

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

27-19-CA

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF
THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, as
represented by the Attorney General for the
Province of New Brunswick

APPELLANT

- and -

NEW BRUNSWICK COUNCIL OF NURSING
HOME UNIONS (CUPE)

RESPONDENT

- and -

NEW BRUNSWICK ASSOCIATION OF
NURSING HOMES, INC.

RESPONDENT

Province of New Brunswick v. New Brunswick
Council of Nursing Home Unions (CUPE) et al.,
2019 NBCA 33

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
March 18, 2019

History of Case:

Decision under appeal:
2019 NBQB 064

Preliminary or incidental proceedings:
2019 N.B.J. No. 63

Appeal heard:
April 17, 2019

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
représentée par la PROCUREURE GÉNÉRALE
pour la PROVINCE DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

APPELANTE

- et -

CONSEIL DES SYNDICATS DES FOYERS DE
SOINS DU NOUVEAU-BRUNSWICK (SCFP)

INTIMÉ

- et -

ASSOCIATION DES FOYERS DE SOINS DU
NOUVEAU-BRUNSWICK INC.

INTIMÉE

Province du Nouveau-Brunswick c. Conseil des
syndicats des foyers de soins du Nouveau-
Brunswick (SCFP) et autre, 2019 NBCA 33

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 18 mars 2019

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2019 NBBR 064

Procédures préliminaires ou accessoires :
2019 A.N.B. n° 63

Appel entendu :
le 17 avril 2019

Judgment rendered:
April 25, 2019

Jugement rendu :
le 25 avril 2019

Reasons for decision:
May 9, 2019

Motifs de décision :
le 9 mai 2019

Official bilingual version:
June 13, 2019

Version officielle bilingue :
le 13 juin 2019

Reasons for judgment:
The Honourable Justice LeBlond

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlond

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Appellant:
Christian E. Michaud, Q.C. and Mathieu F.
Girouard

Pour l'appelante :
Christian E. Michaud, c.r. et Mathieu F. Girouard

For the Respondent New Brunswick Council of
Nursing Home Unions (CUPE):
Joël Michaud and Brenda Laudia Comeau

Pour l'intimé le Conseil des syndicats des foyers
de soins du Nouveau-Brunswick (SCFP) :
Joël Michaud et Brenda Laudia Comeau

For the Respondent New Brunswick Association
of Nursing Homes, Inc.:
Justin M. Wies

Pour l'intimée l'Association des foyers de soins du
Nouveau-Brunswick inc. :
Justin M. Wies

THE COURT

LA COUR

The appeal was allowed with reasons to follow.
These are those reasons.

L'appel a été accueilli, les motifs devant être
déposés ultérieurement. Voici ces motifs.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] The Respondent New Brunswick Association of Nursing Homes, Inc. is required to meet standards of care as prescribed by the *Nursing Homes Act*, S.N.B. 2014, c. 125 (as amended). The standards are set out in General Regulation 85-187, in ss. 17 to 24 for nursing homes having 30 beds or more. There are 46 such nursing homes governed by the Association.

[2] The *Essential Services in Nursing Homes Act*, S.N.B. 2009, c. E-10.5, was proclaimed on May 1, 2009. The *Act* sets out in ss. 5, 6 and 7 a mechanism that must be utilized to designate the level of essential services to be provided by a broad spectrum of classifications of nursing home employees. All parties acknowledge residents of these homes are vulnerable individuals in need of varying degrees of care and supervision. The designation mechanism seeks to achieve a balance between the protection and care of the residents and the labour and employment rights of the unionized employees in the event of the withdrawal or reduction of care and services during strike action. Under s. 12(2) of the *Act*, no employee employed in a designated position can participate in a strike.

[3] As will be seen below, during the period the parties were working their way through the legislated designation mechanism, a dispute arose regarding the level of services to be provided by two classifications of employees, namely licensed practical nurses and resident attendants.

[4] The dispute was referred to the Labour and Employment Board, in accordance with s. 8 of the *Act*, for determination. In addition, the Respondent New Brunswick Council of Nursing Home Unions (CUPE) served notice of a constitutional question before the determination of the level of services for the two disputed classifications of employees could be made. This constitutional issue alleged, in part, that

the *Act* violated s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it denied certain employees the right to strike. The Notice of Constitutional Question was served on the Appellant, the Attorney General.

[5] Following release of the decision by the Board regarding the licensed practical nurses and resident attendants designation levels, it issued its decision on the constitutional question declaring s. 8 of the *Act* unconstitutional. It then dismissed the entire application which had been filed by the Association pursuant to s. 5 of the *Act*. The decision on the constitutional issue and the order dismissing the original application had the effect of placing CUPE in an immediate position to strike without having any designations of levels of care and services established for any of the employees.

[6] The Attorney General filed an Application for Judicial Review of the constitutional decision with the Court of Queen's Bench and further filed a motion seeking a stay of execution pending disposition of the judicial review. A temporary *ex parte* stay was granted by Smith, C.J.Q.B., as he then was, on March 9, 2019. This stay was to remain in effect for ten days.

[7] The Attorney General then proceeded before a different judge seeking an extension of the *ex parte* stay until disposition of the judicial review. On March 18, 2019, the motion judge refused to extend the stay. The Attorney General immediately sought leave to appeal the motion judge's decision and, by Notice of Preliminary Motion, sought an interim stay pending determination of the leave to appeal. French J.A. granted both the interim stay and the leave to appeal.

[8] On April 17, 2019, the Court heard the appeal of the motion judge's decision. On April 25, 2019, the appeal was allowed with reasons to follow. The motion judge's decision was set aside and the Court ordered a stay of execution pending disposition of the judicial review or until further order of the Court of Queen's Bench.

[9] These are the reasons in support of allowing the appeal.

II. Factual Context

[10] Following a formal notice pursuant to s. 5 of the *Act* from the Association, requesting that levels of essential services be designated in the 46 nursing homes within its authority, an agreement was reached on August 28, 2013, with CUPE respecting 14 of the 16 classifications of services to be designated as essential as well as the levels of such services. It was further accepted this agreement would be with York Manor Inc. and would be used as a template for the Association and the bargaining units of the remaining 45 nursing homes to use when negotiating the service level designations for each of the homes.

[11] The only two classifications for which a resolution could not be reached were the licensed practical nurses and the resident attendants. Although there was agreement both of these groups provided essential services for the health, safety or security of the residents as contemplated in the *Act*, common ground could not be reached with respect to the “level” of services which would need to be maintained in the event of a strike.

[12] As a result, in accordance with s. 8 of the *Act*, that issue was referred to the Board for determination. Prior to the commencement of that hearing, CUPE issued a Notice of Constitutional Question to the Attorney General and the Association. The Attorney General had not been involved with the prior proceedings. The constitutional challenge was principally premised on the allegation that the *Act* violated the rights of CUPE’s membership to strike, a right guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*.

[13] The parties agreed resolution of the constitutional question would be deferred until after the Board issued its decision respecting the service designation levels for the licensed practical nurses and resident attendants and pending the release of the Supreme Court’s decision in *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245.

[14] The hearing on the designation levels was held before Robert Breen, Q.C. acting as a single-person tribunal on behalf of the Board. Mr. Breen released the designation decision on October 31, 2014, in which he ruled, in part, as follows:

[...] the level of service to be maintained by the bargaining unit [York Manor] for the purpose of delivering these services [that are necessary in the interest of the health, safety or security of the residents in the event of a strike] is to be 90% of the York [licensed practical nurses] and [resident attendants] [...].

[para. 128 of the Designation Decision]
[Emphasis in original.]

[15] Mr. Breen reconvened the hearing to deal with the constitutional question. On December 7, 2018, he released the constitutional decision in which he declared s. 8 of the *Act* unconstitutional, on the ground it violated s. 2(d) of the *Charter* and could not be justified under s. 1. Mr. Breen further issued an Order on March 6, 2019, in which, *inter alia*, he refused to suspend or stay the application of the constitutional decision.

[16] On March 1, 2019, the Attorney General filed a Notice of Application for the Judicial Review. The hearing of the judicial review is scheduled before the Court of Queen's Bench for May 24, 2019.

[17] On March 8, 2019, the Attorney General filed a Motion before the Court of Queen's Bench asking that the constitutional decision be stayed until disposition of the judicial review.

[18] On March 18, 2019, the motion judge rescinded the stay Order of Smith, C.J.Q.B. and refused to grant a further stay. Later that day, French J.A., by way of Notice of Preliminary Motion filed by the Attorney General, issued an interim Order staying execution of the effect of the declaration of unconstitutionality pending the hearing of the Attorney General's Motion for Leave to Appeal the motion judge's decision of March 18, 2019.

[19] On March 21, 2019, French J.A. heard and granted the Motion for Leave to Appeal. He ordered an extension of his earlier interim Order granting a stay of execution pending disposition of this appeal.

[20] On April 17, 2019, this Court heard the appeal and on April 25, 2019, allowed the appeal and further extended the stay of execution until disposition of the Judicial Review.

III. Issue

[21] The Court is asked to decide the very narrow issue of whether the motion judge erred in refusing to extend a stay of execution with respect to the constitutional decision until disposition of the judicial review.

IV. Standard of Review

[22] It was agreed by the parties that the motion judge's decision is to be reviewed on the standard of correctness. Although the factual context of this case required an exercise of discretion, it was established in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, that a discretionary order may be interfered with on appeal if, and only if, it is founded upon:

1. an error of law;
2. an error in the application of the governing principles; or
3. a palpable and overriding error in the assessment of the evidence.

V. Analysis

[23] Resolution of the issue depends upon whether the motion judge correctly applied the test set out by the Supreme Court in *Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, [1987] S.C.J. No. 6 (QL); and *RJR – MacDonald Inc. v. Canada (A.G.)*, [1994] 1 S.C.R. 311, [1994] S.C.J. No. 17 (QL).

- [24] Application of the *RJR* test required the lower court judge to determine if:
1. the matter raised a serious issue to be tried;
 2. the applicant (emphasis added) would suffer irreparable harm if the stay was not granted; and
 3. the balance of convenience favoured the applicant.

A. *The matter raised a serious issue*

[25] The *RJR* test establishes that this criterion has a low threshold. The motion judge, as well as counsel before us, all agreed there was no need to debate this point as it was clearly met. I agree.

B. *The applicant would suffer irreparable harm if the stay was not granted*

[26] One of the interesting features of this appeal is that the “applicant” is the Attorney General. Counsel for the Attorney General clearly confirmed to the Court that it strictly represents the “public interest” and it is this interest which must feature in the analysis and application of the *RJR* test if the stay is to be extended. An assessment of the “position” of the public interest actually forms part of the analysis of the third criterion of the *RJR* test dealing with balance of convenience.

[27] Counsel for the Attorney General argued a fourth criterion in addition to the three *RJR* criteria ought to be considered, namely the “principle of necessity” discussed in jurisprudence dealing with legislation subjected to constitutional challenge. However, I am of the view that particular issue will more properly be dealt with by the judge who will hear the judicial review and need not be dealt with here to resolve the narrow issue of whether or not to extend a stay of execution for several weeks.

[28] On the assessment of the irreparable harm criterion, the motion judge was required to focus her attention strictly on the “applicant”, i.e. the public interest

represented by the Attorney General. Instead, she focused on CUPE's members in dealing with this part of the *RJR* test. As a result, she committed a reversible error of law. Any impact of the requested extension of the stay of execution on CUPE's members can only form part of the analysis of the third criterion, the balance of convenience (see *Imperial Sheet Metal Ltd. et al. v. Landry and Gray Metal Products Inc.*, 2007 NBCA 51, 315 N.B.R. (2d) 328, at par. 25, 62 and 63).

[29] In assessing the irreparable harm criterion, the motion judge erred by misconstruing it as including "harm" to CUPE's members, arising from the collective bargaining dispute with the Association and the Province. At this stage of the *RJR* test analysis, harm to a party responding to a stay application is irrelevant. It only enters the debate at the third stage of the analysis and can only be considered for prospective harm, not past harm.

[30] As earlier stated, the only irreparable harm to be considered in this second criterion analysis is the harm to the applicant, the Attorney General, as representative of the public interest. In the context of a constitutional challenge, there is a "near" presumption of irreparable harm to the public interest. In *RJR*, the Supreme Court held:

[...] In the case of a public authority, the onus of demonstrating irreparable harm to the public interest is less than that of a private applicant. [...] The test will nearly always be satisfied simply upon proof that the authority is charged with the duty of promoting or protecting the public interest and upon **some** indication that the impugned legislation [...] was undertaken pursuant to that responsibility. Once these **minimal requirements** have been met, the court should in most cases assume that irreparable harm to the public interest would result from the restraint of that action. [p. 346]

[Emphasis added.]

[31] It should be noted, however, that this presumption does not give rise to an automatic stay in favour of the public authority. Sharpe J. of the Ontario Court of Appeal, while citing the above passage from *RJR* in *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2014

ONCA 485, [2014] O.J. No. 2981 (QL), noted that, in terms of the presumption, the court:

[...] will only grant a stay at the suit of the Attorney General where it is satisfied, after careful review of the facts and circumstances of the case, that the public interest and the interests of justice warrant a stay. [...] [para. 16]

[32] In *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1997] 3 F.C. 628, [1997] F.C.J. No. 594 (QL), the Federal Court also noted the type of harm claimed by a public authority will necessarily be different from that claimed by a private applicant. It held that the public interest, “[...] as an aspect of irreparable harm, may be demonstrated at a lower standard” (para. 11).

[33] There can be no question in the case before us the “minimal requirements” of “some” indication that the *Act* was proclaimed with a view to protecting residents of nursing homes in New Brunswick are met, based on the admissible evidence entered before the motion judge. Indeed, the level of services of licensed practical nurses and resident attendants to be maintained in the event of a strike, as found by Mr. Breen in the designation decision, suffice to meet this requirement.

[34] To the extent the public interest includes the interests of vulnerable individuals in need of care as well as their families, I am satisfied the element of a high risk to the health, safety and security of nursing home residents in the event of a strike by nursing home employees is more than sufficient to meet the reduced onus on the Attorney General to establish irreparable harm. In the end, we need only concern ourselves with the “nature” of the harm and not its “magnitude” (see *RJR*, at p. 348).

C. *Balance of convenience*

[35] The public interest component weighs into the analysis of this third criterion of the *RJR* test. It is a “special factor which must be considered in assessing where the balance of convenience lies [...]” (*RJR*, at p. 343).

[36] Because the courts should typically assume irreparable harm will occur to the public interest if legislation is suspended because of a constitutional challenge, the balance of convenience will almost always favour the public interest. This is particularly true in this case, where the public interest at issue includes some of the most vulnerable people in our society.

[37] As stated in para. 28 above, by misdirecting herself on the analysis of irreparable harm with a focus on CUPE, the motion judge also misdirected herself with respect to the analysis of the balance of convenience. This analysis must focus solely on the inconvenience caused by the impact of staying the constitutional decision. The ongoing collective bargaining dispute between CUPE, the Association and the Province is not an issue before the Court.

[38] There is no evidence that the harm the constituent members of CUPE might face while the stay is in place will exceed the harm which could occur to the public interest, presumed or otherwise, should the stay currently in effect not be extended.

[39] At any rate, the extension of the stay does not, in any way, affect the collective bargaining positions of the parties pending the imminent judicial review (see *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia*, 2014 BCCA 75, [2014] B.C.J. No. 315 (QL)).

[40] In *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57, [2000] 2 S.C.R. 764, the Supreme Court held that legislation which purports to have been enacted to promote the public interest, such as the *Act* in the case before us, must be assumed to do so. Whether it in fact does so is not the main consideration. As a result, courts should refrain from rendering legislation enacted for the public interest inoperable until a thorough constitutional review is completed (see para. 9). Again, in this case, this review will occur on May 24, 2019.

[41] Given these considerations, I concluded the balance of convenience heavily favours the Attorney General in this case.

VI. Disposition

[42] For these reasons, I joined with my colleagues in allowing the appeal setting aside the decision of the motion judge and ordering a stay of the declaration of unconstitutionality.

[43] To ensure the upcoming judicial review is not delayed pending the publication of these reasons, in accordance with s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, these reasons shall be published in English immediately, and, thereafter, at the earliest possible time, in French.

[44] With respect to costs, although named as a Respondent, the Association argued in support of the appeal. I award total costs against CUPE in the amount of \$1,500 of which \$1,000 is to be paid to the Attorney General and \$500 is to be paid to the Association.

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] L'intimée Association des foyers de soins du Nouveau-Brunswick inc. est tenue au respect des normes de soins imposées par la *Loi sur les foyers de soins*, L.N.-B. 2014, ch. 125 (dans sa version modifiée). Ces normes sont énoncées aux art. 17 à 24 de son *Règlement général*, Règl. du N.-B. 85-187, pour les foyers de soins ayant trente lits ou plus. Quarante-six de ces foyers de soins relèvent de l'Association.

[2] La *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins*, L.N.-B. 2009, ch. E-10.5, a été promulguée le 1^{er} mai 2009. Les articles 5, 6 et 7 de la *Loi* prescrivent un mécanisme pour la désignation des niveaux de services essentiels que doivent fournir des employés de foyers de soins appartenant à un vaste éventail de classifications. Chacune des parties reconnaît que les pensionnaires de ces foyers sont des personnes vulnérables ayant besoin de soins et de surveillance à divers degrés. Le mécanisme de désignation vise à ce que, en cas de retrait ou de réduction des soins et des services dans le cadre d'une mesure de grève, un équilibre soit assuré entre la protection et le soin des pensionnaires, d'une part, et les droits des syndiqués en matière de travail et d'emploi, d'autre part. Le paragraphe 12(2) de la *Loi* interdit qu'un employé occupant un poste désigné participe à une grève.

[3] Comme nous le verrons, pendant que les parties mettaient en œuvre le mécanisme de désignation que prévoit la *Loi*, un différend s'est présenté sur le niveau de service que devaient fournir deux classifications d'employés, soit les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés et les préposés aux soins.

[4] La Commission du travail et de l'emploi a été appelée à trancher la question en application de l'art. 8 de la *Loi*. De plus, avant qu'une décision ait pu être rendue sur le niveau de service auquel étaient tenus les employés des deux classifications

en cause, l'intimé Conseil des syndicats des foyers de soins du Nouveau-Brunswick (SCFP) a signifié un avis de question constitutionnelle. Par cette contestation constitutionnelle, il avançait notamment que la *Loi* violait l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elle déniait à certains employés le droit de faire la grève. L'avis de question constitutionnelle a été signifié à la procureure générale, qui représente l'appelante en l'instance.

[5] Après que la Commission eut rendu sa décision sur les niveaux de services exigés des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés et des préposés aux soins, elle a tranché la question constitutionnelle et déclaré l'art. 8 de la *Loi* inconstitutionnel. Elle a ensuite rejeté tout entière la demande que l'Association avait déposée en vertu de l'art. 5 de la *Loi*. La décision prononcée sur la question constitutionnelle et l'ordonnance de rejet de la demande originale ont eu pour effet de mettre immédiatement le SCFP en situation de faire la grève, sans que des niveaux de soins et de services aient été désignés pour nulle classification d'employés.

[6] La procureure générale a saisi la Cour du Banc de la Reine d'une requête en révision de la déclaration d'inconstitutionnalité et déposé une motion dans laquelle elle sollicitait une suspension d'exécution dans l'attente d'une décision sur la requête en révision. Le 9 mars 2019, le juge Smith, alors juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, a accordé une suspension *ex parte* temporaire. Elle devait demeurer en vigueur dix jours.

[7] La procureure générale a ensuite demandé à une juge de la Cour du Banc de la Reine de prolonger la suspension *ex parte* jusqu'à ce que la requête en révision soit tranchée. Le 18 mars 2019, la juge saisie de la motion a refusé de prolonger la suspension. La procureure générale a immédiatement demandé l'autorisation d'appeler de cette décision et sollicité, par avis de motion préliminaire, une suspension provisoire dans l'attente d'une décision sur la demande d'autorisation d'appel. Le juge d'appel French lui a accordé à la fois la suspension provisoire et l'autorisation d'appel.

[8] Le 17 avril 2019, la Cour a entendu l'appel formé contre la décision de la juge saisie de la motion. Elle a accueilli l'appel le 25 avril 2019 et indiqué que des motifs suivraient. Elle a annulé la décision de la juge et ordonné une suspension d'exécution dans l'attente d'une décision découlant de la révision judiciaire, ou jusqu'à nouvelle ordonnance de la Cour du Banc de la Reine.

[9] Les motifs pour lesquels l'appel a été accueilli suivent.

II. Faits

[10] Le 28 août 2013, après avoir demandé, par avis donné en due forme selon l'art. 5 de la *Loi*, que soient désignés les niveaux de services essentiels des quarante-six foyers de soins qui relevaient d'elle, l'Association est parvenue à un accord avec le SCFP sur quatorze des seize catégories de services à désigner essentiels, et sur les niveaux de services à maintenir. On a convenu en outre que cet accord était conclu avec York Manor Inc. et qu'il serait le modèle dont se serviraient l'Association et les unités de négociation des quarante-cinq autres foyers de soins le moment venu de négocier les désignations de niveaux de services de chacun des foyers.

[11] Les deux seules classifications d'employés pour lesquelles une entente n'avait pu être conclue étaient celles des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés et des préposés aux soins. Bien qu'il ait été admis que chacun de ces groupes fournissait des services essentiels à la santé, à la sûreté ou à la sécurité des pensionnaires au sens de la *Loi*, un terrain d'entente n'avait pu être trouvé sur le « niveau » de service à maintenir dans l'éventualité d'une grève.

[12] La Commission a donc été appelée à trancher la question en application de l'art. 8 de la *Loi*. Avant l'audience, le SCFP a signifié à la procureure générale et à l'Association un avis de question constitutionnelle. La procureure générale n'avait pas eu part aux démarches antérieures. La contestation constitutionnelle faisait principalement valoir que la *Loi* violait le droit des membres du SCFP de faire la grève, droit garanti par l'al. 2d) de la *Charte*.

[13] Les parties ont convenu que la résolution de la question constitutionnelle attendrait la décision de la Commission sur les niveaux de services exigés des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés et des préposés aux soins, ainsi que l'arrêt que la Cour suprême devait prononcer dans *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245.

[14] L'audience tenue sur la désignation des niveaux de services a été présidée par Robert Breen, c.r., qui agissait, au nom de la Commission, en tribunal administratif composé d'une seule personne. Le 31 octobre 2014, M^e Breen a rendu une décision sur la désignation qui portait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] le niveau de service à maintenir par l'unité de négociation aux fins de délivrance de ces services [les services essentiels dans l'intérêt de la santé, de la sûreté ou de la sécurité des pensionnaires en cas de grève] sera de 90 % des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés et des préposés aux soins de York [Manor][.] [Par. 128]

[Soulignement dans l'original.]

[15] M^e Breen a convoqué de nouveau les parties en vue de l'examen de la question constitutionnelle. Le 7 décembre 2018, il a rendu la décision par laquelle il a déclaré inconstitutionnel l'art. 8 de la *Loi* pour les motifs qu'il violait l'al. 2d) de la *Charte* et que sa justification ne pouvait se démontrer sous le régime de l'art. 1. Puis, le 6 mars 2019, M^e Breen a rendu une ordonnance par laquelle, entre autres, il refusait de suspendre l'application de cette décision.

[16] Le 1^{er} mars 2019, la procureure générale a déposé un avis de requête en révision. Il est prévu que la Cour du Banc de la Reine entendra cette requête le 24 mai 2019.

[17] Le 8 mars 2019, la procureure générale a déposé auprès de la Cour du Banc de la Reine une motion sollicitant la suspension de la décision rendue en matière constitutionnelle jusqu'à ce que la requête en révision soit tranchée.

[18] Le 18 mars 2019, la juge saisie de la motion a annulé l'ordonnance de suspension qu'avait rendue le juge Smith, juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, et refusé d'accorder une nouvelle suspension. Le jour même, à la suite du dépôt d'un avis de motion préliminaire par la procureure générale, le juge d'appel French a rendu une ordonnance provisoire qui suspendait l'exécution de la déclaration d'inconstitutionnalité dans l'attente de l'audition de la motion de la procureure générale en autorisation d'appeler de la décision rendue par la juge le 18 mars 2019.

[19] Le 21 mars 2019, le juge d'appel French a entendu et accueilli la motion en autorisation d'appel. Par une prolongation de son ordonnance provisoire antérieure, en outre, il a maintenu la suspension d'exécution dans l'attente que le présent appel soit tranché.

[20] Le 17 avril 2019, notre Cour a entendu l'appel; le 25 avril 2019, elle l'a accueilli et a prolongé la suspension d'exécution jusqu'à ce que la requête en révision soit tranchée.

III. Question en litige

[21] La Cour est appelée à statuer sur la question très précise de savoir si la juge saisie de la motion a commis une erreur lorsqu'elle a refusé de prolonger la suspension d'exécution de la décision rendue en matière constitutionnelle jusqu'à ce que la requête en révision soit tranchée.

IV. Norme de contrôle

[22] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable à la décision de la juge saisie de la motion est celle de la décision correcte. Il est vrai que les faits de l'espèce nécessitaient l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais il a été établi dans *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75,

302 R.N.-B. (2^e) 161, qu'une ordonnance discrétionnaire peut être modifiée en appel si, et seulement si, elle est fondée sur l'une des erreurs suivantes :

- a. une erreur de droit;
- b. une erreur dans l'application des principes directeurs;
- c. une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve.

V. Analyse

[23] Afin de résoudre la question en litige, il nous faut déterminer si la juge saisie de la motion a appliqué correctement le critère énoncé par la Cour suprême dans les arrêts *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, [1987] A.C.S. n° 6 (QL), et *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, [1994] A.C.S. n° 17 (QL).

[24] Pour l'application du critère fondé sur l'arrêt *RJR*, la juge du tribunal d'instance inférieure devait déterminer si :

- a. l'affaire soulevait une question sérieuse qu'il fallait juger;
- b. la requérante (je souligne) subira un préjudice irréparable dans l'éventualité où la suspension n'est pas accordée;
- c. la prépondérance des inconvénients était favorable à la requérante.

A. *L'affaire soulevait une question sérieuse*

[25] L'arrêt *RJR* établit que le premier volet du critère impose des exigences peu élevées. La juge saisie de la motion, de même que les avocats des parties à l'appel, estimaient qu'il n'y avait pas matière à débat du fait que ces exigences étaient nettement remplies. J'estime aussi qu'elles sont remplies.

B. *La requérante subira un préjudice irréparable si la suspension n'est pas accordée*

[26] L'une des particularités intéressantes du présent appel tient au fait que la « requérante » est la procureure générale. Ses avocats ont indiqué clairement à la Cour que la procureure générale représente strictement l'« intérêt public » et que l'intérêt du public est celui qui doit intervenir dans l'analyse et dans l'application du critère fondé sur l'arrêt *RJR* si la suspension doit être prolongée. En fait, évaluer la [TRADUCTION] « position » de l'intérêt public entre, en fait, dans l'analyse que requiert le troisième volet du critère fondé sur l'arrêt *RJR*, celui de la prépondérance des inconvénients.

[27] Les avocats de la procureure générale ont avancé qu'il fallait ajouter au critère fondé sur l'arrêt *RJR* un quatrième volet qui serait celui du [TRADUCTION] « principe de nécessité », principe dont il est question dans la jurisprudence émanant de la contestation constitutionnelle de lois. Je suis d'avis cependant qu'il convient mieux que le ou la juge qui entendra la requête en révision se penche sur ce point, et qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir le débat en l'espèce pour résoudre la question, de portée étroite, de savoir s'il y a lieu de prolonger de plusieurs semaines une suspension d'exécution.

[28] Dans l'évaluation que nécessite le volet du préjudice irréparable, la juge saisie de la motion était tenue de porter son attention strictement sur la « requérante », plus précisément sur l'intérêt public que la procureure générale représentait. Elle a plutôt concentré son attention sur les membres du SCFP dans cette partie de l'analyse qu'elle a menée au regard du critère fondé sur l'arrêt *RJR*. Elle a commis, de ce fait, une erreur de droit justifiant l'infirmité de sa décision. Les répercussions éventuelles de la prolongation de suspension demandée sur les membres du SCFP ne pouvaient entrer en compte que dans l'analyse qu'exige le troisième volet du critère, celui de la prépondérance des inconvénients (*Imperial Sheet Metal Ltd. et autres c. Landry et Gray Metal Products Inc.*, 2007 NBCA 51, 315 R.N.-B. (2^e) 328, aux par. 25, 62 et 63).

[29] Lorsqu'elle a procédé à l'évaluation que requiert le volet de l'analyse afférent au préjudice irréparable, la juge saisie de la motion a commis une erreur en interprétant erronément le préjudice irréparable comme s'il englobait le « préjudice » subi

par les membres du SCFP en raison du différend issu de la négociation collective avec l'Association et la Province. À cette étape de l'analyse qu'exige le critère fondé sur l'arrêt *RJR*, le préjudice subi par la partie qui conteste une demande de suspension n'est pas pertinent. Il n'entre en jeu qu'à la troisième étape de l'analyse et ne peut être pris en compte qu'afin de considérer un préjudice futur, et non un préjudice passé.

[30] Comme je l'ai indiqué, seul entre en compte, dans l'analyse que requiert le deuxième volet, le préjudice irréparable que subirait la requérante, en l'occurrence la procureure générale en qualité de représentante de l'intérêt public. Dans le contexte d'une contestation constitutionnelle, il existe une [TRADUCTION] « quasi-présomption » de préjudice irréparable envers l'intérêt public. Dans *RJR*, la Cour suprême a écrit ce qui suit :

[...] Dans le cas d'un organisme public, le fardeau d'établir le préjudice irréparable à l'intérêt public est moins exigeant que pour un particulier [...] On pourra presque toujours satisfaire au critère en établissant simplement que l'organisme a le devoir de favoriser ou de protéger l'intérêt public et en **indiquant** que c'est dans cette sphère de responsabilité que se situ[e] le texte législatif [...] contest[é]. Si l'on a satisfait à ces **exigences minimales**, le tribunal devrait, dans la plupart des cas, supposer que l'interdiction de l'action causera un préjudice irréparable à l'intérêt public. [P. 346]

[Les caractères gras sont de moi.]

[31] Il convient de noter, cependant, que cette présomption ne donne pas lieu à une suspension automatique en faveur de l'organisme public. Le juge Sharpe, de la Cour d'appel de l'Ontario, qui citait le passage ci-dessus de l'arrêt *RJR* dans *Frank c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 485, [2014] O.J. No. 2981 (QL), a précisé, à propos de la présomption, qu'une cour :

[TRADUCTION]

[...] n'accordera une suspension à la demande du procureur général que si elle est convaincue, après un examen attentif des faits et des circonstances, que l'intérêt public et les intérêts de la justice justifient une suspension. [...]

[Par. 16]

[32] De plus, dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [1997] 3 C.F. 628, [1997] A.C.F. n° 594 (QL), la Cour fédérale a fait observer que le préjudice que fait valoir une autorité publique est forcément différent du préjudice qu'invoque un sujet de droit privé. Elle a conclu que la preuve du préjudice porté à l'intérêt public, « en tant qu'aspect du préjudice irréparable, n'est pas soumise à une norme rigoureuse » (par. 11).

[33] Il ne fait aucun doute en l'espèce, vu la preuve admissible présentée à la juge saisie de la motion, que la procureure générale a satisfait aux « exigences minimales » qui imposaient qu'il soit « indiqu[é] » que la *Loi* a été adoptée en vue de protéger les pensionnaires de foyers de soins au Nouveau-Brunswick. En effet, le niveau de service que les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés et les préposés aux soins doivent maintenir en cas de grève, suivant la décision de M^e Breen, suffit à satisfaire à cette exigence.

[34] Dans la mesure où l'intérêt public englobe les intérêts de personnes vulnérables ayant besoin de soins, de même que les intérêts de leurs familles, je suis convaincu que le risque élevé qu'engendrerait une grève des employés des foyers de soins pour la santé, la sûreté et la sécurité des pensionnaires de ces foyers est plus que suffisant pour que la procureure générale ait satisfait au fardeau moins lourd dont elle doit s'acquitter pour établir un préjudice irréparable. En définitive, nous devons nous arrêter à la « nature » du préjudice seulement, et non à son « étendue » (*RJR*, à la p. 348).

C. *Prépondérance des inconvénients*

[35] L'intérêt public entre en jeu dans l'analyse qu'impose ce troisième volet du critère fondé sur l'arrêt *RJR*. Il s'agit d'un « “élément particulier” à considérer dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients » (*RJR*, à la p. 343).

[36] Parce que les tribunaux doivent généralement supposer que la suspension de l'application d'une loi par suite d'une contestation constitutionnelle causera un préjudice irréparable à l'intérêt public, la prépondérance des inconvénients penche pratiquement toujours en faveur de l'intérêt public. Elle le fait d'autant plus, en l'espèce,

que l'intérêt public est associé à certaines des personnes les plus vulnérables de notre société.

[37] La juge saisie de la motion, du fait qu'elle s'est méprise en centrant son attention sur le SCFP dans l'analyse menée relativement au préjudice irréparable, comme je l'ai indiqué au par. 28, s'est méprise, de même, dans l'analyse de la prépondérance des inconvénients. Cette analyse doit être exclusivement centrée sur les inconvénients liés aux répercussions d'une suspension de la décision rendue en matière constitutionnelle. Le différend opposant actuellement le SCFP à l'Association et à la Province dans le contexte d'une négociation collective n'est pas une question dont la Cour est saisie.

[38] Rien dans la preuve n'indique que le préjudice que pourraient subir les membres qui composent le SCFP durant la suspension excéderait le préjudice, présumé ou d'autre nature, qui pourrait être causé à l'intérêt public si la suspension en vigueur n'était pas prolongée.

[39] Quoi qu'il en soit, la prolongation de la suspension ne modifie nullement, dans l'attente de l'imminente révision judiciaire, les positions qu'adoptent les parties dans la négociation collective (*British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia*, 2014 BCCA 75, [2014] B.C.J. No. 315 (QL)).

[40] Dans l'arrêt *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, [2000] 2 R.C.S. 764, la Cour suprême a conclu que, lorsqu'une loi se présente comme adoptée afin de promouvoir l'intérêt public, à l'instar de la *Loi* en l'espèce, il faut supposer que tel est le cas. Qu'elle le promeuve ou non dans les faits n'est pas la considération première. En conséquence, les tribunaux doivent éviter de rendre inopérantes des lois adoptées dans l'intérêt public tant qu'un examen constitutionnel approfondi n'aura pas été réalisé (par. 9). Je rappelle que la révision, en l'espèce, aura lieu le 24 mai 2019.

[41] Vu ces considérations, j'ai conclu que la prépondérance des inconvénients était largement favorable à la procureure générale en l'espèce.

VI. Dispositif

[42] Pour les motifs qui précèdent, mes collègues et moi avons accueilli l'appel, annulé la décision de la juge saisie de la motion et ordonné la suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité.

[43] Sous le régime du par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, la présente décision sera publiée en anglais immédiatement, puis, dans les meilleurs délais, en français, dans le but d'éviter que, dans l'attente de sa publication, la révision judiciaire à venir soit retardée.

[44] Pour ce qui concerne les dépens, il est à noter que l'Association, malgré qu'elle soit constituée partie intimée, a plaidé au soutien de l'appel. Je condamne le SCFP à des dépens totaux de 1 500 \$, dont 1 000 \$ seront versés à la procureure générale et 500 \$ à l'Association.