

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

5-23-CA

COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES
FOR NEW BRUNSWICK

APPELLANT

- and -

NURSES ASSOCIATION OF NEW
BRUNSWICK

RESPONDENT

Commissioner of Official Languages for New
Brunswick v. Nurses Association of New
Brunswick, 2023 NBCA 60

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
December 14, 2022

History of Case:

Decision under appeal:
2022 NBKB 242

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
May 11, 2023

Judgment rendered:
July 13, 2023

Reasons for judgment:
The Honourable Justice LeBlond

Concurred in by:

COMMISSAIRE AUX LANGUES
OFFICIELLES DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELANTE

- et -

L'ASSOCIATION DES INFIRMIÈRES ET
INFIRMIERS DU NOUVEAU-BRUNSWICK

INTIMÉE

Commissaire aux langues officielles du Nouveau-
Brunswick c. L'Association des infirmières et
infirmiers du Nouveau-Brunswick, 2023 NBCA 60

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 14 décembre 2022

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2022 NBBR 242

Procédures préliminaires ou accessoires :
Aucune

Appel entendu :
le 11 mai 2023

Jugement rendu :
le 13 juillet 2023

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlond

Souscrivent aux motifs :

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Marion Sandilands and M. Alyssa Holland

Pour l'appelante :
Marion Sandilands et M. Alyssa Holland

For the respondent:
Josie H. Marks and Marie-Pier Cyr

Pour l'intimée :
Josie H. Marks et Marie-Pier Cyr

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed. The decision of the application judge is set aside, and the matter is remitted to the Commissioner of Official Languages. The appellant is awarded costs throughout in the amount of \$7,000.

L'appel est accueilli. La décision du juge saisi de la requête est annulée et l'affaire est renvoyée à la Commissaire aux langues officielles. L'appelante a droit aux dépens devant toutes les cours, lesquels sont fixés à 7 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] In July 2016, a complaint was filed with the Office of the Commissioner of Official Languages against the Nurses Association of New Brunswick relating to the latter's adoption, in January 2015, of an entry-to-practice examination used to assess the competence and abilities of all nursing students wishing to enter the nursing profession in New Brunswick. The examination is known as the National Council Licensure Examination for Registered Nurses (the "NCLEX-RN"). The complaint raised two main issues with the NCLEX-RN, namely (1) that francophone students were placed at a disadvantage compared to their anglophone colleagues because the exam was not properly translated from English into French and (2) that francophone students were put at an even greater disadvantage because of the limited availability of French language study/ resource materials, when compared to the much greater availability of English language resources, designed to assist students in preparing for the exam.

[2] An investigation of the 2016 complaint was conducted by then Commissioner Katherine d'Entremont. It culminated in a report released on May 9, 2018, in which she found the Association was in violation of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, on both counts raised in the complaint. The Commissioner made several recommendations, which the Association was expected to act upon. One of these was that the Association report to the Commissioner no later than September 4, 2018, on measures taken to comply with the *Act*.

[3] The Association filed an application for judicial review of the Commissioner's findings, seeking to have them removed into court and quashed. Discussions ensued between the Association and a different Commissioner, who was appointed on an interim basis to replace Katherine d'Entremont following her retirement. These discussions led to the withdrawal of the judicial review application on January 14,

2019, but the issue relating to the availability of the French language resource materials was left open and unresolved.

[4] In July and August 2019, two additional complaints were filed with the interim Commissioner's office by different complainants than those who had authored the first complaint. Both new complaints raised the same issue as the first relating to the availability of French language resource materials but further alleged the Association had not taken any steps in response to the d'Entremont report recommendations. The interim Commissioner advised the complainants his office would not investigate these complaints on the basis that a private action, involving different parties, had been filed since the withdrawal of the judicial review application which made an issue of the lack of resource materials. The interim Commissioner took the position that he could not investigate because the matter was before the courts.

[5] In March 2020, following the appointment of the current Commissioner, Shirley MacLean, K.C., a further complaint was filed by the 2019 complainants, asking her to revisit her predecessor's decision and to investigate the matter to see what the Association had done since the issuance of the d'Entremont report. The Commissioner advised the parties she would investigate. The Association objected and filed another application for judicial review, seeking an order to prohibit the investigation from taking place, largely on the basis the matter had been settled by the withdrawal of the first judicial review application. The application judge agreed with the Association. He found the Commissioner's office and the Association had concluded a settlement, which precluded the investigation contemplated by the new Commissioner. He ordered a prohibition of the investigation and awarded costs against the Commissioner.

[6] The Commissioner's appeal of the application judge's decision addresses the framework of her legislative mandate to investigate the complaints filed with her office under the *Act* and asserts the judge erred in prohibiting that investigation from occurring. For the reasons which follow, I would allow the appeal, set aside the application judge's decision, and remit the matter to the Commissioner to allow her to conduct her investigation.

[7] Before proceeding, I would note, for the benefit of the reader, that although the vast majority of the materials in the record, including the Commissioner's impugned decision, are in French, the parties made their written and oral submissions, both in the court below and before us, in English.

II. Context

[8] It is important to set out in some detail the timeline of events leading up to this appeal as the parties take different views regarding the legal effect of some of them. One of the noteworthy features of the case is what, in fact and in law, occurred when the Association withdrew its application for judicial review in January 2019. As will become apparent, the application judge interpreted that withdrawal as a "settlement" between private parties. With respect, he erred in law in that interpretation and, in order to understand the framework he ought to have applied in addressing that issue, a clear appreciation of the factual matrix is necessary.

[9] In May 2018, Commissioner d'Entremont released her report in response to the first complaint. She concluded the complaint was founded and the Association was in breach of the *Act* in that the two linguistic groups of nursing students were not operating on a level playing field in terms of the ability of francophone students to prepare for the NCLEX-RN given the significant disparity between available French and English preparatory resource materials. In addition, the Commissioner took issue, in some respects, with the quality of the French translation of the NCLEX-RN itself.

[10] The Association's reaction to the report was swift. It firstly deplored the fact it was not consulted during the Commissioner's investigation, although the report states that it was. It further declared the report contained many factual inaccuracies. One of the salient features of the Association's position is that it has no control over the preparation of the NCLEX-RN, nor over the preparation, quality, and distribution of the French preparatory resource materials, which it does not endorse.

[11] Shortly after the release of Commissioner d'Entremont's report, on May 28, 2018, the Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick (SANB) and the Fédération des étudiants et étudiantes du Centre universitaire de Moncton (FÉÉCUM) filed an action against the Association (the "SANB action"), which raised the same issues as those set out in the d'Entremont report. The action asked the NCLEX-RN be declared invalid on the basis it infringed *Charter* rights and breached the *Act*. The Association challenged the plaintiffs' standing to bring this action and, although standing was denied and the action dismissed by a judge of the Court of Queen's Bench (see *SANB and FÉÉCUM v. NANB*, 2020 NBQB 19, [2020] N.B.J. No. 28 (QL)), on appeal of that decision, the Court ordered that it be set aside with leave to the plaintiffs to amend their pleadings to determine if their standing could be established (see *La Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Nurses Association of New Brunswick*, 2021 NBCA 21, [2021] N.B.J. No. 113 (QL)). The record before the Court shows that this action never proceeded.

[12] Commissioner d'Entremont retired and, on June 20, 2018, an interim Commissioner, Michel Carrier, K.C., was appointed pending the appointment of Commissioner d'Entremont's replacement.

[13] On August 21, 2018, the Association filed a judicial review application seeking to have Commissioner d'Entremont's report removed into court and quashed. It alleged procedural unfairness relating to its allegation it had not been consulted. It also raised factual inaccuracies in the report. Discussions between interim Commissioner Carrier and the Association regarding how to deal with the application began in earnest. Most exchanges were by email.

[14] On September 24, 2018, Commissioner Carrier communicated with counsel for the Association and advised that, if the Association were prepared to [TRANSLATION] "end the judicial review application," he was prepared to publicly state the quality of the translation of the NCLEX-RN was adequate, thereby eliminating that issue. The next day, the Association's counsel agreed to postpone the scheduling of the application with the court and to pursue discussions.

[15] On November 30, 2018, Commissioner Carrier advised the Association's counsel that his office had retained counsel for the judicial review application but that he preferred to pursue discussions with him personally for the time being. Discussions continued.

[16] On January 3, 2019, the Association's counsel emailed Commissioner Carrier with a view to secure agreement on the "conclusions discussed." The five "conclusions" germane to the appeal were that:

1. The French version of the NCLEX-RN meets the requirements of s. 41.1 of the *Act*;
2. The Office of the Commissioner acknowledges the Association has no control over the preparation and production of the French language resource materials;
3. The Office of the Commissioner acknowledges the Association's efforts to make such materials available to francophone students;
4. The resource materials issue is before the courts in the *SANB* action, and the Office of the Commissioner agrees it will not comment on that issue while the case is pending; and
5. The Office of the Commissioner considers its file closed.

[17] On January 4, 2019, Commissioner Carrier replied by email, stating that he was prepared to agree the translation of the NCLEX-RN was correct and that the d'Entremont report did not conclude the translation breached s. 41.1 of the *Act*. He also acknowledged the Association's efforts in making French resource materials available. However, he left the issue of their availability, as found by the d'Entremont report, up to the courts [TRANSLATION] "out of respect for the litigation process." With respect, as I

discuss in the analysis below, the interim Commissioner erred in delegating to the courts his statutory duty to investigate this issue. Nonetheless, the interim Commissioner's position was arguably what triggered the second judicial review application, which now forms the basis of this appeal.

[18] On January 7, 2019, the Association's counsel emailed Commissioner Carrier to advise that his client [TRANSLATION] "accepts our settlement suggestions" and that if the matter could be finalized, there would be no need to further adjourn the scheduling of the judicial review application.

[19] On January 10, 2019, Commissioner Carrier emailed counsel to remind him the issue of the availability of the French resource materials remained unresolved and the *SANB* action addressing that issue would continue. However, with that caveat, he considered his file closed.

[20] On January 14, 2019, the Association's counsel advised the court clerk the judicial review application was withdrawn as the matter had been "settled."

[21] Several months later, in late July and early August 2019, two new complaints were filed with the Office of the Commissioner, both asking for a reinvestigation of the resource material issue. The first of these complaints was filed by the Association des aînés du Nouveau-Brunswick and the second, by a group of individuals represented by Lise Guérette-Daigle and Véronique Landry. Later in August 2019, a meeting was held among Commissioner Carrier, the Association, and representatives of the complainants. Commissioner Carrier advised the resource material issue remained before the courts and his office would not investigate the new complaints. He made it clear that his decision not to investigate was because of the pending *SANB* action and that he did not preclude the possibility of a further investigation should the circumstances surrounding the court action change. To be clear, he did not indicate the "settlement" would prevent a further investigation.

[22] On November 22, 2019, Shirley MacLean, K.C., was appointed Commissioner.

[23] In March 2020, one of the 2019 complainants asked Commissioner MacLean to revisit Commissioner Carrier's refusal to investigate and to conduct an investigation. She opened two files, one for each of the two sets of complainants, and she wrote to the Association to advise her investigation would focus on the resource material issue to determine whether the Association was in breach of s. 41.1(3) of the *Act*, which provides:

41.1(3) No person shall be placed at a disadvantage by reason of exercising his or her right to choose an official language in which to fulfil requirements imposed by a professional association.

41.1(3) Nul ne peut être défavorisé du fait qu'il a exercé son droit de choisir la langue officielle dans laquelle il satisfait aux exigences qu'impose l'association professionnelle.

[24] On November 13, 2020, counsel for the Association wrote to Commissioner MacLean to voice his client's objection to this investigation, arguing the matter had been settled with her predecessor and the resource material issue was still before the courts. He considered the further investigation to be an abuse of process, particularly where he was not aware of any new evidence filed in support of the new complaints. Moreover, the identity of the new complainants had not yet been disclosed to the Association and, as a result, the Association could not determine if it was dealing with the same individuals who had filed the original complaint or whether the new complainants might be the plaintiffs in the *SANB* action because the issue of their standing had still not been resolved.

[25] On December 2, 2020, counsel to the Office of the Commissioner wrote to the Association's counsel and took the position that Commissioner MacLean was not bound by her predecessor's decision not to investigate and that, given her statutory obligation to investigate the new complaints, nothing he had said or done could bind her and prevent her from executing her duty. The Commissioner's counsel took the further position, on her behalf, there had been no "settlement" of the Association's judicial review application in the manner the Association was interpreting it, that is to say that

any future investigation of this issue was prohibited. Finally, the Commissioner's counsel confirmed the authors of the new complaints were not the original complainants, nor the plaintiffs in the *SANB* action. This, however, did not deter the Association's counsel, who maintained the new complaints were not based on new information.

[26] On April 15, 2021, counsel to the Commissioner wrote to the Association's counsel to advise the investigation would take into account the findings of the d'Entremont investigation as well as the judicial review materials which followed. The Commissioner's counsel confirmed the investigation was focused on the equality of access to the nursing profession and the Association's process in controlling that access, in order to fully examine the issue of whether francophone students were at a disadvantage. She further confirmed the Commissioner was mainly interested in the quality and availability of French language resource materials and the efforts made by the Association to address this issue.

[27] On May 21, 2021, the Association's counsel wrote to the Commissioner's counsel to dispute the Commissioner's authority to "reinvestigate" matters already dealt with by the Office of the Commissioner and argued, if the office of the Commissioner believed this further investigation was necessary, it ought to have consented to having the d'Entremont report removed into court and quashed in the original judicial review application, and agreed to a re-examination of the issue in a timely manner. He advised he would file an application with the court to prevent the Commissioner from engaging in the reinvestigation but, before doing so, he asked if the Commissioner was prepared to explore another solution.

[28] A without prejudice meeting of the parties took place, and the Commissioner confirmed she would proceed with her investigation, notwithstanding the substance of the current complaints was the same as the original complaint.

[29] On September 10, 2021, counsel for the Association again confirmed his client's position that, given the prior interim Commissioner had gone on record stating it would not be appropriate for his office to comment on the resource material issue while it

was pending in the *SANB* action, the proposed reinvestigation was vexatious and an abuse of process.

[30] On October 15, 2021, Commissioner MacLean released her decision confirming she would investigate. This decision is at the heart of the current dispute. I address it in more detail below in the context of the reasonableness assessment which the judicial review judge was required to conduct and the Court now needs to undertake on a *de novo* basis. However, in the interest of completeness here, I note the Commissioner dismissed the Association's objections to her investigation because of the broad duty vested in her by s. 43(2) of the *Act*. She took the position the grounds for possible refusal to investigate, set out in s. 43(11), must be narrowly construed and she could not refuse to investigate based on an allegation of "abuse of process," which is not referenced in s. 43(11). While she acknowledged she could refuse to investigate on the basis that the allegations in the current complaints were vexatious, since that is a ground for refusal referenced in s. 43(11), she found the complaints were neither vexatious nor an abuse of process. In the end, it was her view that a refusal to investigate would be incompatible with the purpose and objects of the *Act* if the only reason to do so was that other parties had placed a similar issue before the courts. The new complainants were entitled, under the *Act*, to have their complaints investigated, and this did not amount to having a previously "resolved" issue reconsidered. The investigation was but a continuation of the earlier investigation of an issue which was still pending and had been left open and unresolved by the previous Commissioner. I would note, at this juncture, that no court has ever ruled on the judicial review application relating to the d'Entremont report.

[31] The judicial review application of Commissioner MacLean's October 15, 2021 decision came before the application judge. More will be said about his analysis but, to conclude the factual matrix, it should be said he dealt with the "settlement" as a preliminary issue, rather than within the reasonableness framework he ought to have considered. His disposition was as follows:

1. He declared a settlement was concluded with respect to the entire subject matter of the d'Entremont report;

2. Commissioner MacLean's decision of October 15, 2021, was removed into the court and quashed;
3. The Commissioner was prohibited from conducting any further investigation in this matter; and
4. Costs were assessed against the Commissioner in the amount of \$3,500 plus taxable disbursements.

III. Grounds of Appeal

[32] The Commissioner asserts the application judge erred:

1. In law and mixed fact and law by considering this case as a private law dispute and dealing with the "settlement" as a preliminary matter to be determined outside the scope of judicial review;
2. In law and mixed fact and law in not finding the judicial review application was premature and in failing to find exceptional circumstances which might allow it to proceed;
3. In law in carrying out a disguised correctness review of the Commissioner's decision rather than one based on reasonableness in accordance with the principles set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; and
4. In law and mixed fact and law in granting the remedy of prohibition.

IV. Standard of Review

[33] To properly construe the Commissioner's role and decision, the application judge was required to conduct his judicial review of all issues based on the standard of reasonableness as set out in *Vavilov*.

[34] The Court's role on appeal is to step into the application judge's position and conduct its own *de novo* reasonableness assessment of the Commissioner's decision to determine if the application judge selected the proper standard of review and then properly applied it.

[35] While the Commissioner argued before us the second ground relating to the doctrine of prematurity should be reviewed on the standard of correctness, its application is a question of mixed fact and law, reviewable on the standard of reasonableness.

V. Analysis

A. *The Commissioner's legislative framework*

[36] The analysis begins with a determination of whether the application judge properly construed the framework which governs the execution of the Commissioner's duties, to then assess the reasonableness of her decision to investigate within that framework.

[37] The Commissioner's role and duties are set out in s. 43 of the *Act*, the relevant portions of which, for our purposes, are:

43(9) In accordance with the authority provided to the Commissioner under this Act, it is the role of the Commissioner to investigate, report on and make recommendations with regard to compliance with this Act and to promote

43(9) Conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de la présente loi, le rôle du commissaire est d'enquêter, présenter des rapports et de faire des recommandations visant le respect de la présente loi et de promouvoir

the advancement of both official languages in the Province.

l'avancement des deux langues officielles dans la province.

43(10) In order to fulfill the role under subsection (9), the Commissioner shall conduct and carry out investigations either pursuant to any complaint made to the Commissioner or on his or her own initiative and shall, as provided in this Act, report and make recommendations with respect to such investigations.

43(10) Pour remplir son rôle au sens du paragraphe (9), le commissaire procède à des enquêtes, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, soit de sa propre initiative, et présente les rapports et recommandations émanant de ces enquêtes conformément à la présente loi.

[38] The Commissioner may refuse to investigate if one of the three criteria set out in s. 43(11) can be established:

43(11) The Commissioner may refuse to investigate or cease to investigate any complaint if, in the opinion of the Commissioner,

43(11) Le commissaire peut, à son appréciation, refuser ou cesser d'instruire une plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(a) the subject-matter of the complaint is trivial,

a) elle est sans importance;

(b) the complaint is frivolous or vexatious or is not made in good faith, or

b) elle est frivole ou vexatoire ou n'est pas faite de bonne foi;

(c) the subject-matter of the complaint does not involve a contravention or failure to comply with this Act or, for any other reason, does not come within the authority of the Commissioner under this Act.

c) son objet ne constitue pas une contravention à la présente loi ou, pour toute autre raison, ne relève pas de la compétence du commissaire en vertu de la présent loi.

[39] The Commissioner determines her investigation process under s. 43(14):

43(14) Subject to this Act, the Commissioner may determine the procedure to be followed in carrying out an investigation under this Act.

43(14) Sous réserve des dispositions de la présente loi, le commissaire peut établir la procédure à suivre pour ses enquêtes en vertu de la présente loi.

[40] A complainant dissatisfied with the Commissioner's disposition of the complaint may apply for relief to the Court of King's Bench under s. 43(18), which provides:

43(18) If a complainant is not satisfied with the conclusions of the Commissioner received under subsection (16) or with the resolution of the complaint, the complainant may apply to The Court of Queen's Bench of New Brunswick for a remedy.

43(18) Le plaignant qui n'est pas satisfait des conclusions du commissaire reçues au terme de l'enquête en vertu du paragraphe (16) ou de la suite donnée à sa plainte, peut former un recours devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick.

[41] The final relevant piece of the framework is s. 41.1, which applies to a professional association such as the respondent. It sets out its obligations as follows:

41.1(1) In this section, "professional association" means an organization of persons that, by an Act of the Legislature, has the power to admit persons to or suspend or expel persons from the practice of a profession or occupation or impose requirements on persons with respect to the practice of a profession or occupation.

41.1(1) Dans le présent article, « association professionnelle » s'entend d'une organisation de personnes qui, par loi provinciale, est habilitée à admettre, à suspendre ou à expulser des personnes relativement à l'exercice d'une profession ou à leur imposer des exigences à l'égard de cet exercice.

41.1(2) When a professional association exercises a power referred to in subsection (1), the professional association

41.1(2) Lorsqu'elle exerce l'un quelconque des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1), l'association professionnelle :

(a) shall provide services and communications related to the exercise of that power in both official languages, and

a) dispense dans les deux langues officielles les services et les communications liés à cet exercice;

(b) with respect to its power to impose requirements, shall ensure that a person is able to fulfil those requirements in the official language of his or her choice.

b) s'agissant de son pouvoir d'imposer des exigences, s'assure que quiconque peut satisfaire à ces exigences dans la langue officielle de son choix.

41.1(3) No person shall be placed at a disadvantage by reason of exercising his or her right to choose an official language in which to fulfil requirements imposed by

41.1(3) Nul ne peut être défavorisé du fait qu'il a exercé son droit de choisir la langue officielle dans laquelle il satisfait aux exigences qu'impose l'association

a professional association.

professionnelle.

41.1(4) A professional association shall offer its services and communications to members of the public in both official languages.

41.1(4) L'association professionnelle offre au public ses services et ses communications dans les deux langues officielles.

[42] This sets the legislative context in which any decision made by the Commissioner stands to be assessed for reasonableness. Because of the significance of the *Act*, which is unique to New Brunswick, the Court has previously stated it has a quasi-constitutional vocation and status (see *Charlebois v. The City of Saint John*, 2004 NBCA 49, 275 N.B.R. (2d) 203; *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563) and that status necessarily impacts the reasonableness assessment of a decision made pursuant to it. There is no dispute the rights protected by the *Act* are fundamental and, as a result, the Commissioner's power to investigate is the critical tool to be used to monitor the protection and realization of those rights. The reasonableness of the Commissioner's actions must be interpreted in this light.

(1) Ground 1: Was it appropriate for the application judge to deal with the "settlement" outside the scope of judicial review as a private law matter?

[43] The application judge was clearly of the view the Commissioner could settle the subject matter of the complaint, through a private dispute resolution mechanism, and thereby preclude any future investigation of that issue. With respect, that was an error of law.

[44] The Commissioner is an independent officer of the Legislative Assembly, and her duties are clearly and strictly a matter of public law (s. 43(2.5)). As a result, any "settlement" between interim Commissioner Carrier and the Association was reached entirely within the boundaries of the public law statutory framework and must therefore be assessed within the exercise of judicial review for reasonableness. In viewing the "settlement" as a preliminary matter outside judicial review, the judge not only misinterpreted its terms but also gave it undue weight, which unfortunately flawed the judicial review he then embarked upon.

[45] The opening premise is that the Commissioner's duties cannot be altered or indeed avoided by contract: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. Given the legislative framework in place, a Commissioner is unable to settle a subject matter and any purported agreement may be understood only within that framework. Quite apart from this constraint, there was never a final settlement of the resource material issue in any event. It was clearly left open. The Association agreed to withdraw its application for judicial review of the d'Entremont report knowing full well its withdrawal could not alter the statutory rights of other parties and the Commissioner's corresponding duty to see to their protection using her investigatory powers. The "settlement" could not and did not remove that duty.

[46] In the end, by treating the settlement issue as a preliminary matter, the application judge subjected its determination to an entirely different legal framework and assessed it under a different standard of review. Regrettably, as noted, that was an error of law. Moreover, by ruling s. 43(10.1) of the *Act* gave the Commissioner "jurisdiction" to enter into the "settlement" agreement, the judge misconstrued the circumstances that can give rise to the application of that section. It provides:

43(10.1) Despite subsection (10), when the Commissioner considers it appropriate, the Commissioner may attempt to resolve a complaint without conducting an investigation.

43(10.1) Par dérogation au paragraphe (10), le commissaire peut, lorsqu'il l'estime indiqué, tenter de régler une plainte avant de procéder à une enquête.

[47] Clearly, that subsection only applies to a Commissioner's ability to resolve a complaint "without conducting an investigation." That was clearly not the case here. The former Commissioner sought to avoid a judicial review challenging a report following a **completed** investigation.

(2) Ground 2: Was the judicial review premature and should it have been dismissed on that basis?

[48] The doctrine of prematurity is grounded on the theory that, absent exceptional circumstances, parties cannot seek the court's intervention in an administrative process until it has run its course: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2010] F.C.J. No. 274 (QL), reasons adopted by the Supreme Court of Canada in *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364.

[49] The Supreme Court in *Halifax* reasoned the restrained approach was to be preferred for sound practical and theoretical reasons. The Court wrote:

While such intervention may sometimes be appropriate, there are sound practical and theoretical reasons for restraint: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at §540; P. Lemieux, *Droit administratif: Doctrine et jurisprudence* (5th ed. 2011), at pp. 371-72. Early judicial intervention risks depriving the reviewing court of a full record bearing on the issue; allows for judicial imposition of a “correctness” standard with respect to legal questions that, had they been decided by the tribunal, might be entitled to deference; encourages an inefficient multiplicity of proceedings in tribunals and courts; and may compromise carefully crafted, comprehensive legislative regimes: see, e.g., *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 170 N.R. 58 (F.C.A.), at paras. 3-4; *Zündel* (1999), at para. 45; *Psychologist Y v. Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273, at paras. 23-25; *Potter v. Nova Scotia Securities Commission*, 2006 NSCA 45, 246 N.S.R. (2d) 1, at paras. 16 and 36-37; *Vancouver (City) v. British Columbia (Assessment Appeal Board)* (1996), 135 D.L.R. (4th) 48 (B.C.C.A.), at paras. 26-27; *Mondesir v. Manitoba Assn. of Optometrists* (1998), 163 D.L.R. (4th) 703 (Man. C.A.), at paras. 34-36; *U.F.C.W., Local 1400 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2010 SKCA 89, 321 D.L.R. (4th) 397, at paras. 20-23; Mullan (2001), at p. 58; Brown and Evans, at paras. 1:2240, 3:4100 and 3:4400. Thus, reviewing courts now show more restraint in short-circuiting the decision-making

role of the tribunal, particularly when asked to review a preliminary screening decision such as that at issue in *Bell* (1971). [para. 36]

[50] The Federal Court of Appeal took this a step further in *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8, [2021] F.C.J. No. 50 (QL), by asserting that the bar to intervening on an interim basis is “next to absolute.” This is particularly true in this case considering the broad legislative mandate given to the Commissioner to investigate.

[51] This begs the question: what, precisely, is there about the Commissioner’s decision to investigate that makes it an “interim” decision and not a “final” decision on the narrow issue before the Court?

[52] The application judge found that what distinguishes this case from the above authorities, cited by the Commissioner, is that there is nothing “preliminary” about the Commissioner’s decision to investigate (para. 140). That decision was a final determination and the investigation to follow is a separate issue. The Association was not seeking to halt an investigation midstream because it had not yet commenced. The judge found the application was the only means for the Association to pursue enforcement of the settlement, with which I disagree for the reasons already stated and for those to follow. However, he also found the application was the appropriate vehicle to judicially review the Commissioner’s decision to investigate and that it was not premature for the Association to have so proceeded (para. 142). I agree, but only insofar as the doctrine of prematurity has no application to the Commissioner’s decision.

[53] In my view, the application judge’s decision with respect to the inapplicability of the doctrine of prematurity to the case before him does not run afoul of the tenets of the doctrine. I would point out that, even if it did, the exceptional circumstance in this case that would circumvent the application of the doctrine in any event is that this matter has been without resolution for several years and there are many francophone nursing students whose future may depend on the outcome of the Commissioner’s investigation. It is high time she was permitted to undertake it.

(3) Ground 3: Did the application judge properly apply the reasonableness standard to the Commissioner’s decision to investigate?

[54] As noted, the Court’s role in assessing whether the application judge properly applied the reasonableness standard is to step into his or her shoes and conduct a *de novo* assessment of the impugned administrative decision: *Ayangma v. Université de Moncton, Moncton Campus et al.*, 2019 NBCA 73, [2019] N.B.J. No. 292 (QL). Although the judge stated he would apply the reasonableness standard, we need to decide whether he did so (see *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Regional Health Authority B, doing business as Horizon Health Network v. Dr. deVries*, 2022 NBCA 20, [2022] N.B.J. No. 94 (QL)).

[55] On judicial review of an administrative decision, a judge must resist the temptation to decide the issue himself or herself. The task is not for the judge to determine first how the matter should have been decided and then whether the administrative decision-maker’s disposition measures up. This approach is often referred to as conducting a disguised correctness review under the guise of a reasonableness review. Rather, the judge is to focus on the decision made, and the rationale for it, to see if it bears the hallmarks of transparency, justification, and intelligibility. If it does, it passes the test of reasonableness and is not to be disturbed, even when the judge completely disagrees with the decision. Regrettably, that is not what the application judge did in this case.

[56] The first indication the application judge’s analysis strayed is his finding the Commissioner lacked jurisdiction to investigate. That finding was largely based on his preliminary determination the “settlement” reached by interim Commissioner Carrier ousted Commissioner MacLean’s jurisdiction to proceed. Rather than review her rationale relating to her legislative authority, the judge conducted his own analysis of the *Act* and concluded nothing in it could permit Commissioner MacLean to “reconsider and/or redecide a prior decision” (para. 165). However, that was not the basis for Commissioner MacLean’s decision. She provided an analysis of her authority under the *Act* to conduct her investigation, which had nothing to do with any prior decision by her

predecessor. She considered that Commissioner Carrier's refusal to investigate did not render the complaints with which she was seized vexatious or abusive. The judge ignored this rationale. In fact, he wondered whether the Commissioner's conclusion that Commissioner Carrier's decision did not bind her was "correct." He termed this a "threshold jurisdictional issue" which Commissioner MacLean ought to have addressed in her decision. This, again, bears the stamp of a correctness review (para. 164). An administrative decision-maker's interpretation of their powers under a home statute is subject to a reasonableness review and is owed deference (*Vavilov*, at para. 25).

[57] The second indication of a disguised correctness review is found in the *de novo* interpretation the application judge made of s. 43(11) of the *Act*, which deals with the situations in which a commissioner may refuse to investigate. *Vavilov* is clear that the reviewing judge is not to undertake such an analysis (para. 116). Moreover, doing so completely undermines the expertise which rests with the Commissioner and her office in interpreting the language rights protection regime afforded by the *Act*. At the conclusion of his own analysis of s. 43(11), the judge found it was not "amenable to the narrow interpretation given to it by the Commissioner" (para. 218). That is a finding which stacks the Commissioner's interpretation against his own. Again, that is disguised correctness review. What the judge needed to do was strictly consider the Commissioner's decision, regardless of what interpretation he might have favoured, and determine whether it met the hallmarks referenced above. If the decision exhibits these hallmarks, nothing more is needed to conclude it is reasonable.

[58] The third and perhaps most obvious deviation from the reasonableness assessment which ought to have been conducted resides in the application judge's undertaking of his own review of the record to address the issues of statutory interpretation of the exceptions to investigate and the issue of the "settlement" agreement. Rather than focus on the Commissioner's reasons with respect to these two issues, the judge's focus on his own interpretation led him to conclude the Commissioner had predetermined these issues before rendering her decision. Not only does the record not support any finding of predetermining issues, but the Commissioner had in fact invited

the parties to make further submissions specifically on these and other issues before making her decision.

[59] The Commissioner's decision addresses the four objections raised by the Association. She considered each of the objections within her statutory framework and concluded her decision with a global analysis of the combined effect of the objections. Her conclusion was that the complaints were neither vexatious nor abusive and that she was obligated to carry out her legislative mandate to investigate. I reproduce the salient portions of her decision of October 15, 2021, and begin with her summary of the four objections raised by the Association:

[TRANSLATION]

[5] NANB formally objects to the investigation, claiming the complaints are vexatious and constitute an abuse of process. NANB advances four arguments:

- 1) The complaints raise the same issues that were the subject of a previous investigation;
- 2) The Commissioner made the decision not to investigate these complaints when they were filed in 2019;
- 3) The complaints are not supported by any evidence, "much less new evidence that was not adduced or could not reasonably have been adduced" during the prior investigation;
- 4) The issue of the availability of preparatory resource materials is before the courts.

[6] I will address each of these arguments in turn. I will first review the general principles.

[60] The Commissioner then sets out the legislative framework, as she interprets it, which establishes her mandate and limits her authority:

[TRANSLATION]

2. General principles

a) Role of the Commissioner under the *Official Languages Act*

[7] The *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5 (“the Act”) establishes the Commissioner’s mandate and his role as a complaints investigator. The relevant sections are reproduced below:

43(9) Conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de la présente loi, le rôle du commissaire est d’enquêter, présenter des rapports et de faire des recommandations visant le respect de la présente loi et de promouvoir l’avancement des deux langues officielles dans la province.

43(10) Pour remplir son rôle au sens du paragraphe (9), le commissaire procède à des enquêtes, soit à la suite des plaintes qu’il reçoit, soit de sa propre initiative, et présente les rapports et recommandations émanant de ces enquêtes conformément à la présente loi.

43(10.1) Par dérogation au paragraphe (10), le commissaire peut, lorsqu’il l’estime indiqué, tenter de régler une plainte avant de procéder à une enquête.

43(9) In accordance with the authority provided to the Commissioner under this Act, it is the role of the Commissioner to investigate, report on and make recommendations with regard to compliance with this Act and to promote the advancement of both official languages in the Province.

43(10) In order to fulfill the role under subsection (9), the Commissioner shall conduct and carry out investigations either pursuant to any complaint made to the Commissioner or on his or her own initiative and shall, as provided in this Act, report and make recommendations with respect to such investigations.

43(10.1) Despite subsection (10), when the Commissioner considers it appropriate, the Commissioner may attempt to resolve a complaint without conducting an

investigation.

43(11) Le commissaire peut, à son appréciation, refuser ou cesser d'instruire une plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :

43(11) The Commissioner may refuse to investigate or cease to investigate any complaint if, in the opinion of the Commissioner,

a) elle est sans importance;

(a) the subject-matter of the complaint is trivial,

b) elle est frivole ou vexatoire ou n'est pas faite de bonne foi;

(b) the complaint is frivolous or vexatious or is not made in good faith, or

c) son objet ne constitue pas une contravention à la présente loi ou, pour toute autre raison, ne relève pas de la compétence du commissaire en vertu de la présente loi.

(c) the subject-matter of the complaint does not involve a contravention or failure to comply with this Act or, for any other reason, does not come within the authority of the Commissioner under this Act.

43(12) En cas de refus d'instruire une plainte ou de la poursuivre, le commissaire donne au plaignant un avis motivé.

43(12) If the Commissioner refuses to investigate or ceases to investigate any complaint, the Commissioner shall inform the complainant and provide reasons for the decision to do so.

[8] Under subsection 43(9), the role of the Commissioner is "to investigate, report on and make recommendations with regard to compliance with this *Act* and to promote the advancement of both official languages in the Province."

[9] When complaints are received by the Office of the Commissioner, the Commissioner has a duty to investigate: under subsection 43(10), the Commissioner “shall conduct and carry out” investigations when he receives a complaint (“the Commissioner shall conduct and carry out investigations [...] pursuant to any complaint made to the Commissioner”). In fact, the *Act* only provides four exceptions to this obligation (see subsections 43(10.1) and 43(11) of the *Act*). The Commissioner may only refuse to investigate when one of these exceptions applies. The decision to refuse to investigate is discretionary: if one of the grounds for refusal under subsections 43(10.1) or 43(11) applies, the Commissioner is not required to refuse to investigate, but he may refuse to investigate.

[10] If the Commissioner refuses to investigate on one of these grounds, he shall inform the complainant and provide reasons for the decision to do so (s. 43(12)).

[11] The role and authority of the Commissioner must be interpreted in light of the object and importance of the *Official Languages Act*. As recognized in the Preamble to the *Act* and by the Supreme Court of Canada, the purpose of the *Act* is to implement the rights enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, at para. 13). Thus, the role of the Commissioner – including the role of investigating and making recommendations on compliance with the *Act* – is linked to the implementation of constitutional rights. As such, the Commissioner’s power to refuse to investigate a complaint should not be exercised lightly. In light of these principles, I find that the duty to investigate under subsection 43(1) must be interpreted broadly and the grounds for refusal under subsection 43(11) must be interpreted narrowly.

[12] In this perspective, I seriously doubt that I have the authority to refuse to investigate on the ground that a complaint constitutes an abuse of process. Paragraph 43(11)(b) clearly empowers the Commissioner to refuse to investigate on the ground that a complaint is vexatious, but nowhere does it state that the Commissioner may refuse to investigate on the ground that a complaint constitutes an abuse of process. In view of the principles set out above, I am reluctant to recognize abuse of process as a new ground distinct from the “vexatious” ground under paragraph 43(11)(b).

[13] However, I do not need to decide this issue, as I do not consider that the complaints are vexatious or abusive.

[61] Against this interpretive backdrop, the Commissioner then analyzed the general issue of whether the complaints she proposed to investigate were vexatious or constituted an abuse of process:

[TRANSLATION]

b) Abuse of process and “vexatious”

[14] The doctrine of abuse of process engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, at paras. 35-55). It is a flexible doctrine that focuses on the integrity of the process. When it applies in the administrative context, it applies in the “clearest of cases,” when the proceedings are “unfair to the point that they are contrary to the interests of justice” (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, at para. 120).

[15] The definition of a “vexatious” complaint is also somewhat flexible. In the context of civil litigation, a proceeding is vexatious if it was “instituted maliciously and without probable cause” (*Russell v. Northumberland Co-operative Limited*, 2019 CanLII 24885 (NB CA), at para. 20, citing *University of New Brunswick Student Union Incorporated et al. v. Smith (S.) et al.*; *University of New Brunswick Student Union Incorporated et al. v. Vaillancourt et al.* (1987), 84 N.B.R. (2d) 292 (N.B.C.A.), at para. 3). A complaint may be vexatious if it is clearly repetitious of previous complaints that all share the same theme and have already been determined (*ST v. Edmonton (Police Commission)*, 2019 ABLERB 30, at para. 11).

[16] NANB appears to treat the terms “vexatious” and “abuse of process” somewhat interchangeably. As illustrated by the discussion above, it is clear that the concepts of “vexatious” and “abuse of process” are flexible doctrines which sometimes overlap. For example, an attempt to have the same matter reconsidered would be vexatious as well as an abuse of process (see *Olumide v. Police Commissioner and Human Rights Commission*, 2021 PECA 4, at paras. 33-34). This is essentially the basis of NANB’s objection.

[17] NANB has provided some examples of case law dealing with vexatious and abusive complaints. While this case law provides examples of these doctrines, there is nothing in these examples that binds me, as the factual and statutory contexts are distinguishable. Moreover, there is nothing in that case law establishing that abuse of process is an independent ground upon which a statutory commissioner may refuse to investigate.

3. Analysis

[18] Are the new complaints vexatious or an abuse of process?

[19] It is undisputable that the complainants in these complaints are different from either (1) the complainants in the 2016-2018 investigation (File 2016-3071), or (2) the plaintiffs in the court proceedings. In its letter, NANB does not allege that the current complainants are in any way connected to the other proceedings. Furthermore, NANB does not allege that the complainants in these complaints have an improper motive or that they are acting in bad faith.

[62] The Commissioner's next step was to analyze each of the four formal objections raised by the Association in opposition to the investigation:

[TRANSLATION]

[20] I will address each of NANB's arguments in turn:

a) Same subject matters as a previous investigation

[21] NANB maintains that the complaints address the same matters that were the subject of a previous investigation.

[22] The release of a prior report concerning similar issues is not identified in the *Act* as a ground for the Commissioner to refuse to investigate. On the other hand, at least two New Brunswick statutes and several federal statutes explicitly or implicitly provide for this type of ground for refusal. The *Official Languages Act of New Brunswick* does not.

[23] In any event, these complaints are distinct from the earlier complaints. Firstly, the 2019 complaint explicitly relates to NANB's follow-up actions to the 2018 report; in other words, new facts that have (or have not) occurred since the 2018 report. Secondly, the new complaints relate to an issue that was explicitly left open in the 2018 report and in the 2019 letter from Interim Commissioner Carrier, namely the availability and quality of the preparatory resource materials. In his letter dated January 10, 2019, Interim Commissioner Carrier ruled [TRANSLATION] "that the issue of the gap in commercial examination preparatory resources in English and French remains unresolved."

[24] Furthermore, the closure of the old file by Interim Commissioner Carrier in no way affects the current Commissioner's duty to investigate a new complaint.

[25] Moreover, unlike the cases NANB refers to, which deal with the calling into question of facts that occurred entirely at a fixed moment in the past, **the present complaints deal with NANB's ongoing compliance with the Act. There are specific allegations about facts that have occurred since the 2018 report. Thus, although the complaints are based on issues related to the 2016-2018 investigation (file 2016-3071), they do not constitute a simple attempt to reopen that investigation.** The investigation of the complaint does not require a reopening of the previous investigation or a further investigation.

b) Predecessor's decision not to investigate

[26] NANB emphasizes the fact that Interim Commissioner Carrier made the decision not to investigate these complaints when they were filed in 2019.

[27] Overall, NANB argues that it is the complaints themselves, not the investigation, that would be vexatious or constitute an abuse of process. In itself, the decision of a previous commissioner not to investigate cannot render the complaints themselves vexatious or abusive. However, at page 4 of its letter, NANB states that [TRANSLATION] "to consider such complaints would be doubly abusive, particularly in light of the OCOL having previously decided in October 2019 that it would not be appropriate to investigate them." Thus, NANB states that the investigation itself may be abusive in light of the prior decision not to investigate. However, NANB does not develop this

argument, nor does it provide any legal support for the argument that a previous Commissioner's decision not to investigate renders the investigation an abuse of process. On its own, this factor does not render either the complaint or the investigation abusive.

c) Supporting evidence

[28] NANB argues that the complaints are vexatious because they are not supported by any evidence, [TRANSLATION] "much less new evidence which was not adduced or could not reasonably have been adduced" during the previous investigation.

[29] This argument is without merit. NANB seems to impose a requirement of evidence where there is none. Generally, there is no requirement for complainants to provide evidence in support of their complaint. Rather, it is the Commissioner's role to investigate complaints to determine whether they are founded. It is impossible to say, without investigating, whether any of the evidence could reasonably have been adduced during the previous investigation.

d) Issue before the courts

[30] NANB suggests the complaints are vexatious or abusive because the issue of availability of preparatory resource materials is currently before the courts.

[31] NANB does not provide any case law in support of this argument. According to subsection 43(11) of the *Act*, the fact that a similar matter is before the courts does not constitute a ground for the Commissioner to refuse to investigate a complaint.

[32] The complainants in this complaint are different from the plaintiffs in the legal proceeding and the complainants in the 2016 complaint. In my view, it would be inconsistent with the purpose of the *Official Languages Act* to refuse to investigate this complaint on the ground that other parties have chosen to litigate similar issues before the Court of Queen's Bench. [Footnote omitted]

[63] Finally, the Commissioner provided her global analysis of all four objections considered together:

[TRANSLATION]

e) Overall analysis

[33] None of these factors, taken separately, establishes that the complaints are vexatious or constitute an abuse of process. What if we consider them together?

[34] The second ground must be set aside entirely, as the decision of the previous Commissioner does not affect the nature of the complaints. Do the other grounds, taken together, prove that these complaints are vexatious or abusive? Do they constitute a misuse of the Commissioner's resources or undermine the Commissioner's role under the *Official Languages Act*? In my view, they do not. Given the multiplicity of complaints received, this is clearly an important issue for many people. While the various proceedings overlap, these complaints are not an attempt to reconsider issues that have already been determined: they are a continuation of the same subject matter as the 2016 complaints. Even if the issues addressed in these complaints are also the subject of ongoing legal proceedings, such legal proceedings have not been determined, and so, if anything, the investigation would be a concurrent proceeding rather than a relitigation of an issue that has already been determined. While these complaints may inconvenience NANB due to the multiplicity of investigations, this is not the purpose of the prohibition against vexatious or abusive complaints.

[35] Accordingly, I will not refuse to investigate the complaints on the ground that they are vexatious under paragraph 43(11)(b) of the *Official Languages Act*, nor, assuming that I have the authority to do so, on the ground that they constitute an abuse of process. [Emphasis added; para. 25]

B. *Reasonableness assessment of the Commissioner's decision*

(1) Statutory authority

[64] In interpreting her home statute, Commissioner MacLean cited the Supreme Court's decision in *Charlebois* in support of her position that her role and authority had to be interpreted in light of the object and importance of the *Act*. This is

what led her to broadly interpret her obligation to investigate under ss. 43(9) and (10) and to narrowly interpret the exceptions set out in s. 43(11). Her analysis bears the hallmarks of transparency, intelligibility and justification which makes it reasonable under the *Vavilov* guidelines.

(2) Vexatious complaint or abuse of process

[65] Commissioner MacLean’s analysis of whether the new complaints were vexatious or an abuse of process dealt with the four objections raised by the Association. The application judge did not take issue with the Commissioner’s position relating to the “lack of new evidence” objection, nor with the issue of “resource materials being before the courts.” However, he found her analysis of the other two grounds was unreasonable.

[66] The first of these two grounds is the [TRANSLATION] “same subject-matter complaints.” The Commissioner found, as a fact, the new complaints were clearly distinct because they raised the question as to what had occurred since the release of the d’Entremont report, the very issue interim Commissioner Carrier left open and unresolved. Commissioner MacLean’s analysis on this score is patently reasonable as it is grounded in facts which arose following the d’Entremont report.

[67] The second of the two grounds with which the application judge disagreed relates to Commissioner Carrier’s decision not to investigate as binding Commissioner MacLean. As noted, the previous decision can have no bearing on ongoing compliance with the *Act* and the judge failed to appreciate this. As a result, Commissioner MacLean’s decision to revisit Commissioner Carrier’s decision did not give rise to uncertainty or inconsistency and bears all the hallmarks of reasonableness.

(3) Reasonableness of the global analysis

[68] In conducting her global analysis, Commissioner MacLean took a step back and asked herself, when viewing the Association’s objections together, whether an investigation would be an improper use of her resources, thereby undermining her role.

She concluded it would not. She drew this conclusion in light of the legal framework which constrains her and, thus, conducted herself in a transparent, intelligible and justified manner.

(4) The Commissioner's assessment of the "settlement" issue

[69] Commissioner MacLean also addressed the "settlement" issue raised by the Association, although not as one of its four stated objections to the investigation. Again, she did not need to go beyond the fact the resource material issue had been left open and unresolved so that, no matter how one might characterize the "settlement," it had no bearing on that issue, nor on the Commissioner's obligation to investigate should the matter be the subject of a separate complaint. The application judge failed to give deference to this analysis.

[70] Moreover, it would have been unreasonable for the Commissioner to conclude to the contrary because, first, she cannot contract out of her statutory duties and, second, nothing in Commissioner Carrier's communications to the Association precluded future investigations.

[71] Commissioner MacLean's decision therefore followed an "internally coherent and rational chain of analysis and [...] is justified in relation to the facts and law that constrain" her (*Vavilov*, at para. 85).

VI. Prohibition as a Remedy

[72] Before concluding, I wish to comment on the remedy given by the application judge. There is no discussion in his decision as to why he deemed it appropriate to order prohibition, particularly where courts have generally described this remedy as "drastic" (see *Psychologist "Y" v. Nova Scotia Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, [2005] N.S.J. No. 350 (QL), at para. 2), and to be avoided unless an unusual or exceptional circumstance warrants it. The authorities cited by the judge in support of granting the remedy are distinguishable on the basis they dealt with

matters which had been adjudicated, whereas the availability of resource materials in this case is an issue which has yet to be adjudicated. Moreover, the Commissioner had jurisdiction to decide to investigate, an element which would have been a prerequisite to consideration of the remedy.

[73] The appellate jurisprudential trend in Canada has been to either overturn prohibition orders or uphold refusals to grant the remedy (see *Holder v. College of Physicians and Surgeons (Man.)*, 2002 MBCA 135, [2002] M.J. No. 405 (QL); *Halifax; Thielmann v. The Association of Professional Engineers and Geoscientists of the Province of Manitoba*, 2020 MBCA 8, [2020] M.J. No. 8 (QL); *Dugré*).

VII. Conclusion and Disposition

[74] The Commissioner reasonably interpreted her statutory duties and her decision to investigate is owed deference. She cannot be prevented from investigating as she must carry out her quasi-constitutional mandate to oversee the protection of language rights under the *Act*.

[75] I would allow the appeal and set aside the decision of the application judge. I would remit the matter of the Commissioner's investigation to her. I would award costs throughout in favour of the Commissioner in the amount of \$7,000.

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] En juillet 2016, une plainte a été déposée auprès du Commissariat aux langues officielles contre l'Association des infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick concernant l'adoption par cette dernière, en janvier 2015, d'un examen d'admission à la profession servant à évaluer les compétences et les aptitudes des étudiants en sciences infirmières voulant adhérer à la profession infirmière au Nouveau-Brunswick. L'examen est appelé *National Council Licensure Examination for Registered Nurses* (le NCLEX-RN). La plainte soulevait deux principales questions concernant le NCLEX-RN, notamment (1) que les étudiants francophones étaient défavorisés par rapport à leurs collègues anglophones du fait que l'examen n'était pas correctement traduit de l'anglais vers le français, et (2) que les étudiants francophones étaient encore plus défavorisés du fait qu'il y avait beaucoup moins de ressources d'étude et de ressources documentaires permettant aux étudiants de se préparer à l'examen disponibles en langue française qu'en langue anglaise.

[2] La commissaire à ce moment-là, Katherine d'Entremont, a entrepris une instruction de la plainte de 2016. À la suite de cette instruction, un rapport a été publié le 9 mai 2018 dans lequel elle a conclu que l'Association violait la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, relativement aux deux allégations soulevées dans la plainte. La Commissaire a formulé plusieurs recommandations que, s'attendait-on, l'Association devait mettre en application. Selon une de ces recommandations, l'Association devait faire rapport à la Commissaire des mesures prises pour respecter la *Loi*, et ce, au plus tard le 4 septembre 2018.

[3] L'Association a déposé une requête en révision judiciaire des conclusions de la Commissaire afin qu'elles soient évoquées à la Cour et annulées. Des discussions ont eu lieu entre l'Association et un différent commissaire, lequel avait été nommé par

intérim afin de remplacer Katherine d'Entremont à la suite de son départ à la retraite. Ces discussions ont conduit au retrait de la requête en révision judiciaire le 14 janvier 2019, mais la question portant sur la disponibilité des ressources documentaires en langue française a été laissée entière et non réglée.

[4] En juillet et août 2019, deux nouvelles plaintes ont été déposées auprès du bureau du commissaire par intérim par des parties plaignantes différentes que celles qui avaient rédigé la première plainte. Les deux nouvelles plaintes soulevaient la même question que celle soulevée dans la première plainte, à savoir la disponibilité des ressources documentaires en langue française, mais alléguaient en outre que l'Association n'avait pris aucune mesure pour mettre en œuvre les recommandations énoncées dans le rapport de la commissaire d'Entremont. Le commissaire par intérim a informé les parties plaignantes que son bureau n'allait pas instruire ces plaintes puisqu'une action privée, qui engageait des parties différentes, avait été déposée depuis le retrait de la requête en révision judiciaire et soulevait la question de l'insuffisance des ressources documentaires. Le commissaire par intérim estimait qu'il ne pouvait pas procéder à une enquête parce que les tribunaux étaient saisis de l'affaire.

[5] En mars 2020, à la suite de la nomination de la commissaire actuelle, Shirley MacLean, c.r., une autre plainte a été déposée par les parties plaignantes qui étaient à l'origine de la plainte de 2019 dans laquelle on demandait à la Commissaire de revoir la décision de son prédécesseur et de mener une enquête afin de voir ce que l'Association avait fait depuis la publication du rapport de la commissaire d'Entremont. La Commissaire a informé les parties qu'elle allait procéder à l'enquête. L'Association s'est opposée à l'instruction et a déposé une autre requête en révision judiciaire par laquelle elle sollicitait une ordonnance interdisant la tenue d'une enquête en s'appuyant principalement sur le fait que l'affaire avait été réglée par le retrait de la première requête en révision judiciaire. Le juge saisi de la requête a souscrit à la prétention de l'Association. Il a conclu que le Commissariat et l'Association avaient conclu un règlement amiable, ce qui empêchait la tenue de l'enquête envisagée par la nouvelle commissaire. Il a rendu une ordonnance interdisant la tenue d'une enquête et a condamné la Commissaire aux dépens.

[6] Dans son appel de la décision du juge saisi de la requête, la Commissaire aborde le cadre de son mandat législatif d'instruire les plaintes déposées auprès du Commissariat sous le régime de la *Loi* et soutient que le juge a commis une erreur en interdisant la tenue d'une enquête. Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision du juge saisi de la requête et je renverrais l'affaire à la Commissaire afin qu'elle puisse procéder à l'enquête.

[7] Avant de continuer, je tiens à souligner, à l'intention du lecteur, que, bien que la grande majorité des documents versés au dossier, y compris la décision contestée de la Commissaire, sont en français, les parties ont présenté leurs observations écrites et orales en anglais tant devant le tribunal d'instance inférieure que devant notre Cour.

II. Contexte

[8] Il est important de présenter de façon assez détaillée la chronologie des événements ayant conduit au présent appel puisque les parties ne sont pas du même avis en ce qui concerne les conséquences juridiques de certains de ces événements. Une des particularités importantes de l'affaire est ce qui s'est produit, en fait et en droit, lorsque l'Association a retiré sa requête en révision judiciaire en janvier 2019. Comme nous le verrons, le juge saisi de la requête a interprété ce retrait comme un [TRADUCTION] « règlement amiable » entre parties privées. Avec égards, il a commis une erreur de droit dans cette interprétation et, afin de comprendre le cadre d'analyse qu'il aurait dû appliquer pour traiter de cette question, une juste appréciation des faits est nécessaire.

[9] En mai 2018, la commissaire d'Entremont a publié son rapport en réponse à la première plainte. Elle a conclu que la plainte était fondée et que l'Association avait violé la *Loi* du fait que les deux groupes linguistiques d'étudiants en sciences infirmières n'étaient pas sur un pied d'égalité en ce qui concerne la capacité des étudiants francophones à se préparer pour le NCLEX-RN compte tenu de la disparité importante entre les ressources documentaires préparatoires disponibles en langue française et celles

disponibles en langue anglaise. En outre, la Commissaire a contesté, à certains égards, la qualité de la traduction française du NCLEX-RN en soi.

[10] L'Association a réagi rapidement au rapport. Elle a d'abord déploré le fait qu'elle n'avait pas été consultée dans le cadre de l'enquête de la Commissaire, même si le rapport indique qu'elle l'a été. Elle a en outre affirmé que le rapport contenait de nombreuses inexactitudes factuelles. Un des aspects essentiels de la position de l'Association est qu'elle n'a aucun contrôle sur la préparation du NCLEX-RN ni sur la préparation, la qualité et la distribution des ressources documentaires préparatoires en langue française, ressources qu'elle ne sanctionne pas.

[11] Peu de temps après la publication du rapport de la commissaire d'Entremont le 28 mai 2018, la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick (SANB) et la Fédération des étudiants et étudiantes du Centre universitaire de Moncton (FÉÉCUM) ont déposé une action contre l'Association (l'*action de la SANB*) qui soulevait les mêmes questions que celles énoncées dans le rapport de la commissaire d'Entremont. L'action visait à faire invalider le NCLEX-RN sur le fondement qu'il portait atteinte aux droits garantis par la *Charte* et violait la *Loi*. L'Association a contesté la qualité pour agir des demanderessees pour intenter cette action et, bien que la qualité pour agir n'ait pas été reconnue et que l'action ait été rejetée par le juge de la Cour du Banc de la Reine (voir *SANB et FÉÉCUM c. AIINB*, 2020 NBBR 19, [2020] A.N.-B. n° 28 (QL)), en appel de cette décision, la Cour a ordonné que la décision soit annulée et a accordé aux demanderessees l'autorisation de modifier leurs plaidoiries afin de déterminer si leur qualité pour agir pouvait être établie (voir *La Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association des infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick*, 2021 NBCA 21, [2021] A.N.-B. n° 113 (QL)). Le dossier dont dispose la Cour montre que cette action n'a jamais suivi son cours.

[12] La commissaire d'Entremont a pris sa retraite et, le 20 juin 2018, Michel Carrier, c.r., a été nommé commissaire par intérim en attendant la nomination du remplaçant de la commissaire d'Entremont.

[13] Le 21 août 2018, l'Association a déposé une requête en révision judiciaire afin que le rapport de la commissaire d'Entremont soit évoqué à la Cour et annulé. L'Association alléguait un manquement à l'équité procédurale relativement à son allégation selon laquelle elle n'aurait pas été consultée. Elle soutenait en outre que des inexactitudes factuelles figuraient dans le rapport. Le commissaire par intérim Carrier et l'Association ont entamé des discussions sérieuses concernant la façon de traiter la requête. La plupart des discussions se sont faites par courriel.

[14] Le 24 septembre 2018, le commissaire Carrier a communiqué avec l'avocat de l'Association et lui a indiqué que, si l'Association était prête à consentir à « l'arrêt des procédures » relativement à la requête en révision judiciaire, il était prêt à affirmer publiquement que la qualité de la traduction du NCLEX-RN était adéquate et ainsi régler cette question. Le jour suivant, l'avocat de l'Association a accepté de reporter la mise au rôle de la requête et de poursuivre les discussions.

[15] Le 30 novembre 2018, le commissaire Carrier a informé l'avocat de l'Association que son bureau avait retenu les services d'un avocat relativement à la requête en révision judiciaire, mais qu'il préférerait poursuivre les discussions avec lui personnellement pour le moment. Les discussions se sont poursuivies.

[16] Le 3 janvier 2019, l'avocat de l'Association a envoyé un courriel au commissaire Carrier dans le but de parvenir à un règlement amiable relativement aux « conclusions [qu'ils avaient] discutées ». Les cinq « conclusions » revêtant une importance pour l'appel sont les suivantes :

1. La version française du NCLEX-RN est conforme aux exigences de l'art. 41.1 de la *Loi*;
2. Le Commissariat reconnaît que l'Association n'a aucun contrôle sur la préparation et la production des ressources documentaires en langue française;

3. Le Commissariat reconnaît les efforts entrepris par l'Association pour mettre les ressources documentaires à la disposition des étudiants francophones;
4. Les tribunaux sont actuellement saisis de la question des ressources documentaires dans le cadre de l'*action de la SANB* et le Commissariat confirme qu'il ne commentera pas la question pendant que l'affaire est en instance;
5. Le Commissariat considère maintenant le dossier comme étant clos.

[17] Le 4 janvier 2019, le commissaire Carrier a répondu par courriel qu'il était prêt à confirmer que la traduction du NCLEX-RN était adéquate et que le rapport de la commissaire d'Entremont n'avait pas conclu que la traduction violait l'art. 41.1 de la *Loi*. Il a aussi reconnu les efforts entrepris par l'Association afin de rendre disponibles les ressources documentaires en langue française. Toutefois, il a décidé de laisser les tribunaux trancher la question de leur disponibilité, tout comme l'avait conclu le rapport de la commissaire d'Entremont : « Nous devons respecter le processus juridique. » Avec égards, comme je le mentionnerai dans l'analyse ci-dessous, le commissaire par intérim a commis une erreur en déléguant aux tribunaux son obligation d'origine législative d'instruire la question. Néanmoins, la position du commissaire par intérim était sans doute à l'origine de la deuxième requête en révision judiciaire, qui constitue maintenant le fondement du présent appel.

[18] Le 7 janvier 2019, l'avocat de l'Association a envoyé un courriel au commissaire Carrier pour l'informer que sa cliente « accept[ait] [leurs] suggestions de règlement » et que, si l'affaire pouvait être réglée, il ne serait pas nécessaire de reporter à nouveau la mise au rôle de la requête en révision judiciaire.

[19] Le 10 janvier 2019, le commissaire Carrier a envoyé un courriel à l'avocat pour lui rappeler que la question de la disponibilité des ressources documentaires en langue française n'avait toujours pas été réglée et que l'action de la *SANB* portant sur

cette question allait se poursuivre. Toutefois, avec cette précision, il considérait que le dossier était clos.

[20] Le 14 janvier 2019, l'avocat de l'Association a informé la greffière du tribunal que la requête en révision judiciaire avait été retirée puisque le dossier avait été « réglé ».

[21] Plusieurs mois plus tard, à la fin du mois de juillet et au début du mois d'août 2019, deux nouvelles plaintes ont été déposées auprès du Commissariat, les deux sollicitant une réinstruction de la question des ressources documentaires. La première des deux plaintes a été déposée par l'Association des aînés du Nouveau-Brunswick et la deuxième, par un groupe de personnes représenté par Lise Guérette-Daigle et Véronique Landry. Plus tard en août 2019, une rencontre a eu lieu entre le commissaire Carrier, l'Association et les représentants des parties plaignantes. Le commissaire Carrier a indiqué que les tribunaux étaient toujours saisis de la question des ressources documentaires et que son bureau n'allait pas instruire les nouvelles plaintes. Il a clairement indiqué que sa décision de ne pas procéder à l'enquête reposait sur le fait que l'*action de la SANB* était toujours en instance et qu'il n'écartait pas la possibilité d'une enquête plus poussée si la situation par rapport à l'action changeait. Il convient de préciser qu'il n'a pas indiqué que le [TRADUCTION] « règlement amiable » empêcherait une enquête plus poussée.

[22] Le 22 novembre 2019, Shirley MacLean, c.r., a été nommée commissaire.

[23] En mars 2020, une des parties plaignantes à l'origine de la plainte de 2019 a demandé à la commissaire MacLean de revoir le refus du commissaire Carrier d'instruire les plaintes et de procéder à une enquête. Elle a ouvert deux dossiers, un pour chacune des deux plaintes, et a écrit à l'Association pour lui indiquer que son enquête serait axée sur la question des ressources documentaires afin de déterminer si l'Association violait le par. 41.1(3) de la *Loi* qui est ainsi libellé :

41.1(3) No person shall be placed at a **41.1(3)** Nul ne peut être défavorisé du fait

disadvantage by reason of exercising his or her right to choose an official language in which to fulfil requirements imposed by a professional association.

qu'il a exercé son droit de choisir la langue officielle dans laquelle il satisfait aux exigences qu'impose l'association professionnelle.

[24] Le 13 novembre 2020, l'avocat de l'Association a écrit à la commissaire MacLean pour lui faire part de l'objection de sa cliente à cette enquête, soutenant que l'affaire avait été réglée avec son prédécesseur et que les tribunaux étaient toujours saisis de la question des ressources documentaires. Il estimait que la tenue d'une nouvelle enquête constituait un abus de procédure, particulièrement du fait qu'il n'était pas au courant de nouveaux éléments de preuve déposés à l'appui des nouvelles plaintes. De plus, l'identité des nouvelles parties plaignantes n'avait pas encore été divulguée à l'Association et, par conséquent, l'Association ne pouvait pas savoir s'il s'agissait des mêmes personnes qui avaient déposé la plainte initiale ou si les nouvelles parties plaignantes étaient les demandresses dans l'action de la *SANB*, puisque la question de leur qualité pour agir n'avait toujours pas été tranchée.

[25] Le 2 décembre 2020, l'avocate de la Commissaire a écrit à l'avocat de l'Association et a indiqué que la commissaire MacLean n'était pas liée par la décision de son prédécesseur de ne pas procéder à une enquête et que, compte tenu de son obligation d'origine législative d'instruire les nouvelles plaintes, rien que son prédécesseur puisse avoir dit ou fait ne pouvait la lier et l'empêcher d'exercer son obligation. L'avocate de la Commissaire a en outre affirmé, pour le compte de cette dernière, qu'il n'y avait eu aucun « règlement » de la requête en révision judiciaire de l'Association de la manière dont l'Association l'interprétait, à savoir que toute instruction ultérieure de la question était interdite. Finalement, l'avocate de la Commissaire a confirmé que les auteurs des nouvelles plaintes n'étaient pas les parties plaignantes à l'origine de la plainte initiale ni les demandresses dans l'action de la *SANB*. Cela n'a toutefois pas dissuadé l'avocat de l'Association, qui a maintenu que les nouvelles plaintes n'étaient pas fondées sur de nouveaux renseignements.

[26] Le 15 avril 2021, l'avocate de la Commissaire a écrit à l'avocat de l'Association pour lui indiquer que l'enquête tiendrait compte des conclusions de

l'enquête de la commissaire d'Entremont ainsi que des documents déposés à l'appui de la requête en révision judiciaire qui ont suivi. L'avocate de la Commissaire a confirmé que l'enquête était axée sur l'égalité dans l'accès à la profession infirmière et sur le processus suivi par l'Association pour contrôler cet accès afin de bien examiner la question de savoir si les étudiants francophones étaient défavorisés. Elle a en outre confirmé que la Commissaire s'intéressait principalement à la qualité et à la disponibilité des ressources documentaires en langue française et aux efforts entrepris par l'Association pour régler cette question.

[27] Le 21 mai 2021, l'avocat de l'Association a écrit à l'avocate de la Commission pour contester la compétence de la Commissaire de [TRADUCTION] « réinstruire » des affaires qui ont déjà été instruites par le Commissariat et a soutenu que, si le Commissariat estimait qu'une réinstruction de l'affaire était nécessaire, il aurait dû consentir à ce que le rapport de la commissaire d'Entremont soit évoqué à la Cour et annulé dans le cadre de la requête en révision judiciaire initiale et que la question soit réexaminée en temps utile. Il a indiqué qu'il allait déposer une requête auprès de la Cour visant à empêcher la Commissaire de procéder à la réinstruction de l'affaire, mais, avant de le faire, il a demandé à la Commissaire si elle était disposée à examiner une autre solution.

[28] Une rencontre sous toutes réserves a été tenue entre les parties, et la Commissaire a confirmé qu'elle allait procéder à une enquête, malgré le fait que le fond des plaintes actuelles était le même que celui de la plainte initiale.

[29] Le 10 septembre 2021, l'avocat de l'Association a encore une fois confirmé la position de sa cliente selon laquelle, compte tenu du fait que l'ancien commissaire par intérim avait affirmé officiellement qu'il ne serait pas approprié que son bureau commente la question des ressources documentaires pendant que cette question était en litige dans le cadre de l'*action de la SANB*, la réinstruction proposée de l'affaire était vexatoire et constituait un abus de procédure.

[30] Le 15 octobre 2021, la commissaire MacLean a publié sa décision confirmant qu'elle allait procéder à une enquête. Cette décision est au centre du présent litige. Je la traite plus en détail ci-dessous dans le contexte de l'évaluation du caractère raisonnable à laquelle le juge saisi de la requête était tenu de procéder et que la Cour doit maintenant entreprendre *de novo*. Toutefois, par souci d'exhaustivité, je tiens à souligner que la Commissaire a rejeté les objections de l'Association à l'enquête en raison de la vaste obligation qui lui incombe par application du par. 43(2) de la *Loi*. Elle a soutenu que les motifs potentiels de refus de procéder à une enquête, énoncés au par. 43(11), doivent recevoir une interprétation étroite et qu'elle ne pouvait refuser d'instruire une plainte en raison d'une allégation d'« abus de procédure », ce qui n'est pas un motif prévu au par. 43(11). Bien qu'elle ait reconnu qu'elle pouvait refuser d'instruire une plainte au motif que les allégations contenues dans les plaintes actuelles étaient vexatoires, puisqu'il s'agit d'un motif de refus prévu au par. 43(11), elle a conclu que les plaintes n'étaient pas vexatoires et ne constituaient pas non plus un abus de procédure. Finalement, elle estimait qu'un refus d'instruire une plainte ne serait pas compatible avec l'objet et le but de la *Loi* si la seule raison du refus était le fait que d'autres parties avaient saisi les tribunaux d'une question semblable. La *Loi* prévoyait que les nouvelles parties plaignantes avaient droit à ce que leurs plaintes soient instruites, et cela ne constituait pas un réexamen d'une question précédemment [TRADUCTION] « réglée ». Il ne s'agissait que d'une continuation de l'instruction antérieure d'une question qui était toujours en litige et que l'ancien commissaire avait laissée entière et non réglée. Je soulignerais que, à ce stade-ci, aucun tribunal n'a statué sur la requête en révision judiciaire portant sur le rapport de la commissaire d'Entremont.

[31] Le juge a été saisi de la requête en révision judiciaire de la décision de la commissaire MacLean du 15 octobre 2021. Je traiterai davantage de son analyse, mais, pour terminer mon énonciation des faits, il convient de souligner qu'il a examiné la question du [TRADUCTION] « règlement amiable » comme une question préjudicielle au lieu de l'examiner selon la norme de la décision raisonnable, comme il aurait dû le faire. Voici ce que prévoit son dispositif :

1. Une déclaration a été prononcée selon laquelle un règlement amiable avait été conclu en ce qui concerne l'objet entier du rapport de la commissaire d'Entremont;
2. La décision de la commissaire MacLean en date du 15 octobre 2021 a été évoquée à la Cour et annulée;
3. Il a été interdit à la Commissaire de procéder à toute autre enquête dans la présente affaire;
4. La Commissaire a été condamnée à payer des dépens de 3 500 \$, plus les débours taxables.

III. Moyens d'appel

[32] La Commissaire soutient que le juge saisi de la requête a commis les erreurs suivantes :

1. Une erreur de droit et une erreur mixte de droit et de fait en considérant la présente affaire comme un litige de droit privé et en traitant le [TRADUCTION] « règlement amiable » comme une question préjudicielle à trancher hors du cadre de la révision judiciaire;
2. Une erreur de droit et une erreur mixte de droit et de fait en ne concluant pas que la requête en révision judiciaire était prématurée et en omettant de conclure à des circonstances exceptionnelles qui pourraient lui permettre de procéder à son enquête;
3. Une erreur de droit en procédant à un contrôle déguisé de la décision de la Commissaire selon la norme de la décision correcte plutôt que selon la norme de la décision raisonnable conformément aux principes énoncés

dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*,
2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653;

4. Une erreur de droit et une erreur mixte de droit et de fait en accordant une ordonnance d'interdiction comme réparation.

IV. Norme de contrôle

[33] Pour interpréter adéquatement le rôle et la décision de la Commissaire, le juge saisi de la requête devait effectuer sa révision judiciaire de toutes les questions selon la norme de la décision raisonnable telle qu'elle a été établie dans l'arrêt *Vavilov*.

[34] Le rôle de la Cour en appel est de se mettre à la place du juge saisi de la requête et de procéder à son propre examen *de novo* du caractère raisonnable de la décision de la Commissaire afin de déterminer si le juge saisi de la requête a choisi la bonne norme de contrôle et l'a appliquée comme il se doit.

[35] Bien que la Commissaire ait soutenu devant notre Cour que le deuxième moyen portant sur la doctrine de la prématurité devrait être examiné selon la norme de la décision correcte, son application est une question mixte de droit et de fait qui doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable.

V. Analyse

A. *Cadre législatif dans lequel agit la Commissaire*

[36] L'analyse commence par la détermination de la question de savoir si le juge saisi de la requête a correctement interprété le cadre qui régit l'exécution des obligations de la Commissaire, pour ensuite évaluer le caractère raisonnable de la décision de la Commissaire de procéder à une enquête à l'intérieur de ce cadre.

[37] Le rôle et les obligations de la Commissaire sont énoncés à l'art. 43 de la *Loi* dont voici les parties pertinentes pour les besoins du présent appel :

43(9) In accordance with the authority provided to the Commissioner under this Act, it is the role of the Commissioner to investigate, report on and make recommendations with regard to compliance with this Act and to promote the advancement of both official languages in the Province.

43(9) Conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de la présente loi, le rôle du commissaire est d'enquêter, présenter des rapports et de faire des recommandations visant le respect de la présente loi et de promouvoir l'avancement des deux langues officielles dans la province.

43(10) In order to fulfill the role under subsection (9), the Commissioner shall conduct and carry out investigations either pursuant to any complaint made to the Commissioner or on his or her own initiative and shall, as provided in this Act, report and make recommendations with respect to such investigations.

43(10) Pour remplir son rôle au sens du paragraphe (9), le commissaire procède à des enquêtes, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, soit de sa propre initiative, et présente les rapports et recommandations émanant de ces enquêtes conformément à la présente loi.

[38] La Commissaire peut refuser d'instruire une plainte s'il est possible d'établir un des trois critères énoncés au par. 43(11) :

43(11) The Commissioner may refuse to investigate or cease to investigate any complaint if, in the opinion of the Commissioner,

43(11) Le commissaire peut, à son appréciation, refuser ou cesser d'instruire une plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(a) the subject-matter of the complaint is trivial,

a) elle est sans importance;

(b) the complaint is frivolous or vexatious or is not made in good faith, or

b) elle est frivole ou vexatoire ou n'est pas faite de bonne foi;

(c) the subject-matter of the complaint does not involve a contravention or failure to comply with this Act or, for any other reason, does not come within the authority of the Commissioner under this Act.

c) son objet ne constitue pas une contravention à la présente loi ou, pour toute autre raison, ne relève pas de la compétence du commissaire en vertu de la présente loi.

[39] La Commissaire établit la procédure à suivre pour ses enquêtes en vertu du par. 43(14) :

43(14) Subject to this Act, the Commissioner may determine the procedure to be followed in carrying out an investigation under this Act.

43(14) Sous réserve des dispositions de la présente loi, le commissaire peut établir la procédure à suivre pour ses enquêtes en vertu de la présente loi.

[40] Le plaignant qui est mécontent de la suite donnée par la Commissaire à sa plainte peut former un recours devant la Cour du Banc du Roi en vertu du par. 43(18), qui est libellé ainsi :

43(18) If a complainant is not satisfied with the conclusions of the Commissioner received under subsection (16) or with the resolution of the complaint, the complainant may apply to The Court of Queen's Bench of New Brunswick for a remedy.

43(18) Le plaignant qui n'est pas satisfait des conclusions du commissaire reçues au terme de l'enquête en vertu du paragraphe (16) ou de la suite donnée à sa plainte, peut former un recours devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick.

[41] La dernière partie pertinente du cadre est l'art. 41.1, qui s'applique à une association professionnelle telle que l'intimée. Cet article énonce ainsi ses obligations :

41.1(1) In this section, "professional association" means an organization of persons that, by an Act of the Legislature, has the power to admit persons to or suspend or expel persons from the practice of a profession or occupation or impose requirements on persons with respect to the practice of a profession or occupation.

41.1(1) Dans le présent article, « association professionnelle » s'entend d'une organisation de personnes qui, par loi provinciale, est habilitée à admettre, à suspendre ou à expulser des personnes relativement à l'exercice d'une profession ou à leur imposer des exigences à l'égard de cet exercice.

41.1(2) When a professional association exercises a power referred to in subsection (1), the professional association

41.1(2) Lorsqu'elle exerce l'un quelconque des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1), l'association professionnelle :

(a) shall provide services and communications related to the exercise of that power in both official languages, and

a) dispense dans les deux langues officielles les services et les communications liés à cet exercice;

(b) with respect to its power to impose requirements, shall ensure that a person is able to fulfil those requirements in the official language of his or her choice.

b) s'agissant de son pouvoir d'imposer des exigences, s'assure que quiconque peut satisfaire à ces exigences dans la langue officielle de son choix.

41.1(3) No person shall be placed at a disadvantage by reason of exercising his or her right to choose an official language in which to fulfil requirements imposed by a professional association.

41.1(3) Nul ne peut être défavorisé du fait qu'il a exercé son droit de choisir la langue officielle dans laquelle il satisfait aux exigences qu'impose l'association professionnelle.

41.1(4) A professional association shall offer its services and communications to members of the public in both official languages.

41.1(4) L'association professionnelle offre au public ses services et ses communications dans les deux langues officielles.

[42] Cela établit le contexte législatif dans lequel le caractère raisonnable d'une décision rendue par la Commissaire doit être examiné. En raison de l'importance de la *Loi*, qui est propre au Nouveau-Brunswick, la Cour a précédemment indiqué qu'elle jouit d'une vocation et d'un statut quasi-constitutionnel (voir *Charlebois c. La Ville de Saint-Jean*, 2004 NBCA 49, 275 R.N.-B. (2^e) 203; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563), et que ce statut a nécessairement une incidence sur l'évaluation du caractère raisonnable d'une décision rendue sous son régime. Il n'est pas contesté que les droits garantis par la *Loi* sont fondamentaux et, par conséquent, le pouvoir de la Commissaire de procéder à une enquête est l'outil essentiel à utiliser pour veiller à la protection et à la concrétisation de ces droits. Il faut interpréter le caractère raisonnable des actions de la Commissaire sous ce jour.

(1) Moyen 1 : Était-il approprié que le juge saisi de la requête traite le [TRADUCTION] « règlement amiable » hors du cadre de la révision judiciaire à titre d'affaire de droit privé?

[43] Le juge saisi de la requête était manifestement d'avis que le Commissaire pouvait régler l'objet de la plainte, au moyen d'un mécanisme privé de résolution des différends, et, par conséquent, empêcher toute instruction ultérieure de la question. Avec égards, il s'agissait là d'une erreur de droit.

[44] La Commissaire est une fonctionnaire indépendante de l'Assemblée législative et ses obligations sont manifestement et strictement une question de droit public (par. 43(2.5)). Par conséquent, tout [TRADUCTION] « règlement amiable » intervenu entre le commissaire par intérim Carrier et l'Association a été conclu entièrement dans les limites du cadre législatif régissant le droit public et doit donc être examiné dans l'exercice de la révision judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable. En considérant le [TRADUCTION] « règlement amiable » comme une question préjudicielle qui était hors de la portée de la révision judiciaire, le juge a non seulement interprété erronément les conditions du règlement amiable, mais lui a aussi accordé trop d'importance, ce qui a malheureusement entaché la révision judiciaire qu'il a ensuite entreprise.

[45] La prémisse de départ est que les obligations de la Commissaire ne peuvent être modifiées ou par ailleurs écartées par contrat : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Compte tenu du cadre législatif en vigueur, un commissaire ne peut régler l'objet d'une plainte, et toute entente alléguée doit être interprétée uniquement à l'intérieur de ce cadre. Outre cette contrainte, il n'y a jamais eu règlement définitif de la question des ressources documentaires de toute façon. Cette question avait manifestement été laissée entière. L'Association a accepté de retirer sa requête en révision judiciaire du rapport de la commissaire d'Entremont sachant très bien que ce retrait ne pouvait modifier les droits d'origine législative d'autres parties et l'obligation corrélative de la Commissaire de veiller à ce que ces droits soient protégés en ayant recours à ses pouvoirs d'enquête. Le [TRADUCTION] « règlement amiable » ne pouvait pas éliminer cette obligation et ne l'a pas fait.

[46] Au bout du compte, en traitant la question du règlement amiable comme une question préjudicielle, le juge saisi de la requête a appliqué à la détermination de la question un tout autre cadre législatif et l'a évaluée selon une différente norme de contrôle. Malheureusement, comme il a été mentionné, il s'agissait d'une erreur de droit. En outre, en concluant que le par. 43(10.1) de la *Loi* conférait à la Commissaire la [TRADUCTION] « compétence » pour conclure la convention de [TRADUCTION]

« règlement amiable », le juge a interprété erronément les circonstances pouvant donner lieu à l'application de ce paragraphe, dont voici le libellé :

43(10.1) Despite subsection (10), when the Commissioner considers it appropriate, the Commissioner may attempt to resolve a complaint without conducting an investigation.

43(10.1) Par dérogation au paragraphe (10), le commissaire peut, lorsqu'il l'estime indiqué, tenter de régler une plainte avant de procéder à une enquête.

[47] Manifestement, ce paragraphe ne s'applique qu'à la compétence d'un commissaire de régler une plainte « avant de procéder à une enquête ». Il ne s'agissait manifestement pas du cas en l'espèce. L'ancien commissaire cherchait à éviter une révision judiciaire contestant un rapport dressé à la suite d'une enquête **achevée**.

(2) Moyen 2 : La révision judiciaire était-elle prématurée et aurait-elle dû être rejetée sur ce fondement?

[48] La doctrine de la prématurité est fondée sur la théorie que, à défaut de circonstances exceptionnelles, les parties ne peuvent demander à la cour d'intervenir dans un processus administratif avant qu'il ne soit achevé : *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2010] A.C.F. n° 274 (QL), motifs adoptés par la Cour suprême du Canada dans *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364.

[49] Dans l'arrêt *Halifax*, la Cour suprême a déclaré que, pour des raisons pratiques et théoriques, il était préférable de faire preuve de retenue. La Cour a écrit ce qui suit :

Même si une telle intervention peut parfois être indiquée, la retenue se justifie sur les plans pratique et théorique : D. J. Mullan, *Administrative Law* (3^e éd. 1996), §540; P. Lemieux, *Droit administratif : Doctrine et jurisprudence* (5^e éd. 2011), p. 371-372. Une intervention judiciaire hâtive risque de priver le tribunal de révision d'un dossier complet sur la question en litige, elle ouvre la porte à l'assujettissement à la norme de la « décision correcte » de

questions de droit qui, si elles avaient été tranchées par le tribunal administratif, auraient pu commander la déférence judiciaire, elle nuit à l'efficacité des recours par la multiplication des procédures administratives et judiciaires et elle risque de compromettre un régime législatif complet que le législateur a soigneusement conçu : voir, p. ex., *Szचेcka c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 170 N.R. 58 (C.A.F.), par. 3-4; *Zündel* (1999), par. 45; *Psychologist Y c. Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, 236 N.S.R. (2d) 273, par. 23-25; *Potter c. Nova Scotia Securities Commission*, 2006 NSCA 45, 246 N.S.R. (2d) 1, par. 16 et 36-37; *Vancouver (City) c. British Columbia (Assessment Appeal Board)* (1996), 135 D.L.R. (4th) 48 (C.A.C.-B.), par. 26-27; *Mondesir c. Manitoba Assn. of Optometrists* (1998), 163 D.L.R. (4th) 703 (C.A. Man.), par. 34-36; *U.F.C.W., Local 1400 c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2010 SKCA 89, 321 D.L.R. (4th) 397, par. 20-23; *Mullan* (2001), p. 58; Brown et Evans, par. 1:2240, 3:4100 et 3:4400. Les tribunaux de révision manifestent donc de nos jours une retenue accrue lorsqu'il s'agit de court-circuiter le rôle décisionnel du tribunal administratif, spécialement lorsqu'on leur demande de réviser une décision rendue à l'issue d'un examen préalable comme celle en cause dans l'affaire *Bell* (1971). [par. 36]

[50] La Cour d'appel fédérale est allée plus loin dans *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8, [2021] A.C.F. n° 50 (QL), en soutenant que l'obstacle à l'intervention provisoire est « quasi-absolue ». C'est particulièrement vrai en l'espèce compte tenu du mandat législatif très vaste confié à la Commissaire pour enquêter.

[51] Cela amène à poser la question suivante : qu'est-ce qui fait exactement que la décision de la Commissaire de procéder à une enquête est une décision [TRADUCTION] « provisoire » et non [TRADUCTION] « définitive » en ce qui concerne la question précise dont la Cour est saisie?

[52] Le juge saisi de la requête a conclu que ce qui distingue la présente affaire des précédents ci-dessus, cités par la Commissaire, c'est que la décision de la Commissaire de procéder à une enquête n'avait rien de [TRADUCTION] « préliminaire » (par. 140). Il s'agissait d'une décision définitive et l'enquête à suivre est

une question distincte. L'Association ne tentait pas d'interrompre l'enquête en plein cours puisqu'elle n'avait pas encore commencé. Le juge a conclu que la requête était le seul recours permettant à l'Association d'obtenir des mesures d'exécution du règlement amiable, conclusion à laquelle je ne souscris pas, pour les motifs énoncés ci-dessus et pour ceux qui suivent. Toutefois, il a aussi conclu que la requête constituait le recours approprié pour obtenir la révision judiciaire de la décision de la Commissaire de procéder à une enquête et qu'il n'était pas prématuré pour l'Association d'avoir procédé ainsi (par. 142). Je partage cet avis, mais seulement dans la mesure où la doctrine de la prématurité ne s'applique pas à la décision de la Commissaire.

[53] À mon avis, la décision du juge saisi de la requête quant à l'inapplicabilité de la doctrine de la prématurité à l'affaire dont il était saisi n'est pas incompatible avec les principes de la doctrine. Je soulignerais que, même si elle était compatible avec ceux-ci, la circonstance exceptionnelle en l'espèce qui contournerait l'application de la doctrine en tout état de cause est que la présente affaire demeure non réglée depuis plusieurs années et qu'il y a de nombreux étudiants francophones en sciences infirmières dont l'avenir dépend de l'issue de l'enquête de la Commissaire. Il est grand temps qu'elle puisse y procéder.

(3) Moyen 3 : Le juge saisi de la requête a-t-il appliqué comme il se doit la norme de la décision raisonnable à la décision de la Commissaire de procéder à une enquête?

[54] Comme il a été mentionné, le rôle de la Cour lorsqu'elle examine la question de savoir si le juge saisi de la requête a appliqué comme il se doit la norme de la décision raisonnable est de se mettre à la place du juge et de procéder à un examen *de novo* de la décision administrative contestée : *Ayangma c. Université de Moncton, Campus de Moncton et autre*, 2019 NBCA 73, [2019] A.N.-B. n° 292 (QL). Bien que le juge ait affirmé qu'il appliquerait la norme de la décision raisonnable, nous devons décider s'il l'a fait (voir *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Régie régionale de la santé B, faisant affaire sous la*

raison sociale Réseau de santé Horizon c. D^{re} deVries, 2022 NBCA 20, [2022] A.N.-B. n° 94 (QL)).

[55] Lors de la révision judiciaire d'une décision administrative, le juge doit résister à la tentation de trancher lui-même la question. La tâche du juge n'est pas de déterminer d'abord comment l'affaire aurait dû être tranchée puis si la conclusion du décideur administratif est convenable. Cette démarche est souvent décrite comme le fait de procéder à un contrôle déguisé selon la norme de la décision correcte sous le couvert de la norme de la décision raisonnable. Le juge doit plutôt se concentrer sur la décision rendue, et le raisonnement suivi, afin de déterminer si elle possède les caractéristiques de transparence, de justification et d'intelligibilité. Le cas échéant, la décision satisfait au critère du caractère raisonnable et ne doit pas être modifiée, même si le juge n'y souscrit pas du tout. Malheureusement, ce n'est pas ce que le juge saisi de la requête a fait en l'espèce.

[56] Le premier indice que le juge s'est écarté dans son analyse est sa conclusion selon laquelle la Commissaire n'avait pas la compétence pour procéder à une enquête. Cette conclusion était essentiellement fondée sur sa décision préliminaire selon laquelle le [TRADUCTION] « règlement amiable » conclu par le commissaire par intérim Carrier écartait la compétence de la commissaire MacLean de procéder à l'enquête. Plutôt que d'examiner le raisonnement de cette dernière relativement au pouvoir d'origine législative dont elle jouissait, le juge a effectué sa propre analyse de la *Loi* et conclu qu'aucune de ses dispositions n'autorisait la commissaire MacLean à [TRADUCTION] « réexaminer une décision antérieure et/ou à la reprendre » (par. 165). Toutefois, cela n'était pas le fondement de la décision de la commissaire MacLean. Elle a fourni une analyse relativement à sa compétence découlant de la *Loi* de procéder à une enquête, ce qui n'avait rien à voir avec toute décision antérieure de son prédécesseur. Elle estimait que le refus du commissaire Carrier de procéder à une enquête ne rendait pas les plaintes dont elle était saisie vexatoires ou abusives. Le juge a fait fi de ce raisonnement. En fait, il s'est demandé si la conclusion de la Commissaire selon laquelle elle n'était pas liée par la décision du commissaire Carrier était [TRADUCTION] « correcte ». Il a qualifié cela de [TRADUCTION] « question préliminaire de compétence » que la

commissaire MacLean aurait dû traiter dans sa décision. Encore une fois, cette conclusion a les caractéristiques d'un contrôle selon la norme de la décision correcte (par. 164). L'interprétation par le décideur administratif des pouvoirs qui lui sont conférés par sa loi constitutive est subordonnée à la norme de la décision raisonnable et il convient de faire preuve de retenue à son égard (*Vavilov*, par. 25).

[57] Le deuxième indice d'un contrôle déguisé selon la norme de la décision correcte est l'interprétation *de novo* que le juge saisi de la requête a faite du par. 43(11) de la *Loi*, qui traite des situations dans lesquelles un commissaire peut refuser de procéder à une enquête. L'arrêt *Vavilov* énonce clairement que le juge siégeant en révision ne doit pas effectuer une telle analyse (par. 116). En outre, procéder à une telle analyse mine complètement l'expertise dont disposent la Commissaire et le Commissariat pour interpréter le régime de protection des droits linguistiques conféré par la *Loi*. À la fin de sa propre analyse du par. 43(11), le juge a conclu que le paragraphe ne [TRADUCTION] « se prête [pas] à l'interprétation étroite que lui a donnée la Commissaire » (par. 218). Il s'agit d'une conclusion qui oppose l'interprétation de la Commissaire à la sienne. Encore une fois, il s'agit d'un contrôle déguisé selon la norme de la décision correcte. Le juge devait uniquement examiner la décision de la Commissaire, peu importe l'interprétation qu'il aurait pu favoriser, et déterminer si elle satisfaisait aux caractéristiques mentionnées ci-dessus. Si la décision satisfaisait aux caractéristiques, c'est suffisant pour conclure qu'elle est raisonnable.

[58] Le troisième écart, et peut-être le plus évident, par rapport à l'évaluation du caractère raisonnable qui aurait dû être effectuée repose sur le fait que le juge saisi de la requête a effectué son propre examen du dossier pour traiter des questions relatives à l'interprétation législative des exceptions à l'instruction d'une plainte et de la question de la convention de [TRADUCTION] « règlement amiable ». Plutôt que de se concentrer sur les motifs de la Commissaire relativement à ces deux questions, le juge s'est concentré sur sa propre interprétation, ce qui l'a mené à conclure que la Commissaire avait déterminé ces questions à l'avance avant de rendre sa décision. Non seulement le dossier n'étaye pas de conclusion selon laquelle les questions auraient été déterminées à

l'avance, mais la Commissaire avait en fait invité les parties à faire d'autres observations précisément sur ces questions et d'autres questions avant de rendre sa décision.

[59] La décision de la Commissaire traite des quatre objections soulevées par l'Association. Elle a examiné chacune des objections dans le cadre législatif qui lui était imposé et a terminé sa décision avec une analyse globale des effets combinés des objections. Elle a conclu que les plaintes n'étaient ni vexatoires ni abusives et qu'elle était tenue d'exercer son mandat législatif de procéder à une enquête. Je reproduis les parties pertinentes de sa décision du 15 octobre 2021 et commence par son résumé des quatre objections soulevées par l'Association :

[5] L'AIINB s'objecte formellement à l'enquête, prétendant que les plaintes sont vexatoires et constituent un abus de procédure. L'AIINB soumet quatre arguments :

- 1) Les plaintes abordent les mêmes sujets qui ont fait l'objet d'une enquête antérieure;
- 2) Le Commissaire a pris la décision de ne pas enquêter ces plaintes quand elles étaient déposées en 2019;
- 3) Les plaintes ne sont supportées par aucune preuve, « encore moins de la nouvelle preuve qui n'a pas été avancée ou n'aurait raisonnablement pas été en mesure d'être avancée » lors de l'enquête antérieure;
- 4) La question de la disponibilité des ressources préparatoires est devant les tribunaux.

[6] J'aborderai chacun de ces arguments à tour de rôle. Je vais d'abord passer en revue les principes généraux.

[60] La Commissaire a ensuite énoncé le cadre législatif, tel qu'elle l'interprète, qui établit son mandat et limite ses pouvoirs :

2. Principes généraux

a) Rôle du commissaire en vertu de la *Loi sur les langues officielles*

[7] La *Loi sur les langues officielles*, LN-B 2002, c 0-0.5 (« la *Loi* ») établit le mandat du commissaire ainsi que son rôle comme enquêteur des plaintes. Les articles pertinents sont présentés ci-dessous.

43(9) Conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de la présente loi, le rôle du commissaire est d'enquêter, présenter des rapports et de faire des recommandations visant le respect de la présente loi et de promouvoir l'avancement des deux langues officielles dans la province.

43(9) In accordance with the authority provided to the Commissioner under this Act, it is the role of the Commissioner to investigate, report on and make recommendations with regard to compliance with this Act and to promote the advancement of both official languages in the Province.

43(10) Pour remplir son rôle au sens du paragraphe (9), le commissaire procède à des enquêtes, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, soit de sa propre initiative, et présente les rapports et recommandations émanant de ces enquêtes conformément à la présente loi.

43(10) In order to fulfill the role under subsection (9), the Commissioner shall conduct and carry out investigations either pursuant to any complaint made to the Commissioner or on his or her own initiative and shall, as provided in this Act, report and make recommendations with respect to such investigations.

43(10.1) Par dérogation au paragraphe (10), le commissaire peut, lorsqu'il l'estime indiqué, tenter de régler une plainte avant de procéder à une enquête.

43(10.1) Despite subsection (10), when the Commissioner considers it appropriate, the Commissioner may attempt to resolve a complaint without conducting an investigation.

43(11) Le commissaire peut, à son appréciation, refuser ou cesser d'instruire une

43(11) The Commissioner may refuse to investigate or

plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :	cease to investigate any complaint if, in the opinion of the Commissioner,
a) elle est sans importance;	(a) the subject-matter of the complaint is trivial,
b) elle est frivole ou vexatoire ou n'est pas faite de bonne foi;	(b) the complaint is frivolous or vexatious or is not made in good faith, or
c) son objet ne constitue pas une contravention à la présente loi ou, pour toute autre raison, ne relève pas de la compétence du commissaire en vertu de la présente loi.	(c) the subject-matter of the complaint does not involve a contravention or failure to comply with this Act or, for any other reason, does not come within the authority of the Commissioner under this Act.

43(12) En cas de refus d'instruire une plainte ou de la poursuivre, le commissaire donne au plaignant un avis motivé.	43(12) If the Commissioner refuses to investigate or ceases to investigate any complaint, the Commissioner shall inform the complainant and provide reasons for the decision to do so.
--	---

[8] Selon le paragraphe 43(9), le rôle du commissaire est « d'enquêter, présenter des rapports et de faire des recommandations visant le respect de la présente loi et de promouvoir l'avancement des deux langues officielles dans la province ».

[9] Lorsque les plaintes sont reçues par le Commissariat, le commissaire a l'obligation d'enquêter : selon le paragraphe 43(10), le commissaire « procède » à des enquêtes lorsque le commissaire reçoit une plainte (en anglais, « the Commissioner shall conduct and carry out investigations [...] pursuant to any complaint made to the

Commissioner »). En effet, la *Loi* prévoit seulement quatre exceptions à cette obligation (voir les paragraphes 43(10.1) et 43(11) de la *Loi*). Le commissaire peut refuser d'enquêter seulement quand une de ces exceptions s'applique. La décision de refuser d'enquêter est discrétionnaire : si un des motifs de refus prévus aux paragraphes 43(10.1) ou 43(11) s'applique, le commissaire n'est pas obligé de refuser d'enquêter, mais il peut refuser d'enquêter.

[10] Si le commissaire refuse d'enquêter pour un de ces motifs, il doit donner au plaignant un avis motivé (art. 43(12)).

[11] Le rôle et l'autorité du commissaire doivent être interprétés à la lumière de l'objet et de l'importance de la *Loi sur les langues officielles*. Tel que reconnu dans le préambule de la *Loi* ainsi que par la Cour suprême du Canada, la *Loi* vise à mettre en œuvre les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Charlebois c Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74 au para 13). Ainsi, le rôle du commissaire - y compris le rôle d'enquêter et de faire des recommandations sur la conformité à la *Loi* - est lié à la mise en œuvre des droits constitutionnels. À ce titre, le pouvoir du commissaire de refuser d'enquêter sur une plainte ne devrait pas être exercé à la légère. À la lumière de ces principes, je constate que l'obligation d'enquêter prévue au paragraphe 43(10) doit recevoir une interprétation large et les motifs de refus prévus au paragraphe 43(11) doivent recevoir une interprétation étroite.

[12] Dans cette optique, je doute sérieusement d'avoir le pouvoir de refuser d'enquêter au motif qu'une plainte constitue un abus de procédure. L'alinéa 43(11)b) donne clairement au commissaire la possibilité de refuser d'enquêter au motif qu'une plainte est vexatoire, mais il n'est prévu nulle part que le commissaire puisse refuser de faire enquête au motif qu'une plainte constitue un abus de procédure. Compte tenu des principes énoncés ci-dessus, j'hésite à reconnaître l'abus de procédure comme un nouveau motif distinct du motif « vexatoire » prévu à l'alinéa 43(11)b).

[13] Toutefois, je n'ai pas besoin de trancher cette question, car j'estime que les plaintes ne sont ni vexatoires ni abusives.

[61] Sur cette toile de fond interprétative, la Commissaire a ensuite analysé la question générale de savoir si les plaintes qu'elle avait proposé d'instruire étaient vexatoires ou constituaient un abus de procédure :

a) Abus de procédure et « vexatoire »

[14] La doctrine d'abus de procédure engage le pouvoir inhérent du tribunal d'empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement (*Toronto (Ville) c SCFP*, section locale 79, 2003 CSC 63 aux para 35-55). C'est une doctrine souple qui met l'accent sur l'intégrité du processus. Quand elle s'applique dans le contexte administratif, elle s'applique dans les « cas les plus manifestes », lorsque les procédures sont « injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice » (*Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44 au para 120).

[15] La définition d'une plainte « vexatoire » est également quelque peu souple. Dans le contexte de litige civil, une procédure est vexatoire si elle « a été introduite avec malveillance et sans cause probable » (*Russell c Northumberland Co-operative Limited*, 2019 CanLII 24885 au para 20 (NBCA), citant *University of New Brunswick Student Union c Smith (S)*; *University of New Brunswick Student Union c Vaillancourt* (1987), 84 RN-B (2^e) 292 au para 3 (NBCA)). Une plainte peut être vexatoire si elle est clairement répétitive de plaintes précédentes qui partagent le même thème et qui ont déjà été déterminées (*ST c Edmonton (Police Commission)*, 2019 ABLERB 30 au para 11).

[16] L'AIINB semble traiter les termes « vexatoire » et « abus de procédure » de manière quelque peu interchangeable. De l'examen ci-dessus, il est clair que les notions de « vexatoire » et d'« abus de procédure » sont des doctrines souples et parfois se chevauchant. Par exemple, une tentative de faire réexaminer la même affaire est à la fois vexatoire et un abus de procédure (voir *Olumide v Police Commissioner and Human Rights Commission*, 2021 PECA 4 aux para 33-34). C'est essentiellement la base de l'objection de l'AIINB.

[17] L'AIINB a fourni quelques exemples de la jurisprudence traitant des plaintes vexatoires et abusives. Même si cette jurisprudence donne des exemples de ces doctrines, il n'y a rien dans ces exemples qui me lient, car

les contextes factuels et statutaires sont distincts. De plus, rien dans cette jurisprudence n'établit que l'abus de procédure est un motif indépendant pour un commissaire statutaire de refuser d'enquêter.

3. Analyse

[18] Est-ce que les nouvelles plaintes sont vexatoires ou constituent un abus de procédure?

[19] Il est incontestable que les plaignant(e)s dans ces plaintes sont différents soit (1) des plaignants dans l'enquête 2016-2018 (dossier 2016-3071) et (2) des demandeurs dans la procédure judiciaire. Dans sa lettre, l'AIINB n'allègue pas que les plaignant(e)s actuels sont liés de quelque manière que ce soit à ces autres procédures. En outre, l'AIINB n'allègue pas que les plaignant(e)s des présentes plaintes ont un but inapproprié ou qu'ils sont de mauvaise foi.

[62] La Commissaire a ensuite analysé chacune des quatre objections formelles à l'instruction de la plainte soulevées par l'Association :

[20] J'aborderai successivement chacun des arguments de l'AIINB :

a) Mêmes sujets qu'une enquête antérieure

[21] L'AIINB maintient que les plaintes abordent les mêmes sujets qui ont fait l'objet d'une enquête antérieure.

[22] La publication d'un rapport antérieur concernant des enjeux semblables n'est pas identifiée dans la *Loi* comme motif permettant au commissaire de refuser d'enquêter. En revanche, au moins deux lois du Nouveau-Brunswick¹ et plusieurs lois fédérales² prévoient explicitement ou implicitement ce type de motif de refus. *La Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick ne le fait pas.

[23] De toute façon, les présentes plaintes sont distinctes des plaintes antérieures. Premièrement, la plainte de 2019 concerne explicitement les actions de suivi de l'AIINB après le rapport de 2018 ; en d'autres termes, les nouveaux faits qui se sont (ou ne se sont pas) produits depuis le rapport de 2018. Deuxièmement, les nouvelles plaintes

portent sur une question qui a été explicitement laissée ouverte dans le rapport de 2018 et de la lettre de 2019 du Commissaire par intérim Carrier, à savoir la disponibilité et la qualité des ressources préparatoires. Dans sa lettre du 10 janvier 2019, le Commissaire par intérim Carrier a statué « que la question de l'écart quant aux ressources préparatoires commerciales à l'examen en anglais et en français demeure entière ».

[24] En outre, la clôture de l'ancien dossier par le Commissaire par intérim Carrier n'affecte en rien l'obligation de la Commissaire actuelle d'enquêter une nouvelle plainte.

[25] De plus, contrairement aux affaires auxquelles l'AIINB fait référence, qui traitent de la remise en cause de faits qui se sont produits entièrement à un moment fixe dans le passé, **les présentes plaintes traitent de la conformité continue de l'AIINB à la Loi. Il y a des allégations spécifiques sur des faits qui se sont produits depuis le rapport de 2018. Ainsi, bien que les plaintes portent sur des questions liées à l'enquête 2016-2018 (dossier 2016-3071), elles ne constituent pas une simple tentative de réouverture de cette enquête.** L'instruction de la plainte ne nécessite pas une réouverture ou une nouvelle instruction de l'enquête antérieure.

b) Décision de prédécesseur de ne pas enquêter

[26] L'AIINB met le point sur le fait que le Commissaire par intérim Carrier a pris la décision de ne pas enquêter ces plaintes quand elles étaient déposées en 2019.

[27] Dans l'ensemble, l'AIINB maintient que ce sont les plaintes elles-mêmes, et non l'enquête, qui seraient vexatoires ou constitueraient un abus de procédure. En soi, la décision d'un commissaire précédent de ne pas enquêter ne peut rendre les plaintes elles-mêmes vexatoires ou abusives. Cependant, à la page 4 de leur lettre, l'AIINB déclare que « le fait de considérer de telles plaintes serait doublement abusif, particulièrement dans l'optique où le CLO avait précédemment décidé en octobre 2019 qu'il ne serait pas approprié de les enquêter. » Ainsi, l'AIINB indique que l'enquête elle-même pourrait être abusive à la lumière de la décision préalable de ne pas enquêter. Cependant, l'AIINB ne développe pas cet argument et n'apporte aucun soutien juridique à l'argument selon lequel la décision d'un commissaire antérieur de ne pas enquêter

fait de l'enquête actuelle un abus de procédure. Ce facteur en lui-même ne rend ni la plainte ni l'enquête abusive.

c) Preuve à l'appui

[28] L'AIINB maintient que les plaintes sont vexatoires parce qu'elles ne sont supportées par aucune preuve, « encore moins de la nouvelle preuve qui n'a pas été avancée ou n'aurait raisonnablement pas été en mesure d'être avancée » lors de l'enquête antérieure.

[29] Cet argument est sans fondement. L'AIINB semble imputer une exigence de preuve là où il n'y en a pas. De façon générale, il n'y a aucune obligation pour les plaignants de fournir des preuves à l'appui de leur plainte. C'est plutôt le rôle du commissaire d'enquêter sur les plaintes pour déterminer si elles sont fondées. Il est impossible de dire, sans enquêter, si l'une des preuves aurait raisonnablement été en mesure d'être avancée lors de l'enquête antérieure.

d) Question devant les tribunaux

[30] L'AIINB prétend que les plaintes sont vexatoires ou abusives parce que la question de la disponibilité des ressources préparatoires est actuellement devant les tribunaux.

[31] L'AIINB ne fournit aucun appui jurisprudentiel à cet égard. Selon le paragraphe 43(11) de la *Loi*, le fait qu'une affaire similaire soit devant les tribunaux ne constitue pas un motif pour le commissaire de refuser d'enquêter sur une plainte.

[32] Les plaignant(e)s dans cette plainte sont différents des demandeurs dans l'instance judiciaire et des plaignants dans la plainte de 2016. À mon avis, il serait incompatible avec l'objet de la *Loi sur les langues officielles* de refuser d'enquêter sur cette plainte au motif que d'autres parties ont choisi de plaider des questions similaires devant la Cour du Banc de la Reine. [Note de bas de page omise]

[63] Finalement, la Commissaire a fourni son analyse globale des quatre objections considérées dans leur ensemble :

e) Analyse globale

[33] Aucun de ces facteurs, considérés séparément, n'établit que les plaintes sont vexatoires ou constituent un abus de procédure. Qu'en est-il si on les considère ensemble?

[34] Le deuxième motif doit être complètement écarté, puisque la décision du commissaire précédent n'affecte pas la nature des plaintes. Les autres motifs, pris ensemble, établissent-ils qu'il s'agit des plaintes vexatoires ou abusives? Constituent-elles une mauvaise utilisation des ressources de la Commissaire ou sapent-ils le rôle de la Commissaire en vertu de la *Loi sur les langues officielles*? À mon avis, ce n'est pas le cas. Compte tenu de la multiplicité de plaintes reçues, il s'agit manifestement d'une question importante pour de nombreuses personnes. Bien qu'il y ait un chevauchement entre les différentes procédures, les présentes plaintes ne sont pas une tentative de reconsidérer des questions déjà tranchées : il s'agit plutôt d'une continuation du même sujet des plaintes de 2016. Même si les questions abordées dans les présentes plaintes font aussi l'objet d'une procédure judiciaire en cours, cette procédure judiciaire n'a pas été résolue, et donc, le cas échéant, l'enquête serait une procédure concurrente plutôt que d'un nouveau litige d'une question résolue. Bien que ces plaintes puissent gêner l'AIINB en raison des enquêtes multiples, ce n'est pas l'objet de l'interdiction des plaintes vexatoires ou abusives.

[35] Ainsi, je ne refuserai pas d'enquêter sur les plaintes au motif qu'elles sont vexatoires en vertu de l'alinéa 43(11)b) de la *Loi sur les langues officielles*, ni, en supposant que j'en aie le pouvoir, au motif qu'elles sont abusives. [Je souligne; par. 25.]

B. Évaluation du caractère raisonnable de la décision de la Commissaire

(1) Autorité d'origine législative

[64] En interprétant sa loi constitutive, la commissaire MacLean a cité la décision de la Cour suprême dans *Charlebois* à l'appui de sa position selon laquelle son rôle et ses pouvoirs devaient être interprétés à la lumière de l'objet et de l'importance de la *Loi*. C'est ce qui l'a amenée à donner une interprétation large à son obligation

d'enquêter prévue aux par. 43(9) et (10) et une interprétation étroite aux exceptions prévues au par. 43(11). Son analyse possède les caractéristiques de transparence, d'intelligibilité et de justification qui font en sorte qu'elle est raisonnable selon les principes établis dans l'arrêt *Vavilov*.

(2) Plainte vexatoire ou constituant un abus de procédure

[65] L'analyse par la commissaire MacLean de la question de savoir si les nouvelles plaintes étaient vexatoires ou constituaient un abus de procédure traitait des quatre objections soulevées par l'Association. Le juge saisi de la requête n'a pas contesté la position de la Commissaire relativement à l'objection portant sur l'[TRADUCTION] « absence de nouvelle preuve » ni sur la question des [TRADUCTION] « ressources documentaires dont sont saisis les tribunaux ». Toutefois, il a conclu que son analyse des deux autres moyens était déraisonnable.

[66] Le premier de ces deux moyens porte sur le « même sujet des plaintes ». La Commissaire a conclu, comme un fait établi, que les nouvelles plaintes étaient manifestement distinctes du fait qu'elles soulevaient la question de ce qui s'était produit depuis la publication du rapport de la commissaire d'Entremont, la question même que le commissaire Carrier avait laissée entière et non réglée. L'analyse de la commissaire MacLean sur ce point est manifestement raisonnable puisqu'elle est fondée sur des faits qui sont survenus après le rapport de la commissaire d'Entremont.

[67] Le deuxième des deux moyens auxquels le juge saisi de la requête n'a pas souscrit porte sur le fait que la commissaire MacLean était liée par la décision du commissaire Carrier de ne pas procéder à une enquête. Comme il a été mentionné, la décision antérieure ne peut avoir aucune incidence sur le respect constant de la *Loi* et le juge a omis de tenir compte de ce fait. Par conséquent, la décision de la commissaire MacLean de revoir la décision du commissaire Carrier n'a créé aucune incertitude ou inconsistance et possède les caractéristiques d'une décision raisonnable.

(3) Caractère raisonnable de l'analyse globale

[68] En effectuant son analyse globale, la commissaire MacLean a pris un recul et s'est demandé, en examinant dans leur ensemble les objections de l'Association, si l'instruction de la plainte constituerait un usage abusif de ses ressources, et, par conséquent, minerait son rôle. Elle a conclu que non. Elle a tiré cette conclusion à la lumière du cadre législatif qui lui impose des limites et a ainsi agi de manière transparente, intelligible et justifiée.

(4) Évaluation par la Commissaire de la question du [TRADUCTION]
« règlement amiable »

[69] La commissaire MacLean a aussi traité de la question du [TRADUCTION] « règlement amiable » soulevée par l'Association, mais pas comme l'une des quatre objections à l'instruction de la plainte soulevées par cette dernière. Encore une fois, il ne lui était pas nécessaire d'aller au-delà du fait que la question des ressources documentaires avait été laissée entière et non réglée de sorte que, peu importe la façon dont le [TRADUCTION] « règlement amiable » puisse être qualifié, il n'avait aucune incidence sur cette question ni sur l'obligation de la Commissaire de procéder à une enquête advenant que la question fasse l'objet d'une plainte distincte. Le juge saisi de la requête a omis de faire preuve de retenue à l'égard de cette analyse.

[70] De plus, il aurait été déraisonnable pour la Commissaire de conclure le contraire puisque, premièrement, elle ne peut se soustraire par contrat à ses obligations d'origine législative et, deuxièmement, rien dans les communications du commissaire Carrier à l'Association n'empêchait la tenue d'enquêtes ultérieures.

[71] La décision de la commissaire MacLean est donc fondée sur une « analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles [elle] est assujetti[e] » (*Vavilov*, par. 85).

VI. Ordonnance d'interdiction comme réparation

[72] Avant de conclure, je souhaite faire des observations sur la réparation accordée par le juge saisi de la requête. Il n'explique pas dans sa décision pourquoi il estimait qu'il était approprié de rendre une ordonnance d'interdiction, particulièrement lorsque les tribunaux ont généralement qualifié cette réparation comme étant une réparation [TRADUCTION] « radicale » (voir *Psychologist "Y" c. Nova Scotia Board of Examiners in Psychology*, 2005 NSCA 116, [2005] N.S.J. N° 350 (QL), par. 2) qui ne devait pas être accordée à moins que des circonstances inhabituelles ou exceptionnelles le justifient. Les précédents cités par le juge à l'appui de sa décision d'accorder la réparation se distinguent de la présente affaire du fait qu'ils traitent d'affaires qui avaient été jugées, tandis que la question de la disponibilité des ressources documentaires en l'espèce est une question qui n'a pas encore été tranchée. En outre, la Commission avait la compétence pour décider de procéder à une enquête, un élément qui aurait été un prérequis pour considérer cette réparation.

[73] Le courant jurisprudentiel en appel au Canada est de soit annuler l'ordonnance d'interdiction soit confirmer le refus d'accorder la réparation (voir *Holder c. College of Physicians and Surgeons (Man.)*, 2002 MBCA 135, [2002] M.J. N° 405 (QL); *Halifax; Thielmann c. The Association of Professional Engineers and Geoscientists of the Province of Manitoba*, 2020 MBCA 8, [2020] M.J. N° 8 (QL); *Dugré*).

VII. Conclusion et dispositif

[74] La Commissaire a interprété raisonnablement ses obligations d'origine législative et il faut faire preuve de retenue envers sa décision de procéder à une enquête. On ne peut l'empêcher de procéder à une enquête puisqu'elle doit remplir le mandat quasi-constitutionnel de veiller à la protection des droits linguistiques que lui confère la *Loi*.

[75] J'accueillerais l'appel et annulerais la décision du juge saisi de la requête. Je renverrais à la Commissaire la question de son enquête. J'adjugerais à la Commissaire des dépens devant toutes les cours, dont je fixe le montant à 7 000 \$.