un autre établissement scolaire doivent respecter les dispositions de la *Charte* dans la mesure où elles s'appliquent. Lorsque ces décisions portent sur une école qui relève de la compétence d'un conseil d'éducation de district francophone, la question de la pertinence de l'art. 23 de la *Charte* se pose. Évidemment, cette question n'entre pas en ligne de compte dans le cadre d'une fermeture d'école qui relève de la responsabilité d'un conseil d'éducation de district anglophone puisqu'il n'est pas visé par le libellé et l'objet de l'art. 23.

[50] Tel qu'indiqué, les parties conviennent que l'art. 23 s'applique à la fermeture d'une école qui relève de la compétence d'un conseil d'éducation de district francophone et au placement des élèves affectés dans une autre école, sans pour autant renvoyer à un arrêt qui porte sur la question. Quoi qu'il en soit, je ne doute aucunement de la pertinence de l'art. 23 au processus décisionnel prévu à la Politique 409 et à l'art. 3.1 de la *Loi*. Plus spécifiquement, j'estime que le consentement du Ministre ne saurait être confirmé en révision judiciaire s'il est fondé sur une recommandation d'un conseil d'éducation qui découle d'une atteinte aux droits que confère l'art. 23 de la *Charte*. À ce propos, je ne peux concevoir une situation où la cour serait en droit d'avaliser une décision ministérielle en application de l'art. 3.1 qui se fait complice d'une violation de la *Charte*. Reste à voir.

[51] À l'évidence, le Ministre partageait cet avis et ces préoccupations étant donné qu'il s'est longuement attardé sur la question de savoir si le Conseil d'éducation avait respecté ses obligations aux termes de l'art. 23 de la *Charte*. Voici les observations et les conclusions du Ministre sur le sujet:

> Cela dit, force est de constater que, à la suite de votre étude de viabilité de l'école Saint-Paul, votre recommandation de fermer celle-ci comprend une précision selon laquelle je

dois m'assurer que cette fermeture « respecte l'article 23 de la *Charte des droits et libertés* ».

À cet égard, je constate d'abord que, à titre de représentants de la minorité linguistique, vous avez pris la décision de me recommander la fermeture de l'école en cause et le transfert des enfants des ayants droit dans d'autres écoles de la minorité linguistique à proximité. À la lecture du dossier, il ressort également que cette décision a été prise à la suite d'une étude de viabilité de l'école Saint-Paul qui a tenu compte d'un grand nombre de facteurs, mais également des différents points de vue exprimés lors des consultations publiques auxquelles ont pris part des élèves, des parents et les membres de la communauté à la suite d'avis publics les invitant à participer.

Ainsi, je constate que, parmi les facteurs, vous avez tenu compte, entre autres : du nombre d'inscriptions et de leur tendance; de la qualité des programmes et des services éducatifs, avec une évaluation des avantages et des inconvénients selon les divers scénarios; du transport scolaire, avec une évaluation des avantages et inconvénients de chaque élément considéré selon les divers scénarios; des finances, avec une évaluation des avantages et inconvénients de chaque élément considéré selon les divers scenarios; de l'impact sur la localité, y compris les questions de langue et de culture, ainsi que de l'impact sur le développement économique et sur les autres écoles de la minorité de la région.

Je constate également que les questions linguistiques et culturelles ont été directement soulevées lors des présentations qui ont été faites dans le cadre du processus de consultation. De plus, la précision que vous me faites dans votre recommandation de m'assurer que la fermeture de l'école Saint-Paul « respecte l'article 23 de la *Charte des droits et libertés* » est tout à votre honneur puisqu'elle démontre à quel point vous êtes conscients de vos responsabilités constitutionnelles à titre de représentants des ayants droit et vous voulez certainement que je m'assure tout autant du respect de cette importante disposition de notre Constitution.

D'ailleurs, à partir d'une lettre ultérieure que vous m'avez faite parvenir datée du 18 mars dans laquelle vous me faites part à nouveau de votre recommandation de fermeture en

raison de la non-viabilité de l'école Saint Paul et, sans que cela ne vienne modifier ma décision finale, je constate que, par souci de bien faire votre travail, vous avez obtenu, dès le 14 décembre, un « Avis juridique concernant l'étude de viabilité de l'École de Saint-Paul-de-Kent et l'article 23 de la *Charte des droits et libertés* ».

De plus, comment ne pas être impressionné du fait que, depuis l'avis juridique de décembre, vous avez obtenu deux autres avis juridiques sur la question, lesquels vous avez pris l'initiative de joindre à votre lettre du 18 mars dernier. Or, dans cette lettre, vous prenez également soin de préciser que ces deux avis juridiques de Maîtres Christian Michaud et Michel Bastarache vous « confirment qu'il n'y a pas lieu pour le [Conseil] de commander une [étude sociolinguistique] pour respecter [vos] obligations constitutionnelles » puisque vous avez bien fait votre travail et que vous n'estimez pas que les « menaces d'inscriptions à des écolé anglophones soient bien fondées ».

À cet égard, soyez assurés que, sur la seule base du dossier que vous m'avez remis le 4 février dernier, je ne doute aucunement de votre souci du travail (constitutionnel) bien fait.

D'ailleurs, dans cette lettre du 18 mars, vous me confirmez que la résolution du [Conseil] de fermeture de l'école Saint-Paul donnait suite à « une étude approfondie effectuée aux termes de la politique 409 et soupesait les impacts de la fermeture de l'école sur le maintien et le développement de la langue et de la culture de la minorité linguistique affectée ».

En ce sens, même si telle était déjà ma compréhension, j'apprécie que cette lettre précise également que votre résolution du 2 février dernier « [m]'interpelle surtout à garder à l'esprit l'importance pour tous les fiduciaires de l'article 23 d'être toujours guidés par le maintien et le développement de la langue et de la culture dans toute question visant les établissements scolaires et les programmes d'enseignement de la minorité linguistique ».

C'est dans cet esprit que j'ai reçu vendredi dernier vos derniers envois comprenant une lettre datée du 1er avril 2016 incluant un document de mise en contexte, ainsi

> qu'un communiqué de presse portant la même date. Je comprends à la lecture de ces textes que votre souci d'un travail constitutionnel bien fait se poursuit et que vous faites l'objet de pression de la part de gens bien intentionnés qui tiennent profondément à leur école. Cependant, à la lecture du dossier que vous m'avez remis le 4 février dernier, je ne doute nullement que vous avez pleinement respecté les exigences de la politique 409 et celles de l'article 23 de la *Charte des droits et libertés*.
>
> [J'ai souligné.]

[52] Je ne décèle aucune erreur dans l'analyse du Ministre. À son instar, je suis d'avis que l'art. 23 n'exige pas une étude sociolinguistique dans le cadre de tout projet de fermeture d'école et de placement des élèves dans un autre établissement scolaire. En outre, j'estime, comme lui, que le Conseil s'est acquitté de ses obligations aux termes de l'art. 23.

[53] De façon plus générale, je suis d'avis que le Ministre et, le cas échéant, la cour en révision doit aborder la question du respect par un conseil d'éducation de ses obligations aux termes de l'art. 23 de la *Charte* avec la plus grande déférence, quelle que soit la décision contestée, y compris la décision portant sur la question de la justification par le nombre et les questions connexes. Corrélativement, j'estime qu'il n'y a pas lieu de conclure à un manquement à ces obligations à moins que le manquement ne soit manifeste; une simple différence d'opinion ne suffit pas.

[54] L'application de ce cadre d'analyse me convainc que le Ministre ne pouvait faire autre que conclure, au regard du dossier qui lui avait été soumis, y compris l'étude de viabilité, que le Conseil avait respecté ses obligations aux termes de l'art. 23. Il s'ensuit que le consentement du Ministre est fondé sur une recommandation dont la validité juridique est indéniable.

[55] Enfin, le Ministre a conclu qu'il pouvait exercer légitimement son pouvoir discrétionnaire en application de l'art. 3.1 de la *Loi* sans une étude sociolinguistique. La norme de contrôle applicable à cette conclusion est celle de la décision raisonnable. Voici les observations du Ministre sur le sujet :

> Je tiens à préciser que cette décision s'inscrit dans ce qui m'apparaît la logique des derniers envois reçus de vous en date du 1er avril 2016. D'ailleurs, vous indiquez dans votre communiqué de presse que vous n'êtes pas opposé à la tenue d'une nouvelle étude sociolinguistique et statistique, mais que :
>
> > « Le Conseil croit toujours que l'école Saint-Paul n'est pas viable en vertu des huit critères qui ont été études dans le cadre du processus défini dans la politique 409 du ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance. Nous demeurons toujours confiants, selon les avis juridiques que nous avons obtenus, que nous avons respecté l'article 23 de la *Charte des droits et libertés* et que nous avons pris une décision éclairée. Si toutefois une étude sociolinguistique et statistique venait nous apporter de nouvelles informations, nous les analyserons attentivement. »
>
> Or, étant donné tout ce qui précède et compte tenu de l'ensemble de vos envois reçus depuis le début février, je ne vois pas la nécessite de tenir de quelconques nouvelles études. Ainsi, je ne crois pas nécessaire d'accorder un moratoire, puisque, comme vous le précisez dans votre communique de vendredi dernier, le conseil demande « à ce qu'un moratoire soit mise en place advenant que et seulement si » je crois nécessaire de mener une étude sociolinguistique et statistique.

J'estime que cette conclusion est tout à fait raisonnable.

IV. Conclusion et dispositif

[56] Le juge de la requête a outrepassé sa compétence en accordant des mesures de redressement qui n'étaient pas sollicitées dans l'avis de requête, et il a mal appliqué les normes de contrôle afférentes aux questions qu'il avait à trancher, notamment la validité juridique du consentement du Ministre à la fermeture de l'école Saint-Paul et le respect du droit des requérants à l'équité procédurale. À mon avis, le dossier ne révèle aucune justification juridique pour l'annulation du consentement ministériel. Voilà pourquoi, à l'audience, j'ai joint ma voix à celle de mes collègues pour

accueillir l’appel, écarter la décision de la Cour du Banc de la Reine et rejeter la requête sous-jacente, sans dépens.

English version of the decision delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction

[1] The right to education in French in separate schools was hard-won in New Brunswick, and the quality of this education is a constant concern for parents who want to see their children and their community fully benefit from it. The same goes for teachers and other individuals responsible for the quality of this education, including the administrators of the schools in which it is provided. Steps susceptible of leading to the closure of one of these schools generate considerable anxiety among parents, and it is no wonder that, on occasion, their response is resolute opposition. That is what happened in this case.

[2] Section 3.1 of the *Education Act*, S.N.B. 1997, c. E-1.12, (the "*Act*") authorizes a District Education Council to close a school under its responsibility if it has obtained the prior approval of the Minister of Education and Early Childhood Development. On April 8, 2016, the Minister approved the closure of the school in Saint-Paul-de-Kent (the "Minister's decision"), thus giving his imprimatur to what was, in his judgment, a resolution in favour of its closure by the Francophone sud School District Education Council after determining it was non-viable. This determination was made following a sustainability study conducted in accordance with the Department's policy on the subject, Policy 409 ("Multi-year School Infrastructure Planning"). The school has been closed since June 2016, and the affected students have been placed in other schools within the purview of the Francophone sud School District Education Council.

[3] Marc Henrie and Nadine Arsenault (the "applicants") applied under Rule 69 of the *Rules of Court* for an order setting aside the Minister's decision. A judge of the Court of Queen's Bench allowed the application, with costs of $10,000, and granted

various remedial measures, several of which had not been claimed in the Notice of Application.

[4] The Minister appeals, relying on the following grounds in support of his submission that the decision in first instance should be set aside and the application for judicial review dismissed, albeit without costs:

> [TRANSLATION]
>
> 1. The application judge erred in his interpretation and application of the legal principles and relevant facts to an application for judicial review of a ministerial decision pursuant to Rule 69:
>
> a. in granting relief or remedies that were not claimed and were not available in the context of the application;
>
> b. in finding that the Minister breached his duty of procedural fairness, more particularly in addressing only the issue of legitimate expectations in the course of his analysis; and
>
> c. in finding that the Minister's decision was unreasonable.
>
> 2. In view of the facts and pleadings in this case, and contrary to relevant case law, the application judge erred:
>
> a. in finding that the Minister acted erroneously and contrary to s. 3.1 of the *Education Act*; and
>
> b. in inferring, without supporting evidence, that Policy 409 had a particular meaning and specific objectives, and in attributing particular intentions to the Minister and government despite the absence of any claim or allegation whatsoever to this effect in the application.
>
> 3. The application judge erred:
>
> a. in considering the procurement of a sociolinguistic study as effectively being a

constitutional obligation under s. 23 of the *Charter*; and

b. in his analysis of the role, interests and powers of the Minister, government and District Education Councils under s. 23 of the *Charter*.

4. The application judge erred in ordering the Minister, without any analysis or reasons, to pay the applicants $10,000.00 in costs and to reimburse them for their reasonable disbursements, contrary to relevant case law and without taking into account the history of the legal proceedings in this case.

As can be seen, the issue of the judge's jurisdiction to render a decision on grounds that were not formulated in the Notice of Application and to grant unclaimed relief has been added to the mix on appeal.

[5] After hearing the parties, we allowed the appeal from the bench, with reasons to follow. Here are the reasons that prompted me to join my colleagues in prescribing this disposition.

II. Background

[6] Other than the issue of the application of s. 23 of the *Charter* and the challenge to the application judge's relief-related adjudicative jurisdiction, all issues raised in the submissions were addressed by the Court in *Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Education v. Kennedy et al.*, 2015 NBCA 58, [2015] N.B.J. No. 251 (QL). It is therefore appropriate to reprise its description of the context's pertinent features.

[7] There are two distinct education sectors in the Province. One consists of school districts organized in the French language, the other of school districts organized in the English language. A District Education Council has been established for each school district. By virtue of s. 36.11(1) of the *Act*, councils are bodies corporate. Their

members are, for the most part, elected by the community. The typical term of office for every elected and re-elected councillor is four years.

[8] District Education Councils are responsible for the operation of the schools located within the school district for which they have been established. Each Council is provided with an annual budget that is meant to allow it to discharge that responsibility.

[9] As would be expected, anticipated budgetary shortfalls may prompt a District Education Council to consider the possibility of closing a school falling under its jurisdiction. However, as previously mentioned, a school cannot be closed without the approval of the Minister. Policy 409 sets out the process to be followed should a Council wish to secure ministerial approval of a school closure. In *Kennedy*, the Court held Policy 409 is not a legally binding, rigid and inflexible code, but a useful practical guide for District Education Councils wishing to secure ministerial approval of a school closure (para. 77).

[10] Section 6.4.4 of Policy 409 identifies eight criteria to consider in the course of a sustainability study, but the Education Council may consider other factors pertaining to local circumstances. The specified criteria are low or declining enrolments; health and safety; quality of education programs and services; transportation finances; <u>impact on the local community, including the effects on culture and language</u>; impact on other schools and economic development.

[11] Section 6.5.4 prescribes a minimum of three public meetings in connection with a possible school closure. The first meeting's primary purpose is to inform the concerned "school community" of the Council's intention. The second provides an opportunity for the community to make an oral or written representation regarding any Council proposal to close a school. The final meeting is held to inform the "public" of the results of the consultation and resulting recommendations submitted to the Minister, as well as an outline of the next steps to follow in the process.

[12] Section 6.6.3 states that, upon being notified of the Council's recommendation in favour of closure, the Minister will review it in relation to the principles of procedural fairness, with consideration of the factors taken into account during the public consultation process. The provision then states the Minister may approve the recommendation, or withhold approval if, in his opinion, "procedural fairness has not been applied or relevant educational options have not been considered".

[13] The key parts of Policy 409 are the definition of "procedural fairness," Appendix C, as it relates to section 6.4.4 (the assessment criteria), and section 6.4.4-6:

> Procedural fairness refers to the duty of administrative bodies to employ decision-making processes that provide real opportunity for persons whose interests and privileges may be affected to provide input. This includes certain requirements such as providing the opportunity to affected persons to be heard and for the school district to receive and consider the information before any recommendation is forwarded to the Minister.
>
> 6.4 Determining a school's sustainability
>
> […]
>
> 6.4.2 A DEC will advise the Minister in writing when it intends to study a school's sustainability. This study can include one of several outcomes: maintaining the status quo, repairing the school or closing the school and placing students elsewhere.
>
> 6.4.4 A DEC must consider the following criteria when studying a school's sustainability. This list does not preclude a DEC from considering other factors relevant to their local circumstances.
>
> 1. *Low/Declining enrolments*: impact of declining or low enrolments on the learning environment (Is enrolment reaching a critical threshold or will it be dropping substantially over the next few years?). Enrolment trends and projections must be considered.

> 2. *Health and Safety*: the structural integrity of buildings; indoor air quality and water quality; circumstances that present a significant health or safety threat; fire safety systems and the safety and security of school grounds and play areas.
>
> 3. *Quality of Education Programs and Services*: the appropriateness of facilities for curriculum delivery and student services. This would include availability of facilities and diversity of educational programs and increased educational opportunities as a result of a closure, enrolment per grade or multi-level class and pupil-teacher ratio at affected schools, as well as the ability to meet the needs of all students, including students with exceptionalities.
>
> 4. *Transportation*: time spent in transit and cost of travel.
>
> 5. *Finances*: the operating costs including staffing and utilities; the physical condition of buildings, considering short and long-term capital costs and modifications required to school(s) to accommodate transferred students.
>
> 6. *Impact on the local community*: parental involvement and feasibility of continued parental involvement (particularly for elementary pupils), community support, the school's relationship with the community, the effects on culture and language, consideration of whether the school is the sole school in the community, especially at the elementary level.
>
> 7. *Impact on other schools*: impact on feeder schools and receiving schools.
>
> 8. *Economic development*: consideration of planned and future economic development projects in the community or surrounding area.
>
> [Underlining in the body of section 6.4.4-6 is mine.]

[14] The study of École Saint-Paul's sustainability and all related processes were completed from May 2015 to February 2016. At the end of this exercise, the options were the following: maintaining the status quo, repairing the school, or closing the school and placing the students in another educational facility. The Education Council concluded

it was appropriate to recommend closure of the school to the Minister and, in that event, to place the students in other French-language schools near Saint-Paul.

[15] On December 14, 2015, the Education Council obtained a legal opinion regarding its obligations under s. 23 of the *Charter* during a sustainability study. The author invited the Council to proceed with caution and [TRANSLATION] "request a sociolinguistic study of the area served by the school," adverting to the risk of a lawsuit for breach of s. 23 should such a study not be conducted.

[16] On February 2, 2016, the Council adopted the following resolution:

> [TRANSLATION]
> On a motion duly seconded and further to the request of the Department of Education and Early Childhood Development to undertake a sustainability study of École St-Paul:
>
> Whereas the [Council] has complied with provincial policy 409;
>
> Whereas the data compiled during the sustainability study of École St-Paul has been carefully analyzed;
>
> Whereas the evaluation of these data reveals École St-Paul is not sustainable;
>
> Be it resolved that the [Council] recommends to the Minister he ensure the closure of École St-Paul complies with s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

[17] In the aftermath, some observers contended the Education Council's resolution impermissibly delegated its obligations under s. 23 of the *Charter* to the Minister. The Council decided to seek an additional legal opinion on the legality and constitutionality of its processes.

[18] The Education Council subsequently received two legal opinions, including one from Michel Bastarache, Q.C., a leading authority on language rights,

confirming the steps it had taken complied with Policy 409 and s. 23 of the *Charter*, and that a sociolinguistic study was not required.

[19] Comforted with respect to the legality of its processes, the Education Council adopted this resolution on March 16, 2016:

> [TRANSLATION]
> Whereas the [Council] agreed by resolution of February 2, 2016 that the Minister of Education should ensure that the closure of École Saint-Paul "complies with s. 23 of the *Charter*";
>
> Whereas the [Council] wishes to reiterate its closure recommendation for École Saint-Paul in accordance with its resolution of February 2, 2016;
>
> Whereas the [Council] is satisfied with the legal opinions recently obtained regarding s. 23 of the *Charter*; and
>
> Whereas the legal opinion obtained today confirms that the [Council] complied with s. 23 of the *Charter* in its Sustainability Study of École Saint-Paul;
>
> Be it resolved that the [Council] write to the Minister of Education to act upon the recommendations made in the legal opinion obtained.
>
> [Emphasis added.]

[20] The author of the legal opinion referred to in the March 16, 2016 resolution indicated to the Council that the steps it took before recommending closure complied with the law and its obligations under s. 23 of the *Charter*, and he recommended leaving to the Minister the determination of whether a sociolinguistic study was required [TRANSLATION] "to make sure, for his part, that s. 23 was complied with" (emphasis added).

[21] Pursuant to the March 16, 2016 resolution, the Council sent the Minister a letter dated March 18 in which it stated: (1) the Council [TRANSLATION] "has already issued its recommendation to close École Saint-Paul in the context of the February 2, 2016 sustainability study"; (2) the Council reiterates its recommendation to

close the school by its March 16, 2016 resolution; (3) there is no reason for the Council to amend its recommendation in favour of closure; (4) the Council does not intend to commission a sociolinguistic study on the impact of the closure [TRANSLATION] "on the preservation and development of the language and culture of all right-holders and members of the community involved"; and (5) the Council leaves it to the Minister to determine if such a study was required.

[22] As for the opponents of closure, including the applicants, they pursued their efforts to have any ministerial decision deferred until a sociolinguistic study was conducted and taken into consideration. To this end, they convinced the Education Council to hold an emergency meeting to consider the advisability of asking the Minister for a one-year moratorium for any process designed to implement the closure of École Saint-Paul.

[23] At the end of this meeting, which was held on March 31, 2016, the Council adopted the following resolution:

> [TRANSLATION]
> WHEREAS a Backgrounder includes all the relevant factual elements that gave rise to this special meeting and the said Backgrounder is therefore appended to this Resolution as a reference document;
>
> WHEREAS the Minister has yet to make a decision regarding the recommendation to close the school and a decision about the plan should be forthcoming given the time frame set out in Policy 409;
>
> WHEREAS the [Council] did not oppose a request from certain parents and members of the community of Saint-Paul-de-Kent that a sociolinguistic study be obtained from Minister Rousselle and the [Council] even presented this special request to the Minister;
>
> BE IT resolved that the [Council] accept the sociolinguistic study request as made by certain parents and members of the community of Saint-Paul-de-Kent and that [Council] initiate the process immediately with the Minister of

> Education to order the sociolinguistic and statistical study in accordance with the service proposals from the two research centres/institutes at the Université de Moncton; and
>
> THAT in response to the resolution, the call for a moratorium from certain parents and members of the community of Saint-Paul-de-Kent be ratified exclusively for the 2016-2017 school year, as required to begin and complete the sociolinguistic and statistical studies and that a letter be sent to Minister Rousselle to notify him of the decision of the [Council]; and
>
> THAT upon receipt of the sociolinguistic and statistical studies as mentioned above, the [Council] will peruse it to determine if it contains any new data or information that would change its recommendation to close École Saint-Paul.

[24] On April 1, 2016, the Council sent a letter to the Minister in which it confirmed it was not insisting on a sociolinguistic study and that a moratorium was appropriate only in the event the Minister would agree to commission such a study. On the same day, the Council issued a press release in which it stated: (1) the March 31 resolution did not set aside the February 2 resolution recommending the closure of École Saint-Paul; (2) it was up to the Minister to decide if it was appropriate to commission a sociolinguistic study; and (3) the one-year moratorium should be imposed if and only if the Minister agreed to commission the sociolinguistic study.

[25] On April 8, 2016, the Minister rendered his decision. In the letter he sent to the Council, the Minister took note of the February 2, 2016 resolution in favour of the closure of École Saint-Paul and gave a detailed account of the circumstances that led to his approval. I will come back to this topic.

[26] By Notice of Application dated July 6, 2016, the applicants asked the Court of Queen's Bench to exercise its jurisdiction under Rule 69 of the *Rules of Court* and issue an order setting aside the Minister's decision and referring the matter back to him for reconsideration. While the applicants had initially also claimed a

[TRANSLATION] “mandatory interlocutory injunction forcing the reopening of École Saint-Paul” and, incidentally to this claim, an order forcing the Minister and the Education Council to take the necessary measures for the school [TRANSLATION] “to remain open in its original mission” for the start of the school year in September 2016, these claims were no longer in issue when the application was heard in August and November 2017, and even less so when the decision now under appeal was rendered on May 17, 2018.

[27] Ultimately, as the judge himself found, [TRANSLATION] “it is really only the Minister’s decision of early April 2016 that the Applicants seek to have quashed.” Moreover, the judge correctly recognized the Notice of Application featured: (1) no “attack” against any decision or process of the Education Council; and (2) no claim for relief against the Education Council. Despite these findings, the judge did not refer the matter back to the Minister, as requested in the Notice of Application; he chose to set aside all decisions and processes of the Education Council concerning the sustainability and closure of École Saint-Paul, including the initial May 2015 decision of the Education Council to conduct a study of its sustainability.

[28] To summarize, the judge set aside the Minister’s decision for the following reasons: (1) the decision was not legally permissible, having been rendered without a [TRANSLATION] “clear, unambiguous and final” recommendation from the Education Council in favour of school closure; and (2) the decision breached the applicants’ right to procedural fairness. This breach would have occurred when the Minister disregarded their “legitimate expectations” by rendering his decision without the benefit of a sociolinguistic study.

III. Analysis and Decision

[29] With respect, the judge’s decision does not withstand scrutiny. That said, within the context of an appeal such as this one, the Court must decide if the judge identified the appropriate standard of review and applied it correctly. To decide the latter issue, we must step into the judge’s shoes and focus our analysis on the administrative

decision (see *Kennedy*, para. 81, *Canadian Union of Public Employees, Local 60 v. City of Edmundston*, 2016 NBCA 3, 445 N.B.R. (2d) 180, para. 11, and *O'Connell, as the Registrar of Motor Vehicles for the Province of New Brunswick v. Maxwell*, 2016 NBCA 37, 451 N.B.R. (2d) 283). As the Court pointed out in *Canadian Union of Public Employees, Local 3515 v. Dieppe (City)*, 2019 NBCA 11, it goes without saying that this approach does not foreclose consideration of the representations, admissions and reasons for judgment provided at first instance.

[30] In my view, the judge correctly identified the appropriate standard of review in connection with the Minister's interpretation of the *Act* and s. 23 of the *Charter*, namely correctness. The same goes for the standard of review applicable to the Minister's findings of fact and his decision on the merits, which is reasonableness. The judge also decided correctly no deference was owed to the Minister's finding that the Council fulfilled its procedural fairness obligations; he merely had to determine whether procedural fairness, and more precisely the doctrine of "legitimate expectations," had been complied with. Nevertheless, I am of the view the judge exceeded his jurisdiction in granting relief that was not claimed in the Notice of Application and that he did not properly apply the relevant standards of review in setting aside the Minister's decision.

A. *The judge's jurisdiction under Rule 69.02(2)*

[31] The complete disposition prescribed by the judge reads as follows:

> [TRANSLATION]
> [1] The Minister's decision to close École Saint-Paul, as made in early April 2016, is declared invalid;
>
> [2] The Minister of Education and Early Childhood Development must provide the necessary cooperation and assistance to the Francophone sud District Education Council so that the Council finds itself in the position it was in prior to May 2015;
>
> [3] The Minister and Council must also take action in relation to the community of Saint-Paul-de-Kent so as to

> "turn back the clock" to May 2015, namely before the decision by which the Council agreed to undertake a sustainability study of École Saint-Paul;
>
> [4] Going forward, "Policy 409" of the Department of Education must be treated as what it is, namely a simple ministerial source of "suggestions" that are not binding upon the Minister and especially not binding upon the District Education Councils;
>
> [5] The Minister must pay the Applicants costs set at ten thousand dollars ($10,000.00) and additionally reimburse them for their reasonable disbursements;
>
> [6] The Deputy Clerk of the Court will sign a judgment accordingly, which will have been submitted to her as a draft by the Applicant;
>
> [7] The Court will remain available for any application for directions from the parties, provided however that such applications are filed by motion no later than 30 days after their receipt of the within reasons. [paras. 116-122]

[32] It is beyond dispute that the decisions of a district education council are "subject to the rights of individual beneficiaries under s. 23" of the *Charter* (see *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, [2000] S.C.J. No. 1 (QL), para. 62) and that this provision inures to the benefit of the applicants. They could therefore have properly claimed in the Notice of Application the remedial measures granted by the judge at paras. [2], [3], [4] and the ancillary order at para. [7], measures that invalidate the sustainability study and the Education Council's recommendation to close École Saint-Paul. However, the applicants chose not to claim any of those remedial measures. The relevance of these observations is rooted in Rule 69.09(2), which excludes relief that has not been claimed in the original or amended Notice of Application.

[33] Rule 69.09(2) is designed to ensure procedural fairness by restricting the arguments to the grounds relied upon and by prohibiting the granting of any relief that was not claimed in the original or amended Notice of Application. The aim is to clearly define the issues and to preclude attempts at litigation by ambush. Just as importantly, the

sub-rule is also meant to underscore the exceptional nature of judicial review under Rule 69.

[34] It follows from Rule 69.09(2) that the only relief the judge could rightfully grant was the setting aside of the Minister's decision, an order referring the matter back to him for reconsideration and, of course, an order of costs.

[35] Moreover, nothing in the record warrants the remedial measures granted at paragraphs [2], [3] and [4] and the ancillary order at para. [7]. In fact, having regard to the record, one can only conclude the Education Council did not make any decision or undertake any process that was prohibited by law or unreasonable. This brings me to the decision targeted by the Notice of Application.

B. *The Minister's decision*

[36] The Minister's decision is articulated in precise detail in his April 8, 2016 letter to the Chair of the Education Council. Indeed, the letter touches upon several fields of analysis in connection with the following lines of inquiry: (1) Did the February 2, 2016 resolution recommend the closure of the school? (2) If so, was this recommendation still effective at the time of the Minister's April 8, 2016 decision, or had it morphed into a recommendation that was conditional upon completion of a sociolinguistic study? (3) Did the Education Council act in accordance with principles of procedural fairness? and (4) Did the Council breach its obligations under s. 23 of the *Charter* by failing to commission a sociolinguistic study?

(1) <u>The February 2, 2016 resolution</u>

[37] The Minister found the Council recommended the closure of École Saint-Paul by means of its February 2, 2016 resolution and that this resolution paved the way for the exercise of his discretion under s. 3.1 of the *Act*. The Minister made the following observations on this issue:

[TRANSLATION]
This is further to your letter of February 4, 2016 informing me that the Francophone sud school District Education Council adopted the following resolution: "Whereas the [Council] has complied with provincial policy 409; Whereas the data compiled during the sustainability study of École St-Paul has been carefully analyzed; Whereas the evaluation of these data reveals that École St-Paul is not sustainable; Be it resolved that the [Council] recommend to the Minister he ensures the closure of École St-Paul complies with s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms*."

After a comprehensive review of the information given in support of this recommendation, and pursuant to *Policy 409 – Multi-year School Infrastructure Planning*, I am satisfied that the principles of procedural fairness have been complied with. The eight criteria were the subject of appropriate consultations and were duly considered pursuant to section 6.4.4 of the Policy, and all relevant options for education were assessed.

[…]

Thus, I note that, among the factors, you considered: the enrolment numbers and trend; the quality of education programs and services, with an assessment of the advantages and disadvantages under the various scenarios; transportation, with an assessment of the advantages and disadvantages of each element considered under the various scenarios; finances, with an assessment of the advantages and disadvantages of each element considered under the various scenarios; the impact on the local community, including the effects on culture and language; and the impact on economic development and on other schools of the minority in the area.

[…]

All things considered, I accept your recommendation of February 2 to close École Saint-Paul as soon as the current school year is ended, since I share your opinion that the number of students concerned makes this school non-sustainable, in view of the educational and financial factors that are clearly revealed in the file you sent me on

> February 4, a decision which is supported by all the documents received thereafter.

[38] While the February 2, 2016 resolution does not contain an explicit recommendation in favour of the closure of École Saint-Paul, this recommendation is implicit, given the cumulative effect of the following features of the resolution's wording: the exhortation to the Minister to ensure compliance with s. 23 of the *Charter* and confirmation that the Council had complied with Policy 409, and that the data gathered through the sustainability study established the non-sustainability of the school. Furthermore, the letter of February 4, 2016, informing the Minister of the February 2, 2016 resolution, only makes sense if the purpose of the resolution was to recommend closure of the school. Finally, the resolution of March 16, 2016 is clear and unequivocal: the Council confirms it recommended closing the school in its resolution of February 2, 2016, and reiterates this recommendation.

[39] For these reasons, I find the Minister could reasonably conclude the Education Council had recommended the closure of École Saint-Paul through its resolution of February 2, 2016. All things considered, I see this conclusion as inescapable.

(2) <u>The April 1, 2016 resolution</u>

[40] At the conclusion of a sustainability study, the permissible outcomes are maintaining the status quo, repairing the school, or closing the school and placing the students in another educational facility. In *Kennedy*, the Court ruled the wording of s. 3.1 of the *Act* does not subject ministerial approval to any condition precedent. This understanding led the Court to conclude that, under s. 3.1, the Minister is vested with untrammelled discretion on point (see paras. 65, 67, 68, and 74). Needless to say, that discretion may not be exercised in breach of some other statutory provision, applicable legal principles (including the doctrine of legitimate expectations), or the Constitution. Accordingly, there is reason to doubt the jurisdiction of an Education Council to subject a

closure recommendation to any condition whatsoever, the purpose and effect of which would be to restrict the Minister's exercise of discretion under s. 3.1.

[41] Be that as it may, it is clear from the Minister's decision that he found the February 2, 2016 recommendation in favour of closure was still in effect at the time of his decision on April 8, 2016, and that the purpose and effect of the April 1 resolution was not to make that recommendation conditional upon the completion of a sociolinguistic study. In my view, not only was this conclusion reasonable and therefore justified, it was imperative.

[42] Nonetheless, it is beyond dispute that, by its April 1 resolution, the Council did indicate support for the applicants' request that the Minister commission a sociolinguistic study. However, that resolution did not reverse its unconditional recommendation of February 2, 2016 in favour of the school's closure. Moreover, the Council's letter to the Minister and its press release, both dated April 1, could not be clearer: the Council was not insisting on a sociolinguistic study and it favoured a moratorium if and only if the Minister decided to commission such a study. I find the Minister's observations on the subject are error-free:

> [TRANSLATION]
> It is in this frame of mind that I received your latest correspondence last Friday, including a letter dated April 1, 2016, along with a background document and a press release of the same date. I understand from a reading of those texts that your concern for a constitutionally sound process is ongoing and that you are under pressure from well-meaning people who are deeply attached to their school. However, after reading the file you delivered to me this past February 4, I have absolutely no doubt that you have fully complied with the requirements of Policy 409 and s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms*.
>
> In view of this, on its own and in response to your correspondence of last week, to which I have given a lot of thought, the file I received on February 4 satisfies me that it is unnecessary to conduct any additional studies, especially

as, here as well, your comprehensive documentation of March 18 reinforces my decision.

All things considered, I accept your recommendation of this past February 2 to close École Saint-Paul as soon as the current school year is ended, since I share your opinion that the number of students concerned makes this school non-sustainable, in view of the educational and financial factors that are clearly revealed in the file you sent me this past February 4, which decision is backed up by all the documents received thereafter.

[…]

I wish to point out that this decision falls within what I see as the rationale of the latest correspondence received from you, dated April 1, 2016. Moreover, you indicate in your press release that you are not opposed to holding a new sociolinguistic and statistical study, but that:

> [TRANSLATION]
> The Council still believes that École Saint-Paul is not sustainable according to the eight criteria that were studied as part of the process defined in Policy 409 of the Department of Education and Early Childhood Development. We remain confident, based on the legal opinions we have obtained, that we have complied with s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms* and that we have made an informed decision. If, however, a sociolinguistic and statistical study were to bring us new information, we would analyze it carefully.

Now, in view of all the above and taking into account all your correspondence received since early February, I do not see the need for conducting any new studies. <u>Therefore, I do not believe it is necessary to grant a moratorium, since, as you pointed out in your press release of last Friday, the Council only requests that [TRANSLATION] "a moratorium be imposed if and only if" I deem it necessary to conduct a sociolinguistic and statistical study</u>.

[Emphasis added.]

(3) Procedural fairness and the doctrine of legitimate expectations

[43] Only one component of the duty of procedural fairness is in play: it is alleged the Minister failed to satisfy the applicants' legitimate expectations by endorsing the closure recommendation without conducting a sociolinguistic study. Recall that under section 6.6.2 of Policy 409, the Minister reviews a recommendation to close a school in relation to the principles of procedural fairness and the factors taken into account during the consultation process, and he may either approve it or withhold approval if these principles have not been observed or relevant educational options have not been considered. In *Kennedy*, the Court held section 6.6.2 gives rise to a judicious application of the doctrine of legitimate expectations:

> That said, I agree section 6.6.2 gives rise to legitimate expectations on the part of the parents of affected students, which include a ministerial commitment to seriously consider withholding approval for any school closure recommendation where: (1) the Council has not respected the rules of procedural fairness, as defined in Policy 409; and (2) all relevant factors and educational options were not discussed during the public consultation process. [para. 14]

[44] The definition of procedural fairness provided in Policy 409 does not include the doctrine of legitimate expectations. It follows that section 6.6.2 cannot constitute a legal basis for the application of the doctrine. For the doctrine of legitimate expectations to be applicable here, the applicants' expectations would need to be based on representations made by the Council or the Minister "about the procedure [they] will follow" in making their respective decisions, or on the procedural practices that either of them "has consistently adhered to … in the past in making such a decision": *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 94.

[45] The record does not reveal any representation from the Council to the applicants to the effect that the February 2, 2016 closure recommendation was

conditional upon the completion and consideration of a sociolinguistic study. As for the Minister, he did not commit to a deferral of his decision until such a study was conducted and considered. Moreover, the applicants did not establish the Council or the Minister had consistently required such a study in the past before making decisions in favour of a school closure. It follows that the doctrine of legitimate expectations does not apply in this case.

(4) Section 23 of the *Charter* and the need for a sociolinguistic study

[46] Section 23 of the *Charter* reads as follows:

Minority Language Educational Rights	Droits à l'instruction dans la langue de la minorité
Language of instruction	Langue d'instruction
23. (1) Citizens of Canada	23. (1) Les citoyens canadiens :
(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or	a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,	b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,
have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.	ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.
Continuity of language instruction	Continuité d'emploi de la langue d'instruction
(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or	(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en

French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.	anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.
Application where numbers warrant	Justification par le nombre
(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province	(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :
(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and	a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;
(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.	b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

[47] Section 23 confirms the right of eligible parents to have their children receive their instruction in the French language where "the number of those children so warrants." Two factors, one pedagogical, the other financial, are material in determining if the "numbers warrant": (1) the appropriate services, in pedagogical terms, for the number of students involved; and (2) the cost of those services (see *Arsenault-Cameron*, at para. 38).

[48] Correlatively, s. 23 imposes upon the Province the duty to provide French-language education to the children of eligible parents in defined circumstances. I distil from Supreme Court of Canada jurisprudence that this duty requires the government, among other things: (1) to do "whatever is practically possible" to preserve and promote the education referred to in s. 23; (2) to develop institutional structures, such as the Education Council, with a mandate "to manage and control instruction and

facilities in the minority language" and to decide "what is more appropriate from a cultural and linguistic perspective"; (3) to avoid imposing programs that "interfere with the legitimate linguistic and cultural concerns of the minority"; and (4) to regulate the matters for which it has a legitimate interest, such as the content and qualitative standards of educational programs, school size, facilities, transportation and assembly of students, "with regard to the specific circumstances of the minority and the purposes of s. 23" (see *Arsenault-Cameron*, paras. 26, 27, 36, 43, and 53).

[49] It is common ground that the decisions pertaining to a school closure and the placement of students in another educational facility must comply with the provisions of the *Charter* to the extent they apply. When those decisions concern a school falling under the jurisdiction of a French-language District Education Council, the issue of the relevance of s. 23 of the *Charter* arises. Of course, that issue does not come into play in connection with the closure of a school falling under the responsibility of an English-language District Education Council, since it is not captured by the wording and object of s. 23.

[50] As noted, the parties agree s. 23 applies to the closure of a school within the purview of a French-language District Education Council and to the placement of affected students in another school. They do so without referring to any court decision on point. Be that as it may, I have no doubt s. 23 applies to the decision-making process contemplated by Policy 409 and s. 3.1 of the *Act*. More precisely, I am of the view that the Minister's approval could not be upheld on judicial review if it were based on an Education District's recommendation that flowed from a breach of rights conferred by s. 23 of the *Charter*. In this regard, I cannot imagine a situation where a court could let stand a ministerial decision under s. 3.1 that is complicit in a violation of the *Charter*. It remains to be seen.

[51] Obviously, the Minister shared this view and these concerns because he elaborated, quite extensively, on the issue of the Education Council's compliance with its

obligations under s. 23 of the *Charter*. Here are the Minister's observations and conclusions on the subject:

> [TRANSLATION]
> That being said, it must be concluded that, following your sustainability study of École Saint-Paul, your recommendation to close the school includes a proviso that I must ensure that this closure [TRANSLATION] "complies with s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms*."
>
> First, in this regard, I note that as representatives of the language minority, you have decided to recommend to me the closure of this school and the transfer of the right-holders' children to other schools of the language minority in the vicinity. A reading of the file also reveals that this decision was made following a sustainability study of École Saint-Paul that took into account many factors, but also the different points of view that were expressed during public consultations in which students, parents and members of the community took part following public notices inviting them to participate.
>
> Thus, I note that, among the factors, you considered: the enrolment numbers and trend; the quality of education programs and services, with an assessment of the advantages and disadvantages under the various scenarios; transportation, with an assessment of the advantages and disadvantages of each element considered under the various scenarios; finances, with an assessment of the advantages and disadvantages of each element considered under the various scenarios; the impact on the local community, including the effects on culture and language; and the impact on economic development and on other schools of the minority in the area.
>
> Also, I note that the cultural and linguistic issues were directly raised during the presentations made as part of the consultation process. Moreover, the proviso you make in your recommendation, that I must ensure that the closure of École Saint-Paul "complies with s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms*," is all to your credit, since it demonstrates the extent to which you are aware of your constitutional responsibilities as representatives of the right-holders, and you certainly want me to ensure just as

well that this important provision of our Constitution is complied with.

Further, from a subsequent letter you sent me, dated March 18, in which you reiterate to me your recommendation in favour of the closure of École Saint-Paul because of its non-sustainability (and this does not change my final decision), I can see that, in your desire to do your work well, you obtained, as early as December 14, a [TRANSLATION] "Legal opinion concerning the sustainability study of École de Saint-Paul-de-Kent and s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms*."

Also, how can I not be impressed by the fact that, since the December legal opinion, you have obtained two more legal opinions on the issue, which you took the initiative to attach to your letter of March 18. Now, in this letter, you also took care to point out that those two legal opinions from Mr. Christian Michaud and Mr. Michel Bastarache [TRANSLATION] "confirm that there is no reason for the [Council] to commission a [sociolinguistic study] to fulfill [your] constitutional obligations," since you did your work well and do not feel that the [TRANSLATION] "threats of enrolment in English-language schools were well founded."

In this respect, please be assured that, on the sole basis of the file you gave me on February 4, I have no doubts as to your concern for (constitutional) work well done.

<u>Moreover, in your March 18 letter, you confirm to me that the [Council's] resolution for the closure of École Saint-Paul came after a [TRANSLATION] "comprehensive study conducted in accordance with Policy 409, which weighed the impacts of the school closure on the preservation and development of the language and culture of the affected language minority."</u>

In this respect, even though this was already my understanding, I appreciate that your letter also points out that your February 2 resolution [TRANSLATION] "urges [me] above all to keep in mind the importance, for all the trustees of s. 23, to always be guided by the preservation and development of the language and culture when it comes to any issue concerning the educational institutions and programs of the language minority."

> It is in this frame of mind that I received your latest correspondence last Friday, including a letter dated April 1, 2016, along with a background document and a press release of the same date. I understand from a reading of those texts that your concern for a constitutionally sound process is ongoing and that you are under pressure from well-meaning people who are deeply attached to their school. However, after reading the file you delivered to me this past February 4, I have absolutely no doubt that you have fully complied with the requirements of Policy 409 and s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms*.
>
> [Emphasis added.]

[52] I detect no error in the Minister's analysis. I subscribe to his view that s. 23 does not require a sociolinguistic study for all planned school closures and placement of students in another facility. Moreover, like him, I am satisfied the Council fulfilled its obligations under s. 23.

[53] More generally, I am of the view that the Minister and any reviewing court must consider the issue of compliance by an Education Council with its obligations under s. 23 of the *Charter* with the greatest deference, whatever the challenged decision may be, including its decision on the "numbers warrant" issue and all related matters. Correlatively, it is also my view that a finding of a breach of those obligations is unwarranted unless the breach is palpable; a mere difference of opinion does not suffice.

[54] Applying this analytical framework, I find that, in light of the record at his disposal, including the sustainability study, the Minister was duty bound to conclude the Council complied with its obligations under s. 23. In the result, the Minister's approval follows a legally valid recommendation.

[55] Finally, the Minister concluded he could legitimately exercise his discretion under s. 3.1 of the *Act* without the benefit of a sociolinguistic study. The standard of review applicable to this conclusion is the standard of reasonableness. The Minister made the following observations on this subject:

> I wish to point out that this decision falls within what I see as the rationale of the latest correspondence received from you, dated April 1, 2016. Moreover, you indicate in your press release that you are not opposed to holding a new sociolinguistic and statistical study, but that:
>
> > [TRANSLATION]
> > The Council still believes that École Saint-Paul is not sustainable according to the eight criteria that were studied as part of the process defined in Policy 409 of the Department of Education and Early Childhood Development. We remain confident, based on the legal opinions we have obtained, that we have complied with s. 23 of the *Charter of Rights and Freedoms* and that we have made an informed decision. If, however, a sociolinguistic and statistical study were to bring us new information, we would analyze it carefully.
>
> Now, in view of all the above and taking into account all your correspondence received since early February, I do not see the need for conducting any new studies. Therefore, I do not believe it is necessary to grant a moratorium, since, as you pointed out in your press release of last Friday, the Council only requests that [TRANSLATION] "a moratorium be imposed if and only if" I deem it necessary to conduct a sociolinguistic and statistical study.

This conclusion strikes me as eminently reasonable.

IV. Conclusion and Disposition

[56] The application judge exceeded his jurisdiction in granting remedial measures that were not sought in the Notice of Application, and he failed to correctly apply the standards of review to the issues before him, including the legal validity of the Minister's approval of the closure of École Saint-Paul and respect for the applicants' right to procedural fairness. In my view, the record does not disclose any legal basis for setting aside the Minister's approval. It is for these reasons that, at the hearing, I joined my colleagues in allowing the appeal, setting aside the decision of the Court of Queen's Bench and dismissing the underlying application, without costs.