

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

20-20-CA

LA SOCIÉTÉ DE L'ACADIE DU NOUVEAU-
BRUNSWICK INC. and LA FÉDÉRATION DES
ÉTUDIANTS ET ÉTUDIANTES DU CENTRE
UNIVERSITAIRE DE MONCTON
INCORPORÉE (F.É.É.C.U.M.)

APPELLANTS

- and -

NURSES ASSOCIATION OF NEW
BRUNSWICK

RESPONDENT

La Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick
Inc. et al. v. Nurses Association of New
Brunswick, 2021 NBCA 21

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
January 23, 2020

History of Case:

Decision under appeal:
2020 NBQB 19

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 19, 2021

Judgment rendered:
April 29, 2021

LA SOCIÉTÉ DE L'ACADIE DU NOUVEAU-
BRUNSWICK INC. et LA FÉDÉRATION DES
ÉTUDIANTS ET ÉTUDIANTES DU CENTRE
UNIVERSITAIRE DE MONCTON
INCORPORÉE (F.É.É.C.U.M.)

APPELANTES

- et -

ASSOCIATION DES INFIRMIÈRES ET
INFIRMIERS DU NOUVEAU-BRUNSWICK

INTIMÉE

La Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick
Inc. et autre c. Association des infirmières et
infirmiers du Nouveau-Brunswick, 2021 NBCA 21

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LaVigne

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 23 janvier 2020

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2020 NBBR 19

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 19 février 2021

Jugement rendu :
le 29 avril 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LaVigne

Motifs de jugement :
l'honorable juge LaVigne

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:
Dominic Caron

Pour les appelantes :
Dominic Caron

For the respondent
André G. Richard, Q.C. and Josie Marks

Pour l'intimée :
André G. Richard, c.r. et Josie Marks

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed, the decision is set aside and the matter is remitted to the Court of Queen's Bench for a new hearing before a different judge.

L'appel est accueilli, la décision annulée et l'affaire renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour la tenue d'une nouvelle audience devant un autre juge.

Le jugement de la Cour rendu par

LA JUGE LAVIGNE

I. Introduction et résumé

- [1] Le présent appel braque les projecteurs encore une fois sur l'utilisation appropriée de la règle 37.10a) des *Règles de procédure*. Dans l'affaire *Gillis c. City of Bathurst et City of Fredericton*, 2020 NBCA 16, [2019] A.N.-B. n° 401 (QL), la Cour rappelle que, « [s]elon nos *Règles de procédure*, lorsqu'une mesure de redressement est accordée au titre des règles 23.01(1)a) ou b), un jugement ne s'ensuit pas automatiquement » (par. 39). Une motion d'accompagnement ou de suivi sollicitant un jugement est requise, d'où la nécessité d'invoquer la règle 37.10a). Selon cette règle, la cour doit se demander « s'il y a lieu » de transformer la motion en une motion pour jugement. « Pour ce qui est de l'exposé de la demande, la mesure de redressement est justifiée lorsqu'aucune modification donnant lieu à une cause d'action raisonnable n'est appropriée » (*ibid.*).
- [2] Le principe qui sous-tend la décision dans *Gillis* vaut également en l'espèce, où un jugement est sollicité en vertu de la règle 37.10a) dans l'éventualité d'un refus de la cour de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, refus qui est ultimement fondé sur le défaut de plaider un élément essentiel.
- [3] Un juge de la Cour du Banc de la Reine, saisi d'une motion, a refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire issu de sa compétence inhérente pour reconnaître aux appelantes, la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc. (SANB) et la Fédération des étudiants et étudiantes du Centre universitaire de Moncton incorporée (FÉÉCUM), la qualité pour agir dans l'intérêt public dans une action où elles allèguent la violation de droits linguistiques. Le refus du juge saisi de la motion est fondé sur sa conclusion selon laquelle ni l'une ni l'autre appelante n'a démontré que sa participation en tant que demanderesse se justifie au regard de l'un quelconque des trois facteurs énumérés par la

Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524 : une question justiciable sérieuse, un intérêt réel ou véritable dans l'affaire et une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

[4] Le juge a d'emblée transformé la motion en motion pour jugement et rejeté la poursuite des appelantes en s'appuyant sur la règle 37.10a), comme l'avait demandé l'intimée, l'Association des infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick (Association).

[5] Les appelantes interjettent appel, faisant valoir que, par son refus de leur reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, le juge a commis (1) une erreur de droit dans son interprétation et son application des trois facteurs du critère énoncé dans *Downtown Eastside*; ou (2) une erreur mixte de fait et de droit dans son appréciation de la preuve afférente à ces facteurs.

[6] La décision de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public est tributaire de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. L'intervention de notre Cour n'est donc pas indiquée à moins que la décision ne soit fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou encore que la décision ne soit déraisonnable en ce sens qu'il n'y a rien au dossier qui puisse la justifier (voir *Province du Nouveau-Brunswick c. Morgentaler*, 2009 NBCA 26, 344 R.N.-B. (2^e) 39, par. 60; *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, [2006] A.N.-B. n° 307 (QL), par. 4).

[7] Je suis d'avis que le juge a commis une erreur importante dans l'application de la règle 37.10a). Dans le cadre de cette règle, avant d'accepter de transformer une motion en motion pour jugement portant rejet de la poursuite, le juge devait déterminer si un obstacle à la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public serait écarté par une modification à l'exposé de la demande qui mettrait en cause

la validité du par. 3.02 des règles de l'Association (règle 3.02). En escamotant cette étape, le juge a commis une erreur de principe justifiant l'infirmité de sa décision.

[8] Pour les raisons qui suivent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision et je renverrais l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour la tenue d'une nouvelle audience devant un autre juge.

II. Contexte

A. *Le nouvel examen – le NCLEX-RN*

[9] Avant 2015, l'examen d'immatriculation des infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick et des autres provinces canadiennes (à l'exception du Québec) était l'Examen d'autorisation infirmière au Canada (EAIC). Depuis le 1er janvier 2015, l'examen d'immatriculation dont la réussite est exigée par l'Association est le NCLEX-RN.

[10] Conçu par le National Council of State Boards of Nursing, le NCLEX-RN a été élaboré en anglais aux États-Unis puis adapté et traduit en français pour le contexte canadien. Il est utilisé partout aux États-Unis depuis 1994 et au Canada (sauf au Québec), notamment au Nouveau-Brunswick, depuis le 1^{er} janvier 2015. L'acronyme NCLEX-RN désigne le « *National Council Licensure Examination for Registered Nurses* ». Il appert que ni le nom de l'examen ni son acronyme n'ont été traduits de l'anglais vers le français.

[11] Après avoir adopté le NCLEX-RN, l'Association a pris certaines dispositions transitoires afin de permettre aux candidats à l'immatriculation de se présenter à cet examen autant de fois qu'ils le désirent au cours d'une période de trois ans (le nombre de tentatives étant auparavant limité) et d'obtenir une inscription temporaire au registre les autorisant à exercer la profession infirmière pendant deux ans, tout en

tendant de réussir l'examen. Les candidats qui se prévalent de ces dispositions transitoires doivent toutefois supporter des frais supplémentaires.

B. *Les plaintes au Commissariat*

[12] En juillet 2016, deux plaintes sont déposées contre l'Association auprès du Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick. Les parties plaignantes allèguent qu'elles ont été défavorisées lorsqu'elles ont choisi le français en tentant de satisfaire aux exigences d'admission à la profession infirmière. Entre autres, elles dénoncent le manque de ressources en français pour la préparation à l'examen.

[13] La commissaire aux langues officielles procède à une enquête sous le régime de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5. Le rapport d'enquête produit par la commissaire en mai 2018 dresse les constats suivants :

[...] entre 2010 et 2014, les taux de réussite des diplômés du Nouveau-Brunswick oscillaient entre 74% et 91%, et [...] l'écart entre les diplômés de l'Université de Moncton et ceux de l'Université du Nouveau-Brunswick est passé de 18% à 0%.

[...] les taux de réussite à la première tentative pour les diplômés de l'Université de Moncton ont chuté considérablement lors de l'instauration de l'examen NCLEX-RN, passant de 91% en 2014 à 32% en 2015, ce qui constitue une baisse de 59 points de pourcentage. En outre, [...] en 2015, le taux de réussite à la première tentative pour les diplômés de l'Université de Moncton était de 26 points de pourcentage inférieur à celui de leurs homologues de l'Université du Nouveau-Brunswick.

[...] en 2015, plus de 83% des diplômés de l'Université de Moncton ont choisi le français pour passer le NCLEX-RN pour la première fois. [...] En 2017, sur 96 diplômés en science infirmière de l'Université de Moncton, 45 étudiants seulement, soit moins de la moitié des diplômés du programme universitaire en français, ont choisi de passer le NCLEX-RN en français lors de leur première tentative.

[14] La commissaire conclut que les plaintes sont fondées et que l'Association a enfreint le par. 41.1(3) de la *Loi sur les langues officielles*. Dans le sommaire, elle s'exprime ainsi :

[...] le paragraphe 41.1(3) de la [*Loi sur les langues officielle*] prévoit qu'une personne ne peut pas être défavorisée parce qu'elle a choisi une langue officielle plutôt qu'une autre pour satisfaire à une exigence d'une association professionnelle, entre autres pour passer un examen d'admission à la profession.

À la suite de son enquête, le Commissariat aux langues officielles a conclu que l'association a enfreint la LLO, car elle a adopté un examen d'admission qui défavorise nettement les candidats francophones. En effet, il existe un écart considérable quant aux ressources de préparation à l'examen qui sont disponibles pour une communauté linguistique par rapport à ce qui est disponible pour l'autre. Alors qu'il n'existe qu'une seule banque de questions en langue française – ne comportant aucun examen de simulation et offrant seulement un nombre limité de questions préparatoires – il existe sur le marché un large éventail de simulations d'examen de langue anglaise de haute qualité. Par conséquent, les candidats francophones ne sont pas sur un pied d'égalité avec les candidats anglophones. Il est reconnu que l'association n'exerce aucun contrôle sur ces ressources et qu'elle ne les endosse pas. Toutefois, l'examen NCLEX-RN n'existe pas en vase clos et le Commissariat est d'avis que l'association ne peut faire abstraction de l'existence de ces ressources et de leur disponibilité. Depuis que l'association a pris la décision d'utiliser l'examen NCLEX-RN, les candidats francophones et anglophones ne se trouvent plus sur le même pied d'égalité. [Je souligne.]

[15] Qui plus est, dans la partie intitulée « Conclusion et recommandations », la commissaire « rappelle que l'adoption de cet examen a créé une situation qui encourage les étudiants et étudiantes francophones à employer des ressources en anglais pour se préparer à un examen de l'association » et ajoute qu'« [u]ne telle situation nuit à la vitalité de la langue française ». Enfin, elle recommande, entre autres : « QUE l'association prenne les mesures qui s'imposent afin que les exigences d'admission à la

pratique de la profession infirmière au Nouveau-Brunswick respectent pleinement le paragraphe 41.1(3) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick (LLO)* ».

[16] S'agissant de la nature juridique des rapports des commissaires aux langues officielles, j'adopte les observations de la Cour fédérale d'appel, qui s'est exprimée ainsi dans l'arrêt *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments) (C.A.F.)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276 : « [...] les rapports de la commissaire sont recevables en preuve, mais ils ne lient pas le juge et peuvent être contredits comme tout autre élément de preuve » (par. 21). La question de savoir s'il y a eu manquement à une loi régissant les langues officielles dans un cas donné doit être déterminée par la cour, après avoir entendu et soupesé la preuve présentée par les parties. Toutefois, pour les fins de la motion qui nous occupe, il importe de noter que le rapport d'enquête de la commissaire a été reçu en preuve, car il est joint à l'affidavit soumis par l'Association à l'appui de sa motion, et qu'aucune preuve n'a été présentée pour le contredire.

C. *L'action sous-jacente*

[17] Les appelantes entament l'action sous-jacente en mai 2018, mois où la commissaire produit son rapport d'enquête. L'objectif ultime des appelantes est de faire invalider le NCLEX-RN comme examen d'admission à la profession infirmière au Nouveau-Brunswick, dans la mesure où, selon elles, cet examen défavorise les francophones.

[18] Selon les appelantes, depuis que l'Association a adopté le NCLEX-RN, les candidats qui choisissent de le subir en français sont défavorisés par rapport à ceux qui choisissent de le subir en anglais. Les appelantes soulèvent les allégations suivantes : les candidats qui subissent l'examen en français disposent de ressources insuffisantes – d'un point de vue tant quantitatif que qualitatif – pour s'y préparer; le taux d'échec des candidats francophones est nettement supérieur à celui des candidats anglophones; les candidats francophones sont de plus en plus nombreux à subir l'examen en anglais, bien

que leur langue maternelle soit le français; et le NCLEX-RN ne prend pas en compte la réalité linguistique minoritaire du français au Nouveau-Brunswick.

[19] Dans l'exposé de leur demande, les appelantes allèguent que « la politique selon laquelle l'[Association] a adopté le NCLEX-RN comme examen d'admission à la profession » (je souligne) viole les droits qui leur sont garantis par les par. 16(2), et 20(2) et l'art. 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 41.1(3) de la *Loi sur les langues officielles*, ainsi que la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 2011, ch. 198, et que cette politique est invalide et inopérante par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elles sollicitent des mesures réparatoires sous la forme de déclarations selon lesquelles ces violations ont été commises et le par. 52(1) rend la politique « constitutionnellement invalide et inopérante ».

[20] L'Association fait parvenir aux appelantes une demande de précisions portant sur la politique à laquelle elles renvoient dans l'exposé de leur demande. Les appelantes déposent un exposé des précisions dans lequel elles « précisent que la "politique" s'agit de la décision ou résolution de l'[Association] d'exiger le NCLEX-RN comme examen d'admission exclusif à la profession d'infirmière au Nouveau-Brunswick ».

[21] L'Association dépose un exposé de sa défense, dans lequel elle affirme que la « réclamation devrait être radiée pour l'absence de qualité pour agir » et nie plusieurs faits allégués dans l'exposé de la demande.

[22] L'Association dit s'acquitter de toutes les obligations linguistiques qui lui incombent. Elle fait valoir qu'elle met à la disposition des candidats un examen dans les deux langues officielles du Nouveau-Brunswick; que tout le matériel pédagogique préparatoire à l'examen recommandé par elle est offert dans les deux langues officielles; et que la production par des éditeurs indépendants de matériel pédagogique préparatoire à l'examen est totalement indépendante de sa volonté. Elle souligne qu'elle ne considère

pas que l'utilisation de ce matériel préparatoire à l'examen NCLEX-RN soit nécessaire, que l'utilisation de ce matériel soit répandue au Nouveau-Brunswick ou qu'il y ait un lien de causalité entre l'utilisation de ce matériel et le taux de réussite à l'examen.

[23] S'agissant des allégations de violations des droits linguistiques, l'Association « nie être considérée une institution de la législature et du gouvernement au sens des articles 16(2) et 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et nie l'applicabilité de ces articles ou les articles 16.1 et 52(1) de la *Charte* à » l'Association. Elle admet être « assujettie aux obligations prévues à l'article 41.1 » de la *Loi sur les langues officielles* et « affirme qu'elle a respecté durant toute période pertinente à cette poursuite et continue à respecter toutes ces obligations découlant de la LLO ». Par ailleurs, elle dit « que les dispositions de la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 2011, c. 198 n'accordent aux demandereses aucun droit qui pouvait constituer le fondement d'une cause d'action contre » l'Association.

[24] L'Association nie les faits allégués dans les huit paragraphes de l'exposé de la demande qui renvoient à « la politique selon laquelle l'[Association] a adopté le NCLEX-RN comme examen d'admission à la profession ». Toutefois, elle déclare que, « [l]e 1^{er} janvier 2015, l'EAIC a été remplacé partout au Canada, sauf au Québec, par le National Council Licensure Examination for Registered Nurses (NCLEX-RN) ». L'exposé de la défense est cependant muet sur la façon dont ce changement a été opéré. Il ne fait aucunement allusion à une politique, une résolution, une loi, un règlement administratif ou une règle quelconque que l'Association aurait adopté pour mettre en vigueur le NCLEX-RN.

[25] C'est en recevant la motion et l'affidavit qui l'accompagne que les appelantes ont appris que le NCLEX-RN est devenu l'examen d'admission obligatoire au Nouveau-Brunswick le 1^{er} janvier 2015 par application de la règle 3.02.

[26] Voici le texte de la règle 3.02 :

L'examen d'immatriculation des infirmières qui est exigé au Nouveau-Brunswick depuis le 1^{er} janvier 2015 est l'examen du National Council of State Boards of Nursing (NCSBN) appelé NCLEX-RN, ci-après nommé « examen d'immatriculation ».

[27] Comme je l'expliquerai, le défaut des appelantes de plaider spécifiquement la règle 3.02 a entraîné le rejet de leur action.

D. *L'avis de motion et la décision frappée d'appel*

[28] En août 2019, l'Association dépose un avis de motion dans lequel elle sollicite (1) qu'il soit déclaré que les appelantes « n'ont pas la qualité pour agir comme demanderesses dans la présente affaire »; et, (2) « en vertu de la règle 37.10a) des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick*, que cette motion soit transformée en une motion pour jugement rejetant la demande ». La cour a fait droit aux deux recours sollicités. C'est cette décision qui est frappée d'appel.

[29] Le juge saisi de la motion décrit les différentes parties ainsi :

L'[Association] est un organisme d'autoréglementation des membres de la profession infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick et fut créé en vertu de la *Loi sur les infirmières et infirmiers*, une loi d'intérêt privé adoptée par l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick. Cette loi donne la direction et l'administration des activités à un conseil d'administration qui a, entre autres, la responsabilité d'assurer l'accréditation des diplômé(e)s des écoles de formation infirmière afin d'obtenir une première immatriculation.

La SANB est un organisme regroupant plus de 20 000 membres et est consacrée à la défense et la promotion des droits de la communauté francophone et acadienne du Nouveau-Brunswick. La SANB veille au respect des droits linguistiques enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Loi sur les langues officielles* du

Nouveau-Brunswick. Elle a participé activement au processus d'enchâssement de la *Loi* reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick d[ans] la *Charte canadienne des droits et libertés*, donnant naissance à l'article 16.1 de la *Charte*.

La SANB est un interlocuteur important auprès des instances gouvernementales au nom des francophones et Acadiens et a intervenu à plusieurs reprises auprès des tribunaux à tous les niveaux jusqu'à la Cour suprême du Canada afin de contribuer et faire les représentations visant la mise en œuvre de mesures législatives et politiques.

La FÉÉCUM est l'organisme de regroupement de tous les étudiants et étudiantes de l'Université de Moncton, campus de Moncton. Parmi ses 3 700 membres, la FÉÉCUM représente et défend les droits des étudiants qui fréquentent le campus de Moncton dans divers facultés et écoles incluant les étudiantes et étudiants de la Faculté des sciences infirmières qui, année après année, octroi des diplômes aux finissants. [par. 3, 7, 8 et 9]

[30] Dans ses motifs, le juge déclare que les questions en litige sont les suivantes :

La SANB et la FÉÉCUM possèdent-elles la qualité privée requise afin d'agir à titre de demanderesses dans cette instance?

La SANB et la FÉÉCUM possèdent-elles la qualité publique requise afin d'agir à titre de demanderesses dans cette instance? [par. 15]

[31] Selon les mesures réparatoires sollicitées dans l'avis de motion, le juge était appelé à trancher deux questions principales. L'Association sollicitait non seulement une ordonnance déclarant que les appelantes n'avaient pas la qualité pour agir comme demanderesses, mais également un jugement portant rejet de la poursuite en vertu de la règle 37.10a), laquelle dispose ainsi:

On the hearing of a motion, the court may allow or dismiss the motion or adjourn the

À l'audition d'une motion, la cour peut accorder celle-ci, la rejeter ou ajourner

hearing, with or without terms; or, in the alternative or in addition, may direct

l'audience avec ou sans conditions. La cour peut prescrire en outre ou dans l'alternative

(a) in a proper case, that the motion be converted into a motion for judgment[.] [Emphasis added.]

a) que la motion soit transformée en une motion pour jugement, s'il y a lieu[.] [Je souligne.]

[32] À défaut d'une demande en vue d'obtenir la mesure réparatoire supplémentaire prévue à la règle 37.10a), le juge saisi de la motion n'avait aucun pouvoir de rejeter la poursuite. Le juge n'a aucunement signalé cette autre question cruciale qui était en litige, à savoir s'il y avait lieu de transformer la motion en motion pour jugement et rejeter l'action.

[33] Les appelantes ont reconnu ne pas avoir la qualité pour agir dans l'intérêt privé; de ce fait, le juge n'était appelé à trancher que la question de savoir s'il devait leur reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[34] En s'appuyant sur la décision de notre Cour dans *Province du Nouveau-Brunswick c. Morgentaler*, le juge observe à juste titre que seuls les juges des cours supérieures peuvent, dans l'exercice de leur compétence inhérente, reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public et que le fardeau de la preuve repose sur la partie qui revendique cette reconnaissance, soit en l'espèce la SANB et la FÉÉCUM.

[35] Le juge renvoie à l'arrêt *Downtown Eastside*, où la Cour suprême précise le critère servant à trancher les demandes en reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Ensuite, il analyse les trois facteurs pertinents et détermine que les appelantes n'ont pas démontré que leur participation en tant que demanderesses se justifie au regard de l'un quelconque de ces facteurs. Finalement, et dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire issu de sa compétence inhérente, il décide de ne pas reconnaître aux demanderesses la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[36] Ayant répondu par la négative aux deux seules questions en litige qu'il avait cernées, le juge a aussitôt rendu un jugement portant rejet de la poursuite en s'appuyant sur la règle 37.10a).

E. *Les questions en litige abandonnées*

[37] Les appelantes reconnaissent que certaines questions soulevées par l'exposé de leur demande n'ont été ni avancées devant la Cour du Banc de la Reine ni débattues devant notre Cour et les parties conviennent que ces questions ne sont plus en litige :

1. S'agissant du NCLEX-RN, les appelantes ne remettent plus en cause la qualité du français de l'examen, ne contestent plus l'examen au motif que la traduction française de celui-ci est inacceptable et n'affirment plus que les candidats francophones font face à des problèmes d'incompréhension auxquels les candidats anglophones ne sont pas confrontés;
2. S'agissant de la qualité pour agir, les appelantes reconnaissent ne pas avoir la qualité pour agir dans l'intérêt privé. Elles revendiquent plutôt la qualité pour agir dans l'intérêt public seulement;
3. S'agissant du par. 24(1) de la *Charte*, les appelantes admettent qu'elles ne peuvent demander réparation au titre de ce paragraphe. J'en conviens. Cette disposition ne peut être invoquée par une partie à un litige d'intérêt public. « Aux fins du paragraphe 24(1), c'est le demandeur lui-même qui doit être atteint dans les droits que lui garantit la *Charte*, et non une tierce partie » (voir M. Power et A. Braën, dans « *Les recours en matière de droits linguistiques* » (Michel Bastarache (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd. (Montréal : Les Éditions Yvon Blais Inc., 2004), p. 605).

III. Analyse

A. *La qualité pour agir dans l'intérêt public*

[38] Une partie demanderesse qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public doit convaincre la cour que les facteurs énumérés par la Cour suprême dans *Downtown Eastside*, examinés selon une approche téléologique, souple et libérale, militent en faveur de la reconnaissance de cette qualité :

Lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire en matière de qualité pour agir, les tribunaux soupèsent trois facteurs à la lumière de ces objectifs sous-jacents et des circonstances particulières de chaque cas. Ils se demandent si l'affaire soulève une question justiciable sérieuse, si la partie qui a intenté la poursuite a un intérêt réel ou véritable dans son issue et, en tenant compte d'un grand nombre de facteurs, si la poursuite proposée constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour : *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, p. 253. Les tribunaux exercent ce pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir de façon « libérale et souple » (p. 253).
[par. 2]

[39] Chaque facteur doit être soupesé à la lumière des deux autres, et les facteurs doivent être appréciés cumulativement plutôt qu'individuellement (*Downtown Eastside*, par. 52 et 53). L'arrêt *Downtown Eastside* portait surtout sur le troisième facteur, les deux autres ayant été concédés. Néanmoins, le juge Cromwell, auteur des motifs de la décision unanime, a examiné à nouveau les trois facteurs, s'exprimant ainsi :

[...] Bien qu'il n'y ait guère de désaccord quant au fait que les deux premiers facteurs favorisent la reconnaissance de la qualité pour agir, je vais les examiner tous les trois, car, à mon avis, ils doivent être appréciés cumulativement plutôt qu'individuellement. Après avoir examiné les trois facteurs suivant une approche téléologique, souple et libérale, je conclus que la Cour d'appel était justifiée de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public [...]. [par. 53]

[40] Il faut « se rappeler que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est de garantir qu'une loi n'est pas à l'abri de la contestation » (*Downtown Eastside*, par. 33, le juge Cromwell, citant le juge Cory dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, [1992] A.C.S. n° 5 (QL), p. 256). Par ailleurs, comme le juge Cromwell l'explique, « les règles de droit relatives à la qualité pour agir tirent leur origine de la nécessité d'établir un équilibre "entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires" : *Conseil canadien des Églises*, p. 252 » (*Downtown Eastside*, par. 23).

[41] Dans le cadre d'une motion en reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public, le juge est tenu de se prononcer non pas sur la question de savoir s'il est vraisemblable que les demandresses auront gain de cause dans leur action, mais plutôt sur l'opportunité de leur reconnaître la qualité d'agir et de permettre ainsi à l'action de suivre son cours.

i. Premier facteur : une question justiciable sérieuse est-elle soulevée?

[42] Pour expliquer ce facteur, la Cour suprême a invoqué la jurisprudence, selon laquelle une question sérieuse soulève un point constitutionnel important, une question importante ou une action qui est loin d'être futile, tout en précisant que, s'agissant de la détermination de la qualité pour agir, « les tribunaux ne doivent pas examiner le bien-fondé d'une affaire autrement que de façon préliminaire » et que, dès qu'il devient évident qu'un exposé de la demande « fait état d'au moins une question sérieuse, il ne sera généralement pas nécessaire d'examiner minutieusement chacun des arguments plaidés pour trancher la question de la qualité pour agir » (*Downtown Eastside*, par. 42).

[43] Je note que le juge ne s'est aucunement demandé si la violation alléguée du par. 41.1(3) de la *Loi sur les langues officielles* pouvait, à elle seule, soulever une question sérieuse compte tenu de la conclusion non contestée de la commissaire selon

laquelle l'Association « a enfreint la [*Loi sur les langues officielles*], car elle a adopté un examen d'admission qui défavorise nettement les candidats francophones ».

[44] S'agissant du premier facteur, le juge saisi de la motion observe, correctement selon moi, que la cause d'action la plus commune invoquée par les parties à la recherche de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est une demande fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Celui-ci dispose : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».

[45] Le juge conclut que le par. 52(1) est inapplicable puisqu'il s'agit en l'espèce de la contestation d'une décision administrative plutôt que de la contestation de la disposition d'une loi ou d'un règlement :

Cette disposition donne lieu à une cause d'action statutaire lorsqu'un demandeur souhaite contester la constitutionnalité d'une disposition d'une loi même ou des règlements y afférents, et non afin de contester une décision prise par une entité administrative en vertu de la compétence qui lui est conférée par sa loi habilitante. Les faits que l'on retrouve dans l'exposé de la demande des demanderesses, même s'ils s'avèrent vrais, ne contestent pas la constitutionnalité d'aucune des dispositions de la loi habilitante ou de ses règlements. Le recours en vertu du paragraphe 52(1) est par conséquent inapplicable. [par. 30]
[Je souligne.]

[46] C'est principalement l'analyse portant sur le premier facteur qui a été déterminante de la décision frappée d'appel.

[47] Dans leur mémoire, les appelantes avancent que, même si aucune disposition n'a été mentionnée dans les plaidoiries, c'est effectivement la règle 3.02 des règles de l'Association qu'elles contestent. Elles soutiennent que, dans l'action sous-jacente, elles « adoptent la position selon laquelle la Règle 3.02 (appelée "politique" dans la poursuite) qui prévoit l'utilisation du NCLEX comme examen d'immatriculation à la

profession infirmière devrait être invalidée », car elle défavorise les francophones et ainsi constitue une violation de la *Charte* et de *Loi sur les langues officielles*.

[48] Dans son mémoire, l'Association fait valoir à juste titre que les appelantes n'ont pas plaidé l'inconstitutionnalité d'une disposition législative ou réglementaire et que ni l'exposé de la demande ni l'exposé des précisions ne fait référence à la règle 3.02. Selon l'Association, la poursuite proposée par les appelantes vise à contester la politique ou la décision du conseil d'administration de l'Association qui consiste à avoir adopté le NCLEX-RN comme examen d'admission à la profession infirmière. Le par. 52(1) ne s'appliquerait pas à une telle politique ou décision.

a) *Question de la Cour*

[49] À la lecture du dossier et des mémoires, il est devenu apparent que nulle partie n'avait soulevé le rôle crucial joué par la règle 37.10a) en l'espèce, et que cette question devait être élucidée. De sa propre initiative, la Cour a demandé à la registraire de faire parvenir aux parties la question suivante :

Est-ce que le juge saisi de la motion pouvait faire droit à la motion pour un jugement en application de la règle 37.10a) des *Règles de procédure* sans déterminer si une modification à l'exposé de la demande qui mettrait en cause la validité de la règle 3.02 des règles de l'Association ne soulèverait pas une question sérieuse aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des dispositions pertinentes de la *Loi sur les langues officielles*?

[50] L'audition de l'appel a été reportée. À l'invitation de la Cour, les parties ont déposé, avant l'audience, des mémoires complémentaires portant sur cette question, qui a été pleinement débattue lors de l'audience. Ainsi que je l'expliquerai, il y a lieu de répondre par la négative à la question soulevée par la Cour.

[51] Les appelantes affirment que, lorsqu'elles ont rédigé l'exposé de leur demande, elles n'avaient pas en main les règles de l'Association, ce qui explique leur

référence à une « politique » dans cet exposé et à « une décision ou une résolution » dans leurs précisions, plutôt qu'à la « règle 3.02 ».

[52] Les appelantes avancent toutefois qu'il ressort clairement à la lecture de l'exposé de leur demande et de l'exposé des précisions que les mots « politique », « décision » et « résolution » font allusion à la règle 3.02 puisque c'est par application de cette règle que l'Association a rendu la réussite du NCLEX-RN obligatoire. En outre, elles affirment qu'il était évident aux yeux de tous lors de l'audience sur la motion que la contestation portait sur la validité constitutionnelle de la règle 3.02. Elles ajoutent que, si elles avaient su ou compris que le juge n'acceptait pas que la « politique » plaidée dans l'exposé de leur demande et précisée dans l'exposé des précisions comme s'agissant « de la décision ou de la résolution de l'[Association] d'exiger le NCLEX-RN » renvoyait explicitement à la règle 3.02, elles auraient présenté une motion en modification de l'exposé de leur demande.

[53] Dans son mémoire complémentaire, l'Association affirme qu'« [e]n l'espèce, le fait que l'exigence de l'examen NCLEX-RN soit imposée par la Règle 3.02 avait été souligné à la fois dans les représentations écrites de l'[Association], mais également au cours de l'audience devant le juge saisi de la motion » et que « [l]es appelantes ont choisi de ne présenter aucune motion visant à modifier leurs plaidoiries. » Les appelantes ne contestent aucunement que la règle 3.02 a été soulignée; au contraire, elles avancent que, lors de l'audience sur la motion, elles croyaient que tous savaient que l'exigence du NCLEX-RN était imposée par la règle 3.02, et que c'était la constitutionnalité de cette disposition qu'elles contestaient. Conséquemment, elles n'ont pas perçu le besoin de modifier l'exposé de leur demande pour mettre en cause la constitutionnalité de la règle 3.02.

[54] Dans leur mémoire préparatoire à la motion, les deux parties ont reconnu que le NCLEX-RN était devenu l'examen d'admission par application des règles de l'Association.

[55] Dans son mémoire, l'Association fait spécifiquement référence à la règle 3.02 au paragraphe 3, où elle confirme que le NCLEX-RN est l'examen d'admission depuis le 1^{er} janvier 2015 et renvoie à la note en bas de page suivante : « Voir *Règle de l'Association des infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick*, art. 3.02 (Dossier de la motion, à la p. 156) ».

[56] Pour leur part, les appelantes les mentionnent à deux reprises. La première mention se trouve au paragraphe 15, où elles définissent l'objectif de leur poursuite comme étant l'invalidation de la politique ou de la règle qui fait du NCLEX-RN l'examen d'admission obligatoire :

Dans leur poursuite, les demanderesses adoptent la position selon laquelle la politique et/ou règle qui prévoit l'utilisation du NCLEX comme examen d'immatriculation à la profession infirmière devrait être invalidée, car ledit examen NCLEX ne met pas les étudiants francophones sur le même pied d'égalité que les étudiants anglophones.

[Je souligne.]

[57] La seconde mention se trouve aux paragraphes 34 et 35, où les appelantes discutent la question de savoir si l'affaire soulève une question justiciable sérieuse:

Bref, est-ce qu'il y a devant le Juge un débat non frivole qui met en question la constitutionnalité d'une disposition?

En l'espèce, le débat porte à savoir si l'adoption du NCLEX prévu à la Partie 3A - Examen d'immatriculation des infirmières des Règles de l'Association des infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick viole les dispositions 16(2), 16.1, 20(2) de la *Charte* ainsi que l'article 41.1(3) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*.

[Je souligne.]

[58] Comme je l'ai mentionné, c'est à la règle 3.02, qui figure à la partie 3A des règles de l'Association, que l'adoption du NCLEX-RN est prévue. La règle 3.02 fait partie du dossier, étant donné que l'Association a joint à l'affidavit soumis à l'appui de sa

motion la *Loi sur les infirmières et les infirmiers* ainsi que ses règlements administratifs et ses règles d'application.

[59] Le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourrait s'appliquer à la règle 3.02 si la poursuite visait l'annulation de cette dernière. Or, comme l'a fait valoir l'Association, l'exposé de la demande ne sollicite pas une telle réparation. De fait, il ne contient pas d'allégation portant qu'une loi, un règlement ou une règle enfreint la *Charte*. L'allégation veut que la décision qui a mené à l'adoption de l'examen viole la *Charte* et doive être invalidée par application du par. 52(1). Je suis d'avis que le juge est arrivé à sa conclusion concernant le facteur de la « question justiciable sérieuse » puisque les appelantes n'avaient pas spécifiquement plaidé l'inconstitutionnalité de la règle 3.02.

b) *L'importance des plaidoiries*

[60] L'importance des plaidoiries a souvent été soulignée par la Cour. Dans l'affaire *Section locale 772 de l'Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada, Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada, section locale 325, Hughes et Wood*, 2013 NBCA 33, 404 R.N.-B. (2^e) 332, le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) l'a décrite en ces termes :

L'importance qu'il y a à produire des plaidoiries qui respectent à la fois la lettre et l'esprit de la règle 27 a récemment été soulignée dans l'arrêt *Succession de Michael Burke et 1021256 Ontario Inc. c. Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurance*, 2011 NBCA 98, 381 R.N.-B. (2^e) 81. Dans cette affaire, les plaidoiries de la défenderesse n'exposaient pas de façon concise les faits déterminants invoqués à l'appui de la levée du voile de la personnalité morale et ce recours en equity n'y était pas non plus sollicité :

[...] Dans l'arrêt *Parlee c. McFarlane* (1999), 210 R.N.-B. (2e) 284, [1999] A.N.-B. n° 88 (C.A.) (QL), la Cour a lancé une mise en garde contre l'inobservation de ces règles :

[TRADUCTION]

Il est établi que les pièges pendant le procès n'ont pas leur place dans notre système de justice moderne. Les règles de plaidoirie qu'énonce la règle 27 des *Règles de procédure* sont conçues de manière à assurer que seules seront soulevées les questions pertinentes et qu'aucune partie ne sera prise par surprise. On ne peut sous-estimer d'aucune manière l'importance des plaidoiries. Elles définissent les questions en litige tant pour les parties que pour le juge. En fait, je ne peux pas voir comment un juge de procès pourrait trancher à bon droit une cause dont il est saisi sur un fondement qui n'aurait été soulevé ni dans les plaidoiries ni au procès. [Par. 33]

Le renvoi dans ce passage à des « questions [...] qui n'aurai[ent] [pas] été soulevé[es] [...] au procès » avait pour but de souligner qu'il serait possible de trancher à bon droit une cause sur un fondement qui n'aurait pas été soulevé dans les plaidoiries à condition que ce fondement et les faits déterminants aient été mis en évidence et portés à la connaissance de la partie adverse de manière non préjudicielle. Ces rares situations permettent à notre Cour de confirmer la décision rendue au procès au motif que la plaidoirie était [TRADUCTION] « réputée » modifiée. [...]

[Par. 56 à 59]

[par. 43]

c) *Les règles 23.01(1)a) et b) et 37.10a) et les modifications aux plaidoiries*

[61] Dans *Sewell c. Compagnie d'assurance ING du Canada*, 2007 NBCA 42, 314 R.N.-B. (2e) 330, notre Cour a donné l'explication suivante des règles 23.01(1)a) et b) :

La règle 23.01(1) offre aux parties trois recours distincts, de portée très précise, par lesquels elles peuvent solliciter une décision préalable au procès sur un point en litige. Suivant la règle 23.01(1)a), une question de droit soulevée par une plaidoirie peut être tranchée si sa solution est susceptible de régler le litige, d'abrégier le procès ou d'amener une réduction considérable des frais. La règle 23.01(1)b) [...] permet à une partie de demander que la radiation d'une plaidoirie soit ordonnée. Cette demande ne peut être accueillie que si la plaidoirie contestée ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable. Ni l'un ni l'autre de ces alinéas ne permet à la cour de rejeter l'action et de rendre jugement en conséquence. [...] [par. 6]

[62] L'utilisation appropriée de la règle 37.10a) a été explicitée dans l'arrêt *Gillis*. La question centrale dans cette affaire était de savoir si le jugement rendu en vertu de la règle 37.10a) en faveur du défendeur était le produit d'une erreur justifiant son infirmation. M^e Gillis, le demandeur, était un avocat plaideur expérimenté. À la veille de l'audition d'une motion présentée en vue de l'obtention de la mesure réparatoire prévue à la règle 23.01(1)b), M^e Gillis avait déposé, avec le consentement des défendeurs, un exposé modifié soigneusement rédigé. Le juge saisi de la motion a néanmoins conclu que l'exposé de la demande modifié ne révélait aucune cause d'action raisonnable. Notre Cour a estimé que le jugement n'était qu'une simple formalité et que le juge avait eu raison de rendre un jugement en vertu de la règle 37.10a). S'agissant du lien qui existe entre la règle 37.10a) et les modifications éventuelles, le juge d'appel Drapeau, qui rendait jugement au nom de la Cour, s'est exprimé ainsi:

[...] Selon nos *Règles de procédure*, lorsqu'une mesure de redressement est accordée au titre des règles 23.01(1)a) ou b), un jugement ne s'ensuit pas automatiquement. En fait, une modification des plaidoiries pourrait régler le problème et donner un fondement à l'action ou la défense, d'où l'option, dans certains cas, de rendre une ordonnance de transformation et un jugement en vertu de la règle 37.10a). Pour ce qui est de l'exposé de la demande, la mesure de redressement est justifiée lorsqu'aucune modification donnant lieu à une cause d'action raisonnable n'est appropriée. [...] [par. 39]

Voir également *Jones' Masonry Ltd. c. Construction de Défense (1951) Limitée*, 2010 NBCA 8, 353 R.N.-B. (2^e) 359, par. 24; Sewell, par. 23; *Norris c. Lloyd's of London* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 29, [1998] A.N.-B. n° 351 (QL) (C.A.), par. 13.

[63] Ces observations valent également en l'espèce. Le refus de reconnaître aux appelantes la qualité pour agir n'entraîne pas le rejet de l'action; la règle 37.10a) doit également être invoquée. Nos *Règles de procédure* ne confèrent pas aux tribunaux le pouvoir de rejeter systématiquement une poursuite sur détermination de la question préliminaire de la qualité pour agir dans l'intérêt public. La règle 37.10a) autorise la cour à transformer une motion en une motion pour jugement « s'il y a lieu » (« *in a proper case* »). La cour doit alors rechercher les circonstances dans lesquelles il y a lieu, ou il est approprié, de transformer une motion en motion pour jugement en vertu de la règle 37.10a).

[64] La notion voulant qu'il soit loisible de permettre des modifications à l'exposé de la demande dans une motion sollicitant un recours prévu à la règle 23.01(1)a) et b) ou encore un déni de la qualité pour agir, au lieu de rejeter la poursuite, est compatible avec l'enseignement donné dans l'arrêt *Sewell*, où notre Cour dit que, « lorsqu'une interprétation généreuse de ses dispositions ne rétablit pas [l'exposé de la demande], il convient de permettre toute modification opportune » (par. 26). Voir également *Jones' Masonry Ltd.*, par. 28; *Norris*, par. 37.

[65] Ainsi que je l'ai indiqué précédemment, les appelantes n'ont pas demandé l'autorisation de modifier l'exposé de leur demande. L'absence de demande de modification peut entraîner le rejet de l'action. Conséquemment, l'Association fait valoir que le juge saisi de la motion n'a commis aucune erreur en déterminant la question dont il était saisi sans considérer la modification des plaidoiries à défaut d'une demande visant leur modification. À l'appui de son affirmation, l'Association invoque la décision de la Cour dans l'affaire *Robson c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3339*, 2019 NBCA 55, [2019] A.N.-B. n° 189 (QL). Dans *Robson*, la Cour a déclaré que le juge n'avait pas l'obligation de modifier les plaidoiries de sa propre initiative alors que

l'autorisation de les modifier n'avait pas été demandée, la défenderesse avait souligné l'insuffisance des plaidoiries dans son mémoire préparatoire à la motion et avisé que la question serait plaidée.

[66] L'arrêt *Robson* se distingue nettement de l'espèce parce qu'il porte sur une motion présentée sous le régime de la règle 22, qui autorise explicitement l'attribution d'un jugement sommaire. La règle 37.10a) n'entre donc pas en jeu, et le juge n'a pas les mêmes obligations.

[67] Par ailleurs, comme je l'ai noté plus haut, même si l'Association a renvoyé à la règle 3.02 dans son mémoire préparatoire à la motion, aucun élément du dossier ne me permet de conclure que les appelantes avaient été avisées que la question de l'insuffisance des plaidoiries, c'est-à-dire le fait que la règle 3.02 n'était pas explicitement invoquée, serait plaidée au soutien du déni de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il relève du simple bon sens que, si les appelantes avaient compris qu'une modification était nécessaire, elles auraient demandé à la cour l'autorisation requise.

[68] Il s'ensuit que je ne saurais retenir la prétention de l'Association portant que le défaut du juge d'explorer la possibilité de modifications appropriées à l'exposé de la demande est sans conséquence.

[69] J'estime que la décision rendue en première instance, particulièrement en rapport avec les deux premiers facteurs du critère énoncé dans *Downtown Eastside*, est largement tributaire de la conclusion du juge selon laquelle il n'était pas saisi de la contestation constitutionnelle d'une disposition législative ou réglementaire du fait que la règle 3.02 n'était pas plaidée et qu'une déclaration de son invalidité n'était pas sollicitée en tant que mesure réparatoire.

[70] Lorsqu'il s'agit de rendre justice en application de la règle 37.10a), la cour joue un rôle particulier. Elle doit se demander, dans chaque cas où l'auteur de la motion s'appuie sur la règle 37.10a), s'il y a lieu de rendre un jugement portant rejet de la

poursuite. Il s'agit d'une condition préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire que permet la règle 37.10a).

[71] Dans le cadre de la règle 37.10a), il incombait au juge saisi de la motion de déterminer au préalable si un obstacle à la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public serait écarté par une modification à l'exposé de la demande qui mettrait explicitement en cause la règle 3.02 et rétablirait l'action pour les fins de l'examen du premier facteur établi dans l'arrêt *Downtown Eastside*. Le cas échéant, le juge devait inviter les appelantes à modifier l'exposé de leur demande pour qu'il puisse examiner la demande de mesure réparatoire suivante, soit la transformation de la motion en motion pour jugement et le rejet de l'action. Après avoir conclu qu'il allait mettre fin à la poursuite, car les appelantes n'avaient pas plaidé la règle 3.02, par souci d'équité, le juge ne pouvait plus être passif. En effet, il ne pouvait rendre jugement en application de la règle 37.10a) que si aucune modification à l'exposé de la demande n'était susceptible d'ouvrir la voie à la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[72] Le juge devait déterminer si une modification à l'exposé de la demande qui mettrait en cause la validité de la règle 3.02 ne soulèverait pas une question sérieuse au regard du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des dispositions pertinentes de la *Loi sur les langues officielles*. Le juge n'est pas obligé d'accepter de modifier les plaidoiries, mais encore faut-il qu'il le considère, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

[73] Cette démarche s'accorde avec l'enseignement donné dans *Downtown Eastside*, où la Cour suprême exhorte les tribunaux à considérer des solutions de rechange moins catégoriques avant de prendre la mesure qu'elle qualifie de « mesure radicale » de mettre fin à une poursuite en refusant de reconnaître la qualité pour agir (par. 64 et 75).

[74] À mon avis, l'erreur du juge justifie par elle-même l'intervention de la Cour. Il n'est donc pas nécessaire d'aborder la question de savoir s'il a bien appliqué ou

bien apprécié les deuxième et troisième facteurs. Toutefois, je formulerai quelques observations les concernant.

ii. Deuxième facteur : la nature de l'intérêt du demandeur

[75] L'Association fait valoir que, même si les appelantes avaient été en mesure de démontrer l'existence d'une question justiciable sérieuse, elles n'auraient tout de même pas pu se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, car elles ne satisfaisaient manifestement pas aux deux autres facteurs établis dans *Downtown Eastside*. En toute déférence, cette prétention est discutable. Ces trois facteurs ne doivent « pas être considérés comme des exigences inflexibles ou comme des critères autonomes sans aucun lien de dépendance les uns avec les autres » (*Downtown Eastside*, par. 20). Comme je l'ai noté plus haut, chaque facteur doit être soupesé à la lumière des deux autres, et les facteurs doivent être appréciés cumulativement plutôt qu'individuellement (*ibid.*, par. 52 et 53).

[76] La question qui se pose est de savoir si la SANB ou la FÉÉCUM « a un intérêt réel dans les procédures ou est engagée quant aux questions qu'elles soulèvent » (*Downtown Eastside*, par. 43).

[77] Le juge saisi de la motion a observé que « [l]a SANB veille au respect des droits linguistiques enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* » (par. 7). L'analyse et la conclusion du juge concernant le deuxième facteur du critère auraient-elles été différentes si l'action avait contesté la constitutionnalité de la règle 3.02 au motif que l'examen NCLEX-RN qui y est imposé ne respecte pas les droits linguistiques des francophones du Nouveau-Brunswick? Aurait-il été plus enclin à conclure que les intérêts de l'une ou l'autre appelante étaient intimement liés aux objectifs corporatifs de l'une d'elles? L'état des plaidoiries des appelantes explique-t-il aussi la conclusion du juge sur ce facteur?

[78] En l'espèce, il n'est pas allégué que les appelantes sont de simples trouble-fête. Ce sera au nouveau juge de déterminer si l'une ou l'autre appelante a un solide engagement à l'égard de l'enjeu en cause.

iii. Troisième facteur : une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux

[79] L'arrêt *Downtown Eastside* portait surtout sur ce troisième facteur. Jusqu'alors, selon la formulation traditionnelle, le requérant devait démontrer qu'il n'y avait pas d'autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la cour. Dans *Downtown Eastside*, la Cour suprême a conclu que ce facteur « devrait être formulé comme ceci : la poursuite proposée constitue-t-elle, compte tenu de toutes les circonstances, une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » (par. 52) (je souligne). Puisque le juge en cabinet avait considéré la formulation traditionnelle, la Cour a jugé qu'« un tel examen du troisième facteur devrait être considéré comme une erreur de principe » et elle a donc réévalué le poids qu'il convenait de donner à ce facteur (par. 60).

[80] En l'espèce, le juge saisi de la motion n'a ni cerné ni résolu la question de savoir si la poursuite constituait une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Le juge a commis une erreur de principe s'il a conclu qu'il était tenu d'appliquer la norme plus stricte selon laquelle les appelantes devaient démontrer qu'il n'y avait pas d'autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la cour et que les appelantes n'avaient pas satisfait à cette norme.

[81] La ou le juge qui entendra les parties devra évaluer le troisième facteur en recherchant si la poursuite des appelantes constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

[82] Dans *Downtown Eastside*, la Cour suprême a donné une liste non exhaustive d'« exemples de certaines questions interdépendantes que les tribunaux

pourraient trouver utile de prendre en compte au moment de se pencher sur le troisième facteur discrétionnaire » (par. 51). La cour qui fait fi de ces exemples s'expose au risque.

[83] En l'espèce, le juge a conclu que le troisième facteur n'est pas rempli étant donné qu'il n'est pas convaincu que les appelantes puissent établir le fondement factuel de leurs allégations. La difficulté sur le plan probatoire n'est pas plus grande pour les appelantes qu'elle ne le serait pour une demanderesse qui est candidate à l'examen. En outre, cette présumée difficulté n'est pas pertinente quant à l'appréciation du troisième facteur. Il ne s'agit ni d'une motion présentée en vue de l'obtention d'un jugement sommaire sous le régime de la règle 22 ni de l'instruction de l'affaire.

[84] Si la modification devait être permise et qu'un juge reconnaît à l'une ou l'autre appelante la qualité pour agir dans l'intérêt public, une cour pourrait un jour être appelée à trancher la question de savoir si le NCLEX-RN défavorise les candidats francophones. Il conviendra alors de trancher les questions factuelles et la question ultime de la mesure dans laquelle, le cas échéant, la règle 3.02, adoptée par l'Association, porte atteinte aux droits garantis par les par. 16(2) et 20(2) et l'art. 16.1 de la *Charte*, par le par. 41.1(3) de la *Loi sur les langues officielles* ou par la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*. Le cas échéant, la cour devra également déterminer s'il est indiqué d'accorder les ordonnances déclaratoires sollicitées.

[85] La cour peut vérifier le bien-fondé d'une demande au stade préliminaire de l'instance en recourant à d'autres moyens procéduraux appropriés. Toutefois, pour les fins de la motion qui nous occupe, les appelantes ne sont pas tenues de démontrer qu'elles auront gain de cause sur le fond.

B. *La mesure réparatoire appropriée*

[86] À mon avis, il ne s'agit pas en l'espèce d'une instance où nous devrions recourir aux règles 1.02.1 et 62.21(1) et décider si les appelantes devraient se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[87] Puisque le juge n'a pas envisagé la possibilité d'une modification à l'exposé de la demande qui aurait mis en cause la validité de la règle 3.02, il n'a pas non plus considéré d'autres questions en litige qui pourraient être importantes, nonobstant la modification, pour décider si l'affaire soulève une question justiciable sérieuse telles que les suivantes :

- La règle 3.02 est-elle une « règle de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- L'Association est-elle, au sens des par. 16(2) et 20(2) et de l'art 16.1 de la *Charte*, une « institution » assujettie aux obligations qui découlent de ces dispositions, même si elle a été créée par une loi d'intérêt privé?
- Un jugement déclaratoire est-il indiqué lorsque le dossier vise non pas l'actualité, mais des événements passés? Si l'examen NCLEX-RN défavorisait les candidats francophones au moment où la poursuite a été entamée, en mai 2018, en est-il toujours ainsi?

[88] Je suis d'avis que nous ne devrions pas trancher les questions qui demeurent en litige, sans le bénéfice de l'analyse circonstanciée d'une ou d'un juge de la Cour du Banc de la Reine. Je renverrais donc l'affaire à cette cour.

[89] La ou le juge devra (1) déterminer s'il y a lieu de modifier l'exposé de la demande pour mettre en cause la règle 3.02 ou de rejeter l'action; (2) si la modification est permise, trancher la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public au regard de cette modification selon le cadre prescrit par l'arrêt *Downtown Eastside* sans être lié(e)

par les observations du juge saisi de la motion afférentes à chacun des trois facteurs énoncés dans cet arrêt.

IV. Conclusion et dispositif

[90] Ayant conclu que le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe dans l'application de la règle 37.10a), j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision du juge et je renverrais l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour la tenue d'une nouvelle audience devant un autre juge selon les directives énoncées ci-haut.

[91] Je n'accorderais aucuns dépens, que ce soit au titre de la motion devant la Cour du Banc de la Reine ou au titre de l'appel, compte tenu de l'ensemble des circonstances, y compris le fait que la question fondamentale pour les fins de l'appel a été soulevée par la Cour.

LAVIGNE, J.A.

I. Introduction and Summary

[1] This appeal shines the spotlight once again on the proper use of Rule 37.10(a) of the *Rules of Court*. In *Gillis v. Cities of Bathurst and Fredericton*, 2020 NBCA 16, [2019] N.B.J. No. 401 (QL), the Court reiterates that “[u]nder our *Rules of Court*, where relief is granted under Rules 23.01(1)(a) or (b), judgment does not automatically follow” (para. 39). A companion or follow-up motion for judgment is required, making it necessary to refer to Rule 37.10(a). Under this Rule, the court must inquire whether the motion before it is a “proper case” for conversion into a motion for judgment. “For statement of claim purposes, that relief is warranted where no amendment giving rise to a reasonable cause of action is appropriate” (*ibid.*).

[2] The principle underlying the decision in *Gillis* also applies to the case before us, where a judgment is sought under Rule 37.10(a) in the event the Court dismisses an application for public interest standing, where the dismissal is ultimately based on the failure to plead an essential element.

[3] A judge of the Court of Queen’s Bench, on a motion, refused to exercise his inherent discretion to grant the appellants, La Société de l’Acadie du Nouveau-Brunswick Inc. (SANB) and La Fédération des étudiants et étudiantes du Centre universitaire de Moncton incorporée (FÉÉCUM), public interest standing in an action where they claim there has been an infringement of language rights. The motion judge’s refusal is based on his finding that neither appellant has proven its involvement as plaintiff is warranted with respect to any of the three factors set out by the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524: a serious justiciable issue, a real

stake or a genuine interest in the case and a reasonable and effective way to bring the issue before the court.

[4] The judge immediately converted the motion into a motion for judgment and dismissed the appellants' action, pursuant to Rule 37.10(a), as requested by the respondent, the Nurses Association of New Brunswick (Association).

[5] The appellants seek reversal, claiming that, in refusing to grant them public interest standing, the judge (1) erred in law in interpreting and applying the three factors of the test set out in *Downtown Eastside*, or (2) erred in both fact and law in his assessment of the evidence relating to those factors.

[6] The decision to grant public interest standing is based on the exercise of judicial discretion. It is therefore not appropriate for this Court to intervene unless the decision is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence, or unless the decision is unreasonable in the sense that nothing in the record can justify it (see *Province of New Brunswick v. Morgentaler*, 2009 NBCA 26, 344 N.B.R. (2d) 39, para. 60; *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, [2006] N.B.J. No. 307 (QL), para. 4).

[7] I am of the view the judge committed a significant error in applying Rule 37.10(a). Under this Rule, before converting a motion into a motion for judgment dismissing the case, the judge was required to determine whether an obstacle to obtaining public interest standing would be removed if the Statement of Claim were amended to raise the issue of the validity of subsection 3.02 of the Rules of the Association (Rule 3.02). By omitting this step, the judge erred in principle thereby warranting a reversal of his decision.

[8] For the reasons set out below, I would allow the appeal, set aside the decision and remit the matter to the Court of Queen’s Bench for a new hearing before a different judge.

II. Background

A. *The New Examination – NCLEX-RN*

[9] Before 2015, the registration examination required for nurses in New Brunswick and in all Canadian provinces (except Québec) was the Canadian Registered Nurse Examination (CRNE). Since January 1, 2015, the registration examination required by the Association has been the NCLEX- RN.

[10] Designed by the National Council of State Boards of Nursing, the NCLEX-RN was developed in the United States, in English, and then adapted and translated into French for the Canadian context. It has been used across the United States since 1994 and in Canada (except in Québec), including New Brunswick, since January 1, 2015. The acronym NCLEX-RN means “*National Council Licensure Examination for Registered Nurses*”. It appears that neither the name of the examination nor its acronym has been translated from English into French.

[11] After introducing the NCLEX-RN, the Association adopted certain transitional provisions to allow applicants for registration to take the examination as many times as they wished over a period of three years (the number of attempts was previously limited) and to obtain a temporary registration authorizing them to practise as a nurse for a period of two years, while they attempted to pass the examination. Candidates who take advantage of these transitional provisions are, however, required to pay additional fees.

B. *The Complaints to the Office of the Commissioner*

[12] In July 2016, two complaints against the Association were filed with the Office of the Commissioner of Official Languages for New Brunswick. The complainants alleged they were placed at a disadvantage when they chose the French language in their attempt to meet the requirements for admission to the nursing profession. Among other things, they complained about the lack of French resources to prepare for the examination.

[13] The Commissioner conducted an investigation under the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5. The Commissioner's investigation report, issued in May 2018, sets out the following findings:

[...] between 2010 and 2014, the success rate of New Brunswick graduates remained between 74% and 91% and [...] the gap among the l'Université de Moncton graduates compared to the UNB graduates decreased from 18% to 0%.

[...] first time exam writing success rates for Université de Moncton graduates declined drastically after the introduction of the NCLEX-RN, falling from 91% in 2014 to 32% in 2015, demonstrating a drop in success rates of 59 percentage points. Additionally, [...] the 2015 first time success rate of Université de Moncton exam candidates was 26 percentage points lower than their UNB counterparts.

[...] in 2015, over 83% of Université de Moncton graduates made their first NCLEX-RN attempt in French. [...] In 2017, out of 96 Université de Moncton nursing graduates, only 45 students, representing less than half of the graduates of the French academic program, chose to write the NCLEX-RN in French on their first attempt.

[14] The Commissioner determined the complaints were founded and the Association violated s. 41.1(3) of the *Official Languages Act*. In the summary, she stated:

[...] subsection 41.1(3) of the [*Official Languages Act*] stipulates that people cannot be placed at a disadvantage

because they have chosen one official language rather than the other to fulfil a requirement of a professional association, such as writing an entry to practice exam.

Following its investigation, the Office of the Commissioner of Official Languages determined that the Association breached the OLA due to the fact that it adopted a licensing exam that places members of the Francophone community at a clear disadvantage. There is indeed a significant gap in the exam preparation resources available to one linguistic community compared to the other. Whereas there is only one French-language question bank tool, with no simulation exam and a limited number of practice questions, there is a vast array of high quality English-language exam simulations that are commercially available. Therefore, Francophone candidates are not on a level playing field compared to their Anglophone counterparts. It is acknowledged that the Association does not exercise control over these resources nor does it endorse them. However, the NCLEX-RN does not exist in a vacuum and the Office of the Commissioner finds that the Association cannot ignore the existence of these resources as well as their availability. From the time the Association made the decision to use the NCLEX-RN exam, Francophone and Anglophone candidates have not been on an equal footing.

[Emphasis added.]

[15] Furthermore, in the section titled “Conclusion and Recommendations”, the Commissioner “notes that the adoption of this exam has created a situation that encourages Francophone students to use English-language resources to prepare for the Association’s exam, which negatively affects the vitality of the French language.” Finally, she recommends, among other things: “THAT the Association take the necessary actions so that requirements to enter the nursing profession in New Brunswick fully respect subsection 41.1(3) of the *Official Languages Act* of New Brunswick (OLA).”

[16] With respect to the legal nature of the reports prepared by commissioners of official languages, I adopt the following comments of the Federal Court of Appeal in *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)* (F.C.A.), 2004 FCA 263, [2004] F.C.R. 276: “[...] the Commissioner’s reports are admissible in evidence, but they are not binding on the judge and may be contradicted

like any other evidence” (para. 21). Whether an act governing official languages has been violated in a particular instance is a question to be determined by the court after it has heard and weighed the evidence produced by the parties. However, for the purposes of the motion in this case, it is important to note that the Commissioner’s investigation report was admitted into evidence, as it is attached to the affidavit submitted by the Association in support of its motion, and no evidence has been presented to contradict the report.

C. *The Underlying Action*

[17] The appellants commenced the underlying action in May 2018, the month in which the Commissioner issued her investigation report. Their ultimate goal is to have the NCLEX-RN invalidated as the entry-to-practice examination for the nursing profession in New Brunswick, since, in their view, this examination places Francophones at a disadvantage.

[18] According to the appellants, since the Association has adopted the NCLEX-RN, candidates who choose to take the examination in French are placed at a disadvantage in relation to those who choose to take the examination in English. The appellants raise the following arguments: candidates who take the examination in French do not have access to sufficient resources to prepare for the examination – from both a quantitative and a qualitative perspective; the failure rate of Francophone candidates is clearly higher than that of the Anglophone candidates; more and more Francophone candidates choose to take the examination in English, even though their native language is French; and the NCLEX-RN does not account for the minority status of the French language in New Brunswick.

[19] In their Statement of Claim, the appellants allege that [TRANSLATION] “the policy by which the [Association] adopted the NCLEX-RN as the entry-to-practice examination” (emphasis added) violates their rights under ss. 16(2), 16.1 and 20(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 41.1(3) of the *Official Languages Act* and

the *Act Recognizing the Equality of the Two Official Linguistic Communities in New Brunswick*, R.S.N.B. 2011, c. 198, and that this policy is invalid and of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. They seek relief in the form of declarations that these violations have been committed and the policy is [TRANSLATION] “constitutionally invalid and of no force or effect” pursuant to s. 52(1).

[20] The Association forwarded the appellants a Demand for Particulars with respect to the policy to which the appellants refer in their Statement of Claim. The appellants filed a Statement of Particulars in which they [TRANSLATION] “specify that the ‘policy’ refers to the decision or resolution of the [Association] to impose the NCLEX-RN as the sole examination for entry into the nursing profession in New Brunswick.”

[21] The Association filed a Statement of Defence in which it states that [TRANSLATION] “the claim should be struck due to the lack of standing” and denies several facts alleged in the Statement of Claim.

[22] The Association states it meets all of its language obligations. It claims it provides candidates with an examination in both official languages of New Brunswick; all of the preparation materials it recommends for the examination are offered in both official languages; and the publication of preparation materials by independent publishers is entirely outside of its control. It points out it does not consider that the use of these materials is necessary in preparing for the NCLEX-RN examination, that the use of such materials is widespread in New Brunswick or that there is a causal connection between the use of these materials and the examination success rate.

[23] With respect to the allegations of infringement of language rights, the Association [TRANSLATION] “denies it should be deemed an institution of the legislature and government within the meaning of subsection 16(2) and section 20 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and denies these provisions or section 16.1

and subsection 52(1) of the *Charter* apply to” the Association. It acknowledges it is [TRANSLATION] “subject to the obligations set out in section 41.1” of the *Official Languages Act* and [TRANSLATION] “claims that it has met all of its obligations under the OLA during the entire period relevant to this action and that it continues to meet these obligations.” Moreover, it claims [TRANSLATION] “the provisions of the *Act Recognizing the Equality of the Two Official Linguistic Communities in New Brunswick*, R.S.N.B. 2011, c. 198, do not grant the plaintiffs any right on which to base a cause of action against” the Association.

[24] The Association denies the facts alleged in the eight paragraphs of the Statement of Claim that refer to [TRANSLATION] “the policy by which the [Association] adopted the NCLEX-RN as the entry-to-practice examination.” It nevertheless states that [TRANSLATION] “[o]n January 1, 2015, the CRNE was replaced across Canada, except in Québec, by the National Council Licensure Examination for Registered Nurses (NCLEX-RN).” The Statement of Defence is, however, silent as to how this change was made. It does not mention any policy, resolution, statute, by-law or rule that would have been adopted by the Association to implement the NCLEX-RN.

[25] It was upon receiving the motion and the affidavit in support that the appellants learned that the NCLEX-RN became the entry-to-practice examination required in New Brunswick as of January 1, 2015 pursuant to Rule 3.02.

[26] Rule 3.02 reads as follows:

The nurse registration examination required in New Brunswick as of January 1, 2015 is the National Council of State Boards of Nursing (NCSBN) examination called the NCLEX-RN, hereinafter referred to as the “registration examination”.

[27] As I will explain, the appellants’ failure to specifically plead Rule 3.02 led to the dismissal of their action.

D. *The Notice of Motion and the Decision Appealed*

[28] In August 2019, the Association filed a Notice of Motion seeking (1) a determination that the appellants [TRANSLATION] “have no standing to act as plaintiffs in this matter”, and (2) [TRANSLATION] “that this motion be converted into a motion for judgment dismissing the claim pursuant to Rule 37.10(a) of the *Rules of Court of New Brunswick*.” The Court allowed both relief measures. This is the decision subject to appeal.

[29] The motion judge describes the parties as follows:

[TRANSLATION]

The [Association] is a self-regulatory body for members of the nursing profession in New Brunswick and was established under the *Nurses Act*, a private Act of the Legislative Assembly of New Brunswick. The *Nurses Act* gives government and management of the business to a board of directors, which is responsible, among other things, for ensuring the licensing of nursing school graduates in order to obtain initial registration.

The SANB is an organization with over 20,000 members and is dedicated to defending and promoting the rights of New Brunswick’s Francophone and Acadian community. The SANB ensures respect for the language rights enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Official Languages Act* of New Brunswick. It actively participated in the process of entrenching the *Act Recognizing the Equality of the Two Official Linguistic Communities in New Brunswick*, which gave rise to section 16.1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The SANB is an important partner with government authorities on behalf of Francophones and Acadians and has intervened on several occasions before the courts at all levels up to the Supreme Court of Canada to contribute and make representations aimed at the implementation of legislative and policy measures.

The FÉÉCUM is the umbrella organization for all students at the Université de Moncton, Moncton campus. Among its 3,700 members, the FÉÉCUM represents and defends the rights of students attending the Moncton campus in various faculties and schools, including students in the nursing faculty, which, year after year, awards diplomas to graduates. [paras. 3, 7, 8 and 9]

[30] In his reasons for judgment, the judge states that the issues in dispute are as follows:

[TRANSLATION]

Do the SANB and the FÉÉCUM have the requisite private standing as Plaintiffs in these proceedings?

Do the SANB and the FÉÉCUM have the requisite public standing as Plaintiffs in these proceedings? [para. 15]

[31] Given the relief sought in the Notice of Motion, the judge was required to decide two main issues. The Association sought not only an order declaring that the appellants did not have the requisite standing as plaintiffs, but also a judgment dismissing the action pursuant to Rule 37.10(a), which provides:

On the hearing of a motion, the court may allow or dismiss the motion or adjourn the hearing, with or without terms; or, in the alternative or in addition, may direct

À l'audition d'une motion, la cour peut accorder celle-ci, la rejeter ou ajourner l'audience avec ou sans conditions. La cour peut prescrire en outre ou dans l'alternative

(a) in a proper case, that the motion be converted into a motion for judgment[.] [Emphasis added.]

a) que la motion soit transformée en une motion pour jugement, s'il y a lieu[.] [Je souligne.]

[32] In the absence of a motion for the supplementary relief set out in Rule 37.10(a), the motion judge had no authority to dismiss the action. At no time did he refer to this other crucial question that was in issue, namely whether this was a proper case for converting the motion into a motion for judgment and dismissing the action.

[33] The appellants acknowledged they did not have private interest standing; as a result, the only issue to be decided by the judge was whether he should grant them public interest standing.

[34] Relying on this Court's decision in *Province of New Brunswick v. Morgentaler*, the judge rightly observed that only superior court judges have, in the exercise of their inherent jurisdiction, the authority to grant public interest standing and that the burden of proof is on the party who claims this status, in this case the SANB and the FÉÉCUM.

[35] The judge referred to *Downtown Eastside*, where the Supreme Court defines the test for deciding claims for public interest standing. He then analyzed the three relevant factors and concluded the appellants had not shown that their involvement as plaintiffs is warranted with respect to any of these factors. Finally, and in the exercise of the discretionary power that arises from his inherent jurisdiction, he decided not to grant public interest standing to the plaintiffs.

[36] Having answered in the negative the only two issues that he had identified, the judge immediately rendered judgment dismissing the action pursuant to Rule 37.10(a).

E. *The Issues Abandoned*

[37] The appellants acknowledge that certain issues raised in their Statement of Claim were neither put before the Court of Queen's Bench nor argued before this Court, and the parties agree they are no longer in issue:

1. With respect to the NCLEX-RN, the appellants no longer challenge the quality of the French version of the examination, no longer oppose the examination on the basis that the French translation of the examination is

unacceptable and no longer argue the Francophone candidates face intelligibility challenges that Anglophone candidates do not face;

2. With respect to standing, the appellants acknowledge that they do not have private interest standing. Rather, they seek only public interest standing; and
3. With respect to s. 24(1) of the *Charter*, the appellants acknowledge they cannot seek relief under this provision. I agree. This provision cannot be relied on by a party in a public interest lawsuit. “Subsection 24(1) requires an infringement or denial of a *Charter* right of the claimant, not that of a third party” (see M. Power and A. Braën, in “The Enforcement of Language Rights” (Michel Bastarache (ed.), *Language Rights in Canada*, 2nd ed. (Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 2004), p. 554).

III. Analysis

A. *Public Interest Standing*

[38] A plaintiff who seeks public interest standing must satisfy the court that the factors set out by the Supreme Court in *Downtown Eastside*, considered in a purposive, flexible and generous manner, support the granting of this status:

In exercising their discretion with respect to standing, the courts weigh three factors in light of these underlying purposes and of the particular circumstances. The courts consider whether the case raises a serious justiciable issue, whether the party bringing the action has a real stake or a genuine interest in its outcome and whether, having regard to a number of factors, the proposed suit is a reasonable and effective means to bring the case to court: *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at p. 253. The courts exercise this discretion to grant or refuse standing in a “liberal and generous manner” (p. 253). [para. 2]

[39] Each factor must be weighed in light of the other two factors, and the factors must be weighed cumulatively rather than individually (*Downtown Eastside*, paras. 52 and 53). *Downtown Eastside* dealt primarily with the third factor, the other two having been conceded. Cromwell J., writing for a unanimous Court, nevertheless reviewed all three factors and stated as follows:

[...] Although there is little dispute that the first two factors favour granting standing, I will review all three as in my view they must be weighed cumulatively rather than individually. I conclude that when all three factors are considered in a purposive, flexible and generous manner, the Court of Appeal was right to grant public interest standing [...]. [para. 53]

[40] It must “be remembered that the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge” (*Downtown Eastside*, para. 33, Cromwell J., quoting Cory J. in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, [1992] S.C.J. No. 5 (QL), p. 256). Moreover, as Cromwell J. explains, “[a]t the root of the law of standing is the need to strike a balance ‘between ensuring access to the courts and preserving judicial resources’: *Canadian Council of Churches*, at p. 252” (*Downtown Eastside*, para. 23).

[41] On a motion for public interest standing, the issue the judge is required to decide is not whether the plaintiffs’ action is likely to succeed, but rather whether it is appropriate to grant the plaintiffs standing and thus allow the action to proceed.

i. First Factor: Does the case raise a serious justiciable issue?

[42] To explain this factor, the Supreme Court referred to the jurisprudence according to which a serious issue raises a substantial constitutional issue, an important question or a claim that is far from frivolous, while making clear that in determining standing “courts should not examine the merits of the case in other than a preliminary manner” and, as soon as it becomes clear that a statement of claim “reveals at least one

serious issue, it will usually not be necessary to minutely examine every pleaded claim for the purpose of the standing question” (*Downtown Eastside*, para. 42).

[43] I note the judge did not consider whether the alleged violation of s. 41.1(3) of the *Official Languages Act* could, in and of itself, raise a serious issue in light of the undisputed conclusion of the Commissioner that the Association “breached the [*Official Languages Act*] due to the fact that it adopted a licensing exam that places members of the Francophone community at a clear disadvantage.”

[44] With respect to the first factor, the motion judge noted, correctly in my view, that the most common cause of action put forward by parties seeking public interest standing is a claim based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which reads as follows: “The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.”

[45] The judge concluded s. 52(1) was inapplicable because, in this case, it was an administrative decision that was being challenged, rather than a legislative or regulatory provision:

[TRANSLATION

This provision gives rise to a statutory cause of action where a plaintiff wishes to challenge the constitutionality of a provision of a statute itself or its regulations, not in order to challenge a decision made by an administrative body pursuant to the jurisdiction conferred on it by its enabling statute. Even if true, the facts contained in the Plaintiffs’ Statement of Claim do not challenge the constitutionality of any of the provisions of the enabling statute or its regulations. The remedy under subsection 52(1) is therefore inapplicable. [para. 30]

[Emphasis added.]

[46] The decision on appeal was primarily determined by the analysis relating to the first factor.

[47] In their written submission, the appellants contend that, although no provision was referred to in the pleadings, it is in fact Rule 3.02 of the Association's rules that is challenged. They submit that, in the underlying action, they [TRANSLATION] "take the position that Rule 3.02 (called the 'policy' in the proceedings), which provides that the NCLEX-RN is to be used as the registration examination for the nursing profession, should be invalidated" since it places Francophones at a disadvantage and therefore violates the *Charter* and the *Official Languages Act*.

[48] In its written submission, the Association claims, rightly in my view, that the appellants did not raise the constitutionality of a provision of an Act or regulation in their pleadings and neither the Statement of Claim nor the Statement of Particulars refer to Rule 3.02. According to the Association, the appellants' proposed action is intended to challenge the policy or decision adopted by the Association's Board of Directors to impose the NCLEX-RN as the entry-to-practice examination for the nursing profession. Subsection 52(1) would not apply to such a policy or decision.

a) *Question from the Court*

[49] It became apparent from the record and the written submissions that none of the parties had raised the crucial role played by Rule 37.10(a) in this case, and this issue needed to be addressed. On its own motion, the Court asked the Registrar to submit the following question to the parties:

[TRANSLATION]

Could the motion judge grant the motion for judgment pursuant to Rule 37.10(a) of the *Rules of Court* without deciding whether an amendment to the Statement of Claim challenging the validity of Rule 3.02 of the Association's rules would raise a serious issue under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and the relevant provisions of the *Official Languages Act*?

[50] The hearing of the appeal was postponed. At the Court's invitation, the parties filed supplementary submissions on this question before the hearing, and the question was fully argued at the hearing. As I will explain, the question raised by the Court must be answered in the negative.

[51] The appellants submit that, when they drafted their Statement of Claim, they did not have the rules of the Association in hand, which explains why they referred to a [TRANSLATION] "policy" in the Statement of Claim and to [TRANSLATION] "a decision or resolution" in the Statement of Particulars, rather than referring to "Rule 3.02".

[52] The appellants submit, however, that it is clear on reading their Statement of Claim and the Statement of Particulars that the words [TRANSLATION] "policy", [TRANSLATION] "decision" and [TRANSLATION] "resolution" refer to Rule 3.02, since, by applying that rule, the Association made it mandatory to pass the NCLEX-RN. Furthermore, they claim it was obvious to everyone during the hearing on the motion that it was the constitutional validity of Rule 3.02 that was being challenged. They add, if they had known or understood that the judge did not agree the [TRANSLATION] "policy" referred to in their Statement of Claim, and clarified in the Statement of Particulars as referring to [TRANSLATION] "the decision or resolution of the [Association] to require the NCLEX-RN", referred explicitly to Rule 3.02, they would have made a motion to amend their Statement of Claim.

[53] In its supplementary submission, the Association stated that [TRANSLATION] "in this case, the fact that Rule 3.02 made the NCLEX-RN examination mandatory was mentioned not only in the [Association's] written submission, but also during the hearing before the motion judge" and [TRANSLATION] "[t]he appellants chose not to make a motion to amend their pleadings." The appellants do not dispute Rule 3.02 was mentioned; on the contrary, they submit that at the hearing on the motion, they believed everyone knew the NCLEX-RN was made mandatory by Rule 3.02 and that it was the constitutional validity of this provision they were

challenging. Consequently, they did not see the need to amend their Statement of Claim to put the constitutional validity of Rule 3.02 in issue.

[54] In their pre-hearing brief on motion, both parties acknowledged that the NCLEX-RN examination had become the entry-to-practice examination under the rules of the Association.

[55] The Association specifically refers to Rule 3.02 in paragraph 3 of its written submission, where it confirms the NCLEX-RN has been the entry-to-practice examination since January 1, 2015 and refers to the following footnote: [TRANSLATION] “See *Rules - Nurses Association of New Brunswick*, s. 3.02 (Record on Motion, at p. 156).”

[56] The appellants refer to it twice. The first time in paragraph 15, where they define the object of their action as being to invalidate the policy or the rule that makes the NCLEX-RN the mandatory entry-to-practice examination:

[TRANSLATION]

In their action, the plaintiffs take the position that the policy and/or the rule, which provides that the NCLEX-RN is to be used as the registration examination for the nursing profession, should be invalidated since it does not place Francophone students on an equal footing with Anglophone students. [Emphasis added.]

[57] The second reference is found in paragraphs 34 and 35, where the appellants address the question of whether the case raises a serious justiciable issue:

[TRANSLATION]

In short, is the judge asked to determine a non-frivolous issue that calls into question the constitutionality of a provision?

In this case, the issue is whether the adoption of the NCLEX-RN examination provided in Part 3A – Nurse Registration Examination in the Rules of the Nurses Association of New Brunswick violates subsections 16(2)

and 20(2) and section 16.1 of the *Charter* and subsection 41.1(3) of the *Official Languages Act* of New Brunswick. [Emphasis added.]

[58] As I mentioned earlier, the adoption of the NCLEX-RN examination is provided in Rule 3.02, which is found in Part 3A of the Association's rules. Rule 3.02 is part of the record, since the Association attached the *Nurses Act*, as well as its by-laws and rules, to the affidavit in support of its motion.

[59] Subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* could apply to Rule 3.02 if the purpose of the action were to have the Rule invalidated. However, as the Association has submitted, no such relief is sought in the Statement of Claim. In fact, the Statement of Claim contains no allegation that an Act, a regulation or a rule violates the *Charter*. What is alleged is that the decision that led to the adoption of the examination violates the *Charter* and must be invalidated pursuant to s. 52(1). I am of the view the judge arrived at his conclusion on the "serious justiciable issue" as a result of the fact the appellants had not specifically raised the constitutional validity of Rule 3.02.

b) *Importance of Pleadings*

[60] The importance of pleadings has often been underscored by the Court. In *Local 772 of the United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada v. The United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada and the United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 325 and Hughes and Wood*, 2013 NBCA 33, 404 N.B.R. (2d) 332, Chief Justice Drapeau (as he then was) described it as follows:

The importance of producing pleadings that respect both the letter and the spirit of Rule 27 was recently underscored in *Burke Estate v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2011 NBCA 98, 381 N.B.R. (2d) 81. In that case, the defendant's pleadings neither set out a concise

statement of the material facts in support of corporate veil lifting nor featured a request for that equitable remedy:

[...] In *Parlee v. McFarlane* (1999), 210 N.B.R. (2d) 284, [1999] N.B.J. No. 88 (C.A.) (QL), the Court cautioned against non-compliance with those rules:

It is commonplace that trial by ambush has no place in our modern system of justice. The rules of pleading enunciated in Rule 27 of the Rules of Court are designed to ensure that the relevant issues are raised, and that no party is taken by surprise. The importance of pleadings cannot be underemphasized. They define the issues not only for the parties, but for the judge as well. Indeed, I cannot fathom a situation where a trial judge could properly decide the case before him or her on a basis not raised in the pleadings or at trial. [para. 33]

The reference in that passage to “issues [...] not raised [...] at trial” intended to signal that a case could properly be decided on an un-pleaded basis where it and the material facts had been spotlighted and brought home to the opposite party in non-prejudicial fashion. Those rare situations allow this Court to sustain the judgment at trial on the basis that the pleading was “deemed” amended. [...] [paras. 56-59] [para. 43]

c) *Rules 23.01(1)(a) and (b) and 37.10(a) and Amendments to Pleadings*

[61] This Court explained Rules 23.01(1)(a) and (b) as follows in *Sewell v. ING Insurance Company of Canada*, 2007 NBCA 42, 314 N.B.R. (2d) 330:

Rule 23.01(1) deals with three discrete and very specific applications for the pre-trial determination of litigious questions. Under Rule 23.01(1)(a), a question of law raised by a pleading can be determined if its determination may dispose of the action, shorten the trial or occasion a substantial saving of costs. Rule 23.01(1)(b) [...] allows a

party to apply for an order striking out a pleading. The application can succeed only if the impugned pleading fails to disclose a reasonable cause of action or defence. Neither of these sub-rules allows the court to dismiss the action and grant judgment accordingly. [...] [para. 6]

[62] The proper use of Rule 37.10(a) was explained in *Gillis*. The main issue in that case was whether the judgment rendered in favour of the defendants pursuant to Rule 37.10(a) was the result of an error warranting its reversal. Mr. Gillis, the plaintiff, was an experienced litigator. On the eve of the hearing on a motion for relief under Rule 23.01(1)(b), Mr. Gillis, with the defendants' consent, filed a carefully drafted Amended Statement of Claim. The motion judge nonetheless concluded the Amended Statement of Claim failed to disclose a reasonable cause of action. This Court considered that the judgment was a mere formality and that the judge did not err in granting judgment pursuant to Rule 37.10(a). With respect to the connection between Rule 37.10(a) and possible amendments, Drapeau J.A., delivering judgment on behalf of the Court, said:

[...] Under our *Rules of Court*, where relief is granted under Rules 23.01(1)(a) or (b), judgment does not automatically follow. Indeed, an amendment to the pleadings might cure the problem and breathe life into the action or defence, hence the option, in a proper case, of a conversion order and judgment pursuant to Rule 37.10(a). For statement of claim purposes, that relief is warranted where no amendment giving rise to a reasonable cause of action is appropriate. [...] [para. 39]

See also *Jones' Masonry Ltd. v. Defence Construction (1951) Limited*, 2010 NBCA 8, 353 N.B.R. (2d) 359, para. 24; *Sewell*, para. 23; *Norris v. Lloyd's of London* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29, [1998] N.B.J. No. 351 (QL) (C.A.), para. 13.

[63] Those comments also apply in this case. The refusal to grant the appellants standing does not lead to the dismissal of the action; Rule 37.10(a) must be brought into play. Our *Rules of Court* do not confer on courts the authority to systematically dismiss an action upon deciding the preliminary issue of public interest standing. Rule 37.10(a)

authorizes the court to convert a motion into a motion for judgment “in a proper case” (“*s’il y a lieu*”). The Court must therefore look for circumstances that would constitute a proper case for converting a motion into a motion for judgment pursuant to Rule 37.10(a).

[64] The notion that it is possible to allow amendments to the Statement of Claim on a motion for relief under Rules 23.01(1)(a) and (b) or to deny standing, instead of dismissing the action, is consistent with the teachings of this Court in *Sewell*: “[W]here a generous reading of its provisions fails to breathe life into [the Statement of Claim], all suitable amendments should be allowed” (para. 26). See also *Jones’ Masonry Ltd.*, para. 28; *Norris*, para. 37.

[65] As I have previously mentioned, the appellants did not seek leave to amend their Statement of Claim. The failure to seek leave to amend a pleading can lead to a dismissal of the action. Consequently, the Association argues the motion judge did not err in deciding the issue before him without considering the possibility of amending the pleadings, since no leave to amend had been sought. In support of its argument, the Association cites the Court’s decision in *Robson v. Canadian Union of Public Employees, Local 3339*, 2019 NBCA 55, [2019] N.B.J. No. 189 (QL). In *Robson*, the Court declared the judge was not required to amend pleadings on his own motion where leave to amend had not been sought and where the defendant had raised the inadequacy of the pleadings in its pre-hearing brief on motion and had given notice the issue would be argued.

[66] *Robson* is clearly distinguishable from the case before us, since it deals with a motion made under Rule 22, which specifically authorizes the court to grant summary judgment. Rule 37.10(a) is therefore not in issue and the judge does not have the same obligations.

[67] Moreover, as I indicated earlier, even if the Association referred to Rule 3.02 in its pre-hearing brief on motion, there is nothing in the record that allows me to find the appellants had notice that the inadequacy of the pleadings, i.e. the fact that

Rule 3.02 had not been explicitly argued, would be raised in support of the denial of public interest standing. It is mere common sense that if the appellants had understood an amendment was necessary, they would have requested the required leave from the Court.

[68] It follows that I cannot accept the Association's argument that the judge's failure to explore the possibility of properly amending the Statement of Claim is of no consequence.

[69] In my view, the decision rendered by the court below, especially with respect to the first two factors of the test set out in *Downtown Eastside*, is largely the result of the judge's finding that this was not a constitutional challenge of a provision of an Act or a regulation since Rule 3.02 had not been pleaded and a declaration that it was invalid had not been sought as relief.

[70] The court plays a special role when called upon to do justice pursuant to Rule 37.10(a). In each case where the moving party relies on Rule 37.10(a), the court must consider whether it is a proper case for granting a judgment dismissing the action. This is a condition precedent to the exercise of judicial discretion under Rule 37.10(a).

[71] In applying Rule 37.10(a), the motion judge was required to first determine whether an obstacle to granting public interest standing would be removed by an amendment to the Statement of Claim in order to explicitly raise Rule 3.02 and breathe life into the action in order to address the first factor set out in *Downtown Eastside*. If that were the case, the judge was required to invite the appellants to amend their Statement of Claim so that he could consider the next element of relief sought, namely converting the motion into a motion for judgment and dismissing the action. After having decided to terminate the action, since the appellants had not pleaded Rule 3.02, the judge, in order to be fair, could no longer remain passive; he could grant judgment pursuant to Rule 37.10(a) only if no amendment to the Statement of Claim was likely to pave the way to public interest standing being recognized.

[72] The judge was required to determine whether an amendment to the Statement of Claim to challenge the validity of Rule 3.02 would raise a serious issue with respect to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and the relevant provisions of the *Official Languages Act*. The judge is not required to grant leave to amend the pleadings; he is, however, required to consider the matter, which he failed to do in this case.

[73] This approach is consistent with the teachings in *Downtown Eastside*, where the Supreme Court urges courts to consider other strategies as alternatives before resorting to what it calls the “blunt instrument” of terminating a lawsuit by denying standing (paras. 64 and 75).

[74] In my view, the judge’s error in and of itself warrants this Court’s intervention. Therefore, it is not necessary to address the question of whether he properly applied or considered the second and third factors. I will, however, make a few comments in this regard.

ii. Second Factor: The nature of the plaintiff’s interest

[75] The Association argues that, even if the appellants had been able to establish a serious justiciable issue, they nonetheless could not have been granted public interest standing because they clearly did not meet the two other factors set out in *Downtown Eastside*. With respect, this contention is debatable. These three factors should not “be treated as hard and fast requirements or free-standing, independently operating tests” (*Downtown Eastside*, para. 20). As I stated above, each factor must be weighed in light of the other two, and they must be weighed cumulatively rather than individually (*ibid.*, paras. 52 and 53).

[76] The question is whether the SANB or the FÉÉCUM “has a real stake in the proceedings or is engaged with the issues they raise” (*Downtown Eastside*, para. 43).

[77] The motion judge stated that [TRANSLATION] “[t]he SANB ensures respect for the language rights enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Official Languages Act* of New Brunswick” (para. 7). Would his analysis and conclusion with respect to the second factor of the test have been different if the action had challenged the constitutional validity of Rule 3.02 on the grounds that the NCLEX-RN examination, which is thereby made mandatory, does not respect the language rights of Francophones in New Brunswick? Would he have been more inclined to find that the interests of either of the appellants were closely tied to its corporate objectives? Does the state of the appellants’ pleadings also explain the judge’s conclusion with respect to this factor?

[78] In this case, it was not argued that the appellants are mere “busybodies”. It will be for the new judge to determine whether either of the appellants is truly engaged with the issue raised.

iii. Third Factor: A reasonable and effective way to bring the issue before the courts

[79] *Downtown Eastside* dealt primarily with the third factor. Until then, as this factor was traditionally expressed, the applicant was required to show that there were no other reasonable and effective ways to bring the issue before the court. In *Downtown Eastside*, the Supreme Court concluded this factor “should be expressed as: whether the proposed suit is, in all of the circumstances, a reasonable and effective means of bringing the matter before the court” (para. 52) (emphasis added). Since the chambers judge had considered the traditional formulation, the Court decided that “approaching the third factor in this way should be considered an error in principle” and therefore reassessed the weight to be given to this consideration (para. 60).

[80] In this case, the motion judge neither identified nor answered the question of whether the action was a reasonable and effective way to bring the issue before the Court. The judge erred in principle if he concluded that he was required to apply the more

stringent standard under which the appellants were required to show there were no other reasonable and effective ways of bringing the issue before the Court and that the appellants had not met this standard.

[81] The judge who will hear the parties will be required to assess the third factor by examining whether the appellants' action is a reasonable and effective way of bringing the issue before the Court.

[82] In *Downtown Eastside*, the Supreme Court provided a non-exhaustive list of "examples of the types of interrelated matters that courts may find useful to take into account when assessing the third discretionary factor" (para. 51). A court that disregards these examples runs a risk.

[83] In the case before us, the judge concluded the third factor was not met, since he was not satisfied the appellants could establish the factual basis of their allegations. The difficulty, from an evidentiary perspective, is no greater for the appellants than it would be for a plaintiff who is a candidate for the examination. Furthermore, this presumed difficulty is not relevant in assessing the third factor. This is neither a motion for summary judgment pursuant to Rule 22 nor a trial of the matter.

[84] If the amendment were allowed and a judge were to grant public interest standing to either of the appellants, a court could some day be called upon to decide whether the NCLEX-RN examination places Francophone candidates at a disadvantage. The court would then decide the factual issues and the ultimate question of whether, and, if so, to what extent, Rule 3.02, adopted by the Association, violates the rights guaranteed by ss. 16(2), 16.1 and 20(2) of the *Charter*, s. 41.1(3) of the *Official Languages Act* or the *Act Recognizing the Equality of the Two Official Linguistic Communities in New Brunswick*. If so, the court would also have to determine if it is appropriate to grant the declarations sought.

[85] The Court can screen claims for merit at an early stage of the proceedings by other appropriate procedural means. However, for the purposes of the motion in this case, the appellants are not required to show that they will be successful on the merits.

B. *The Appropriate Relief*

[86] In my view, this is not a case where we should apply Rules 1.02.1 and 62.21(1) and decide whether the appellants should be granted public interest standing.

[87] Since the judge did not consider the possibility of an amendment to the Statement of Claim that would take issue with the validity of Rule 3.02, he did not consider other issues that could be important, notwithstanding the amendment, in deciding whether the action raises a serious justiciable issue, such as:

- Is Rule 3.02 a “law” within the meaning of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*?
- Is the Association an “institution”, within the meaning of ss. 16(2), 16.1 and 20(2) of the *Charter*, subject to the obligations prescribed under these provisions, despite the fact that it was created by a private act?
- Is a declaratory judgment appropriate where the matter is not current but relates to past events? If the NCLEX-RN examination placed Francophone candidates at a disadvantage at the time the action was commenced, in May 2018, is this still the case?

[88] I am of the view that we should not decide the remaining issues without the benefit of a detailed analysis by a judge of the Court of Queen’s Bench. I would therefore remit the matter to that Court.

[89] The judge should (1) determine whether it is appropriate to amend the Statement of Claim, in order to raise the issue of Rule 3.02, or to dismiss the action; (2) if the amendment is allowed, determine the issue of public interest standing in light of the amendment according to the framework prescribed in *Downtown Eastside*, without being bound by the comments of the motion judge with respect to each of the three factors set out in that decision.

IV. Conclusion and Disposition

[90] Having found that the motion judge erred in principle in applying Rule 37.10(a), I would allow the appeal, set aside his decision and remit the matter to the Court of Queen's Bench for a new hearing before a different judge according to the directions set out above.

[91] I would not award costs, either on the motion before the Court of Queen's Bench or on appeal, in light of all of the circumstances, including the fact the primary issue in the appeal was raised by the Court.