

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

129-22-CA

HIS MAJESTY IN RIGHT OF THE PROVINCE
OF NEW BRUNSWICK, as represented by the
NEW BRUNSWICK LIQUOR CORPORATION,
operating as ALCOOL NB LIQUOR

APPELLANT

- and -

CANADIAN UNION OF PUBLIC
EMPLOYEES, LOCAL 963 and HIS MAJESTY
IN RIGHT OF THE PROVINCE OF NEW
BRUNSWICK, as represented by TREASURY
BOARD

RESPONDENTS

His Majesty in Right of the Province of New
Brunswick, as represented by the New Brunswick
Liquor Corporation, operating as Alcool NB
Liquor c. Canadian Union of Public Employees,
Local 963 et al., 2023 NBCA 55

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlanc

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
November 15, 2022

History of Case:

Decision under appeal:
2022 NBKB 214

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
March 15, 2023

SA MAJESTÉ DU CHEF DE LA PROVINCE
DU NOUVEAU-BRUNSWICK, représenté par la
SOCIÉTÉ DES ALCOOLS DU NOUVEAU-
BRUNSWICK, faisant affaire sous la raison
sociale ALCOOL NB LIQUOR

APPELANT

- et -

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION
PUBLIQUE, SECTION LOCALE 963, et SA
MAJESTÉ DU CHEF DE LA PROVINCE DU
NOUVEAU-BRUNSWICK, représenté par le
CONSEIL DU TRÉSOR

INTIMÉS

Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-
Brunswick, représenté par la Société des alcools du
Nouveau-Brunswick, faisant affaire sous la raison
sociale Alcool NB Liquor c. Syndicat canadien de
la fonction publique, section locale 963, et autre,
2023 NBCA 55

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlanc

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 15 novembre 2022

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2022 NBBR 214

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 15 mars 2023

Judgment rendered:
July 13, 2023

Jugement rendu :
le 13 juillet 2023

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Clarence L. Bennett, K.C., and Lara J. Greenough

Pour l'appelant :
Clarence L. Bennett, c.r., et Lara J. Greenough

For the respondent Canadian Union of Public
Employees, Local 963:
Glen S. Gallant

Pour l'intimé le Syndicat canadien de la fonction
publique, section locale 963 :
Glen S. Gallant

For the respondent His Majesty in Right of the
Province of New Brunswick, as represented by the
Treasury Board:
Keith Mullin

Pour l'intimé Sa Majesté du chef de la province du
Nouveau-Brunswick, représenté par le Conseil du
Trésor :
Keith Mullin

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed. The appeal is moot, and the Court declines to exercise its discretion to hear the merits of this case. The appellant shall pay costs in the amount of \$1,500 to the respondent, Canadian Union of Public Employees, Local 963.

L'appel est rejeté. L'appel est théorique, et la Cour refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour connaître du fond de la cause. L'appelant est condamné à payer à l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 963, des dépens de 1 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] The central issue in this appeal is whether, because of the evolution of the factual context (i.e., the negotiation and approval of a new collective agreement), the dispute between the parties is now moot. This appeal arose from the attempted negotiation of a collective agreement between New Brunswick Liquor Corporation, operating as Alcool NB Liquor, and the Canadian Union of Public Employees, Local 963 (“CUPE”) in the Fall of 2021. The parties reached a tentative agreement on September 29, 2021, but, because Alcool NB Liquor, unlike Treasury Board, is a “separate employer” as defined in the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 (the “*Act*”), pursuant to s. 62 of the *Act*, it could not enter into a collective agreement without the approval of the Lieutenant-Governor in Council:

Collective agreement entered into by separate employer

62 A separate employer may, with the approval of the Lieutenant-Governor in Council, enter into a collective agreement with the bargaining agent for a bargaining unit comprised of employees of the separate employer, applicable to employees in that bargaining unit.

[Emphasis added]

Convention collective conclue par des employeurs distincts

62 Un employeur distinct peut, avec l’approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, conclure avec l’agent négociateur d’une unité de négociation formée d’employés de l’employeur distinct, une convention collective applicable aux employés de cette unité de négociation.

[Je souligne]

[2] Alcool NB Liquor sought, but was denied, the approval of the tentative agreement by the Lieutenant-Governor in Council, who did not provide reasons for its refusal. On January 8, 2021, CUPE filed a complaint to the Labour and Employment Board under s. 19 of the *Act*, naming both Alcool NB Liquor and Her Majesty in right of the Province of New Brunswick (“Her Majesty”) as respondents and alleging they had failed to bargain collectively in good faith. Both parties were aware that the tentative agreement was subject to approval by the Lieutenant-Governor in Council.

[3] In the complaint itself and the replies filed with the Board, the parties referred only to Her Majesty and Alcool NB Liquor. However, in the Board's correspondence regarding the complaint, Her Majesty was erroneously referred to as "Her Majesty in right of the Province of New Brunswick, as represented by Treasury Board." This prompted Treasury Board to request to be removed as a respondent.

[4] Following a preliminary hearing, on April 12, 2021, the Board rendered a preliminary decision, removing "Her Majesty in right of the Province of New Brunswick as represented by Treasury Board" altogether as a respondent but granting Treasury Board full intervenor status (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation (Alcool NB Liquor)*, 2021 CanLII 37676 (NB LEB)).

[5] CUPE later filed a second, related complaint under s. 19 of the *Act*, this time against Alcool NB Liquor alone, alleging employer interference. The Board heard both complaints together on the merits and dismissed them in a final decision dated September 8, 2021 (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp. (c.o.b. Alcool NB Liquor)*, [2021] N.B.L.E.B.D. No. 17 (QL)).

[6] In dismissing both complaints, the Board determined that Alcool NB Liquor had not bargained in bad faith, and the Board had no authority to compel the Lieutenant-Governor in Council to provide reasons for its refusal to approve the tentative agreement.

[7] CUPE sought judicial review of the Board's preliminary and final decisions. On September 29, 2022, a hearing was held in the Court of King's Bench.

[8] In a decision dated November 15, 2022, the reviewing judge, after ruling the issues before him were not moot in the context of the ongoing relationship of the parties, substituted his own interpretation of the *Act* for that of the Board's and concluded the removal of Her Majesty as a named respondent removed the only entity from whom

CUPE could obtain a meaningful remedy. He further found the exclusion of Her Majesty to be so fundamentally wrong that it rendered the Board's decisions unreasonable.

[9] Alcool NB Liquor and His Majesty in right of the Province of New Brunswick as represented by Treasury Board both appealed the judicial review decision. The appeals were heard at the same time but are being dealt with in separate reasons for judgment.

[10] In this appeal, Alcool NB Liquor states that, for the purposes of the *Act*, including collective bargaining and responding to s. 19 complaints, Alcool NB Liquor was the only employer and respondent because it represents Her Majesty. Further, the Board had no authority to impose any remedy against Her Majesty or the Lieutenant-Governor in Council, even if Her Majesty had remained as a second respondent to the first complaint. The Board's decisions were reasonable and ought to have been upheld.

[11] Alcool NB Liquor further submits the application for judicial review was filed outside the time limit prescribed by Rule 69.03 of the *Rules of Court*, as the preliminary decision was issued more than three months before the application was filed.

[12] Prior to the hearing of the appeals, at the direction of the panel, the Registrar advised the parties they should prepare to be heard on the issue of mootness. Each of the parties was permitted to file written submissions on the issue prior to the hearing. In my view, the matter before the Court is moot, and I would decline to exercise the discretion to hear the appeal.

II. Facts

[13] CUPE has been the bargaining agent for certain employees of Alcool NB Liquor, including those within the "Operational category, Corporate Services Group," since 1976.

[14] Alcool NB Liquor and CUPE were parties to a collective agreement set to expire on March 31, 2019. On January 8, 2019, in anticipation of its expiry, CUPE gave notice to Alcool NB Liquor under Article 41 of the collective agreement and s. 44(2) of the *Act* to commence bargaining a renewal agreement.

[15] Between February 5, 2020, and September 29, 2020, after failing to reach an agreement, representatives of CUPE and Alcool NB Liquor met, with the assistance of a conciliator, on several occasions.

A. *Tentative agreement*

[16] Finally, on September 29, 2020, CUPE and Alcool NB Liquor reached a tentative agreement regarding all outstanding issues. On October 19, 2020, CUPE received verbal notice from Alcool NB Liquor that it could not honour the tentative agreement as it had not been approved by the Lieutenant-Governor in Council. That message was also communicated to CUPE by email on October 26, 2020. On November 6, 2020, despite receiving this information, CUPE went to its membership and ratified the agreement.

[17] CUPE perceived the failure to finalize the collective agreement to be without justification and a violation of s. 45 of the *Act*, which requires parties to bargain collectively in good faith and make every reasonable effort to conclude a collective agreement.

B. *First complaint*

[18] On January 8, 2021, CUPE filed a complaint to the Board under s. 19 of the *Act*, alleging a failure to bargain collectively in good faith in violation of s. 45 of the *Act* and naming the following respondents:

1. Her Majesty in right of the Province of New Brunswick; and

2. New Brunswick Liquor Corporation, operating as Alcool NB Liquor.

[19] The relief sought was for the Board to:

1. Declare the respondents had violated the *Act*;
2. Direct the respondents to immediately cease and desist all activities contrary to the *Act*;
3. Order the respondents to honour the tentative agreement reached by CUPE and Alcool NB Liquor; and
4. In the alternative, order Her Majesty in right of the Province of New Brunswick (through the Lieutenant-Governor in Council) to approve the agreed upon tentative agreement.

[20] On January 19, 2021, Alcool NB Liquor filed a reply with the Board denying responsibility and requesting that the complaint be dismissed because:

1. The tentative agreement was expressly subject to ratification by both parties; and
2. Under s. 62 of the *Act*, the agreement was clearly subject to approval by the Lieutenant-Governor in Council.

[21] The same day, Her Majesty also filed a reply with the Board. It asked to be removed as a respondent on the basis that, although public service employees are employed by Her Majesty in this scenario, Alcool NB Liquor is the representative employer under Part IV of the First Schedule to the *Act*. As such, Her Majesty asserted that the obligations under s. 45 applied only to CUPE and Alcool NB Liquor and that naming it results in “duplication” and a “confluence of the roles” as Alcool NB Liquor is

its representative under the *Act*. According to Her Majesty, there was no basis to assert it had not met and commenced collective bargaining in good faith with CUPE.

[22] The Board forwarded correspondence to all parties. This letter was not in the record before the reviewing judge (or this Court). The parties told the application judge that it was in this correspondence that the Board acknowledged receipt of the complaint and mistakenly changed the respondents to the following in the subject line:

1. “Her Majesty in right of the Province of New Brunswick, as represented by Treasury Board”; and
2. “New Brunswick Liquor Corporation” (judicial review decision, at para. 10).

[23] Because of this confusion, Her Majesty’s counsel requested a preliminary decision from the Board to remove Treasury Board as a respondent and grant it intervenor status. On February 2, 2021, a pre-hearing conference was held. CUPE and Treasury Board agreed to provide written submissions and present oral arguments on the issue of whether Treasury Board should be named as a party or granted intervenor status. Alcool NB Liquor chose not to participate in this hearing.

[24] CUPE’s position was that Her Majesty in right of the Province of New Brunswick, as represented by Treasury Board, should remain a named respondent because Her Majesty is the employer for all parts of the public service (including Part IV) for the purposes of the *Act*. In other words, members of CUPE are ultimately employees of Her Majesty, whose employer functions are delegated to Alcool NB Liquor.

C. *Preliminary decision*

[25] Based on its interpretation of the *Act* as well as *New Brunswick (Board of Management) v. Canadian Union of Public Employees, Local 1190 et al.*, 2001 NBCA

21, 236 N.B.R. (2d) 87, on April 12, 2021, the Board concluded Alcool NB Liquor and Treasury Board are distinct employers. In coming to this conclusion, the Board rhetorically asked how, in the context of a bad faith bargaining complaint, Treasury Board could be found to have bargained in bad faith when it was not a party during negotiations. As a result, the Board ruled “Her Majesty in right of the Province of New Brunswick as represented by Treasury Board” should be removed entirely as a respondent and granted Treasury Board full intervenor status, leaving Alcool NB Liquor as the sole respondent.

D. *Second complaint*

[26] On May 6, 2021, CUPE filed a second complaint to the Board under s. 19 of the *Act*. It filed an amended complaint on June 17, 2021. It alleged Alcool NB Liquor had violated s. 7(2) of the *Act* by interfering with CUPE’s representation of its members, and s. 5 by prohibiting the employees from wearing face masks bearing the logo “A Deal is a Deal” in reference to the Lieutenant-Governor in Council’s failure to approve the tentative agreement.

E. *Board’s decision on both complaints*

[27] On September 8, 2021, the Board dismissed CUPE’s complaints regarding Alcool NB Liquor’s alleged bad faith bargaining and employer interference.

F. *Judicial review application*

[28] On October 28, 2021, CUPE filed a Notice of Application under Rule 69 of the *Rules of Court*, seeking judicial review of the Board’s preliminary decision and its determination of both complaints. CUPE asked that all three decisions be quashed.

[29] With respect to the preliminary decision, CUPE claimed it was unreasonable for the following reasons:

1. The Board erred in law, or misapplied the law, by failing to conclude that Her Majesty in right of the Province of New Brunswick is the employer in relation to the subject labour dispute; and
2. The Board erred in law, or misapplied the law, by removing Her Majesty in right of the Province of New Brunswick as a responding party which removed the employer from the labour dispute.

[30] CUPE stated that, contrary to the Board's determination, it never intended for Treasury Board to be a respondent to the first complaint. CUPE submitted that, throughout the proceedings before the Board, it consistently maintained the appropriate responding parties should be Her Majesty (according to the definition of "employer" in the *Act*) and Alcool NB Liquor (as the representative of Her Majesty in her employer capacity). Further, its complaint made no reference to Treasury Board.

[31] In other words, CUPE alleged there was a "mischaracterization" of its position by the Board. CUPE submitted it was an error in law not only to render a decision removing a party (i.e., Treasury Board) that was never named in the complaint and to add it as an intervenor, but also to remove a named respondent (Her Majesty) without providing any reasons for doing so.

[32] CUPE alleged the Board's preliminary decision was unreasonable because, by removing "Her Majesty in right of the Province of New Brunswick as represented by Treasury Board" as a respondent, the Board effectively removed Her Majesty, the employer, from the complaint. CUPE believed that, by removing Her Majesty as a respondent, the Board implicitly ruled Her Majesty was not the employer for the purposes of the *Act* and collective bargaining. More importantly, the preliminary decision, in CUPE's view, shielded Her Majesty from allegations that it had contravened the *Act* and therefore significantly and unreasonably limited the legal remedies available to CUPE.

[33] CUPE requested that, in addition to Alcool NB Liquor, Her Majesty be a named respondent based on conflicting points that had been raised:

1. Her Majesty is the employer in the case of all four parts of the public service and is therefore one and the same as Alcool NB Liquor; and
2. The *Act* makes a distinction between being the employer (Her Majesty) and “representing” the employer (Alcool NB Liquor).

[34] It was CUPE’s position that, if Her Majesty had remained a responding party, as set out in the complaint, the Board would have had the authority to compel Her Majesty, and by extension the Lieutenant-Governor in Council, to provide fulsome reasons explaining why approval was not granted under s. 62 of the *Act*. CUPE submits this is so because s. 45 applies not only to Alcool NB Liquor as Her Majesty’s agent, but also to Her Majesty, as the employer under the *Act* with the ultimate say in the bargaining process, such that both may be held responsible for having bargained in bad faith.

G. *New collective agreement*

[35] On December 2, 2021, Alcool NB Liquor and CUPE executed a new collective agreement. It goes without saying that, to achieve this, the Lieutenant-Governor in Council granted approval under s. 62 of the *Act*.

H. *Judicial review decision*

[36] On November 15, 2022, the application judge issued a decision quashing both the Board’s preliminary decision and its decision on the two complaints (collectively, the “Board’s Decisions”).

[37] At the hearing of the application for judicial review, Alcool NB Liquor raised the issue of mootness as the new collective agreement was in place. The application judge rejected this argument (judicial review decision, at para. 22).

[38] The judge determined Her Majesty to be the employer of Alcool NB Liquor employees for the purposes of the *Act* and the only entity against which a meaningful remedy could be fashioned, stating:

The *Act* makes clear, ANBL is not, on its own, the employer. As confirmed by the Court of Appeal in *New Brunswick (Board of Management) v. CUPE Local 1190*, 2001 NBCA 21, for the purposes of the legislation, the employer is, ‘Her Majesty in right of the Province’. It is not the corporate entity. By removing Her Majesty as a respondent to the complaints, the Board removed the entity with responsibility under the *Act*. [...]

[...]

Not only did the Board ‘remove’ Treasury Board as a respondent, but it went further and removed Her Majesty (in any capacity) as a respondent. No party had asked for that relief at the preliminary stage. The end result was the removal of the only entity against whom the Board could have fashioned a meaningful remedy, had it found a violation of the *Act*. [...] [paras. 20 and 28]

[39] Interestingly, in conclusion, the judge stated:

The decisions of the Board at issue (April 12, 2021 and Sept. 8, 2021) are removed into this court and quashed. I make no other order recognizing that ANBL may be correct, in part, to have observed that the disputes then at issue are now, essentially, moot. Nor did CUPE or any participant ask that it be remitted for a re-hearing. The Applicant is entitled to costs from the Respondent in the amount of \$2,500.00 plus HST and allowable disbursements. [Emphasis added; para. 32]

III. Grounds of Appeal

[40] I would dismiss the appeal. Alcool NB Liquor raised the following issues in its appeal:

- (a) Did the application judge fail to apply the standard of review of reasonableness?
- (b) If so, were the Board's Decisions reasonable? and
- (c) In addition, or in the alternative, was the application for judicial review of the preliminary decision of April 12, 2021, out of time?

IV. Mootness

[41] As mentioned above, because it was apparent to members of the hearing panel that mootness of the appeal was in issue, prior to the hearing, the panel asked the Registrar to advise the parties that the panel wished to hear them on the issue of mootness. Alcool NB Liquor took the position that, although moot prior to the judicial review hearing, the matter was no longer moot because the decision issued by the reviewing judge revived issues that are now in dispute. Alcool NB Liquor further submitted that the panel should hear the appeal as questions surrounding the identity of the "employer" and the responsibilities of the parties under the *Act* will undoubtedly complicate future collective bargaining. CUPE, although the respondent in both appeals, agreed the issues as they relate to identifying the "employer" under the *Act* are not moot due to the continuing relationship of the parties. Her Majesty conceded the matter was moot as there is no longer any continuing dispute in the presence of a new collective agreement.

[42] The parties suggested that the mootness of the matter be reviewed under the test set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, [1989]

S.C.J. No. 14 (QL), and that the Court should exercise its discretion to hear the appeal even if we found it to be moot.

[43] At the hearing, the parties addressed mootness as a preliminary issue. Upon hearing their oral submissions, we reserved our decision on the issue of mootness and heard submissions on the merits of the appeal. We proceeded in this fashion to allow a disposition of the appeal without having the parties return to argue the merits of the appeal should we determine that, notwithstanding the preliminary issue, the appeal should proceed. In this context, it is imperative that I first deal with the issue of mootness.

V. Analysis

A. *Is the appeal moot?*

[44] In *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 2012), Lorne M. Sossin, now a Justice of the Ontario Court of Appeal, writes:

The doctrine of mootness is unique among the doctrines of justiciability. It is the only doctrine that deals with the circumstances by which a justiciable matter may become non-justiciable. For a matter to be moot, in other words, it must first have been an active dispute, properly brought before a court. Mootness arises where, because of factual developments (e.g. a litigant dies) or legal developments (e.g. the impugned law is repealed or amended), the dispute no longer has a concrete effect on the parties by the time it is submitted for resolution before the Court. In such circumstances, Canadian courts have held they possess a discretion as to whether to adjudicate the matter. [p. 107]

[45] In their submissions, the parties relied on *Borowski*, where Sopinka J., writing for the Court, set out a framework for the exercise of judicial discretion in relation to mootness:

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot. The general policy or practice is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from its policy or practice. The relevant factors relating to the exercise of the court's discretion are discussed hereinafter.

The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. The cases do not always make it clear whether the term "moot" applies to cases that do not present a concrete controversy or whether the term applies only to such of those cases as the court declines to hear. In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the "live controversy" test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant. [paras. 15-16 cited to QL]

[46]

Lorne M. Sossin summed up *Borowski* as follows:

Sopinka J. set out a framework for the exercise of judicial discretion in relation to mootness. First, the Court must decide if the case is moot, in the sense that there is no longer a live dispute between the parties (usually due to a change in the factual or legal circumstances of a case). If the case is held to be moot, the Court must next consider whether it should nevertheless exercise its discretion to

hear the case. Sopinka J. discussed three factors the Court should consider in this second aspect of the test:

- (1) whether the parties retain an adversarial stake in the issues raised by the case;
- (2) whether, in the circumstances, the issues are important enough to justify the judicial resources necessary to decide the case (in the sense that the decision will have some practical effect on the rights of the parties); and
- (3) whether the Court would be departing from its traditional role in adjudicating disputes if it decided the case. [pp. 115-116]

[47] In *Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick v. Public Trustee as Administrator of the Estate of Véronique Szlavik*, 2019 NBCA 17, [2018] N.B.J. No. 349 (QL), Drapeau J.A. wrote:

That said, civil appeals are from dispositions prescribed by a “judgment, order or decision”, not the reasons proffered in support (see s. 8 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2). The Court has made this elementary point on a number of occasions (see, for example, *Veno v. United General Insurance Corp.*, 2008 NBCA 39, 330 N.B.R. (2d) 237; *Darcon Holdings Ltd. v. MacFarlane (J.A.) Engineering Co. et al.* (2016), 451 N.B.R. (2d) 208; *O’Neill et al. v. Edmanson*, 2017 NBCA 33, [2017] N.B.J. No. 198 (QL); and *O’Toole v. Law Society of New Brunswick*, 2017 NBCA 56, [2017] N.B.J. No. 342 (QL)). As noted, the Notice of Appeal and the appeal do not challenge the disposition prescribed by the application judge. That being so, the Notice of Appeal must be quashed and the appeal dismissed for want of jurisdiction, and I would so order. All things considered, I would make no order of costs. [para. 6]

See, as well, *O’Toole v. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] N.B.J. No. 58 (QL).

[48] It is clear to me that, in this case, the parties are appealing the reviewing judge’s reasons for his decision, not the judgment itself.

[49] The relevant provisions of ss. 8(2) and (3) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, state:

Court of Appeal

8(2) The Court of Appeal shall have and exercise appellate jurisdiction, with such original jurisdiction as may be necessary or incidental to the determining of an appeal; and shall have all the jurisdiction and powers possessed by the Court of Appeal immediately before September 4, 1979, with appellate jurisdiction in civil and criminal causes and matters, and with jurisdiction and power to hear and determine motions and appeals respecting any judgment, order or decision of any judge of the Courts.

8(3) Subject to subsection (3.1), an appeal to the Court of Appeal may be taken by any party from any judgment, order or decision

(a) made in the Court of Queen's Bench or by a judge thereof[.]

[Emphasis added.]

Cour d'appel

8(2) La Cour d'appel possède et exerce une compétence en matière d'appel en plus de la compétence en première instance qui peut être nécessaire ou accessoire pour statuer sur un appel; elle possède en outre toute la compétence et tous les pouvoirs qu'avait la Cour d'appel immédiatement avant le 4 septembre 1979 avec compétence d'appel dans les causes et questions civiles et criminelles ainsi que la compétence et le pouvoir d'entendre et juger les requêtes et les appels concernant un jugement, une ordonnance ou une décision d'un juge des Cours.

8(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), une partie peut interjeter appel devant la Cour d'appel de tout jugement, de toute ordonnance ou de toute décision,

a) rendu en la Cour du Banc de la Reine ou par un de ses juges[.]

[C'est moi qui souligne.]

[50] This Court recently addressed the issue of mootness in *Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick v. Office of the Commissioner of Official Languages for New Brunswick et al.*, 2023 NBCA 7, [2023] N.B.J. No. 14 (QL), where LeBlanc, J.A., writing for the Court, applied the analytical framework set out in *Borowski* (at paras. 37-38) in dismissing the appeal as moot.

[51] In my view, this case is moot because the original controversy or dispute no longer exists. CUPE's complaints arose out of the collective bargaining of a new agreement because approval under s. 62 of the *Act* was not granted. That provision was

not specifically challenged. There is now a binding collective agreement, approved by the Lieutenant-Governor in Council, which has superseded the prior complaints and rendered them moot. Otherwise, the result would be that, although the parties have settled their disagreements by executing a legally binding collective agreement, complaints regarding prior processes culminating in agreements could still be litigated. In my view, any such complaint is rendered moot, subject to a reservation of rights in the agreement. The parties further argue that, even if the issues are moot, the Court should exercise its discretion and dispose of the appeal, as recognized in *Borowski* and later cases. They want the appeal heard as they will be negotiating future collective agreements. Furthermore, since the appellant, Alcool NB Liquor, and the respondents did not request the matter be remitted to the Board, it is clear we are left with a moot appeal.

B. *Should the Court exercise its discretion?*

[52] Even when a decision under appeal is moot, courts may still hear the case: *Bancroft v. Nova Scotia (Lands and Forestry)*, 2022 NSCA 78, [2022] N.S.J. No. 396 (QL). However, as the Alberta Court of Appeal cautioned in *Wiebe v. Alberta Labour Relations Board*, 2001 ABCA 192, [2001] A.J. No. 931 (QL):

There are some exceptions to the general rule against deciding moot appeals. [...] Indeed, there are so many recent reported cases in Canada applying those exceptions, that one might gain the impression that the exception is the rule, and that appeals will rarely be dismissed as moot.

That is not the law. There are real dangers in hearing moot appeals, quite apart from the obvious waste of court resources.

One danger is that a proceeding could go more or less by default, even by collusion, because a respondent would have little motive to fight it. That is not likely here. But sometimes the respondent may have a view or interest somewhat different from many or most people, leading him to be unaware of certain arguments. Once the substantive issue has been settled, counsel may not recognize relevant

authorities as relevant. We cannot say on this record that that is not so here.

Another danger is that relevant arguments will not be put before the appeal court. That could occur for the same reason. But there are other reasons that the arguments might be incomplete. One is that there can be no remedies in a moot suit, so issues must be split and only abstract ones be decided. Another reason is that counsel thinking in the abstract without a specific factual problem will not imagine practical difficulties. That gives us considerable concern here. An abstract discussion of the law is likely to produce a vague judgment, difficult to apply in practice with any certainty. Some government References to Canadian appellate courts in the past have illustrated that. Anyone who asks a vague question is likely to get a vague answer.

A third danger is that the court may be led to enunciate a rule of law which hangs together in theory or logic, but is simply impractical. Law exists for living human beings, but groups of human beings do not always act logically and consistently. Sometimes it takes an actual dispute, or several, and experience, to show what will work and what will not.

A fourth danger is that the court hearing a moot appeal will enunciate too wide a rule of law. Sometimes it is better to build the law a piece at a time, by trial and error, proceeding from one specific dispute to another. Sometimes one must do that, because the topic is otherwise too complex, difficult, or unforeseeable.

A fifth danger is that the court will proceed with an inadequate evidentiary record. That is particularly apposite here, where the appeal books seem to contain no evidence at all, except maybe a short report by an investigating officer employed by the Board. If the union local led any evidence before the Board, it was not transcribed. [...] Sometimes a respondent may have a smaller war chest than the appellant, or less motivation to spend large sums. That too can lead to a lopsided record in a moot suit.

A sixth danger is that the moot appeal dragoons the respondent into acting as a sort of private Attorney-General, or devil's advocate. He or she must spend time

and money on a question in which he or she has no present interests at risk. That is unfair to him or her. It may be useful to the appellant, or even to society, to clarify or build case law. But why should the respondent have to finance that? He or she is not the Legislature, nor even the Law Reform Institute. This may be akin to forcing a litigant to buy law books and donate them to the courthouse library. [...] [Emphasis added; paras. 12-19]

[53] In *Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick*, LeBlanc J.A. commented on the assessment to be made under *Borowski* of whether, or not, to exercise discretion to hear a moot appeal:

I note that, once the issue has been declared moot, the burden falls on the party that wishes to be heard in this regard to convince the court to exercise its discretion in its favour. The court does not embark on a mechanical exercise in examining the three basic rationalia for enforcement of the mootness doctrine to determine whether it should exercise its discretion to address the issues raised. The presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa (*Borowski*, at p. 363).

In my view, none of the factors set out in *Borowski*, especially the second and third factors, justify the exercise of judicial discretion to address the issues raised by the Association. The Association's argument that, under the *Act*, [TRANSLATION] "a declaration can always be useful" is not convincing and does not justify the Court's intervention. If the situation on which the complaint is based should occur again, whether or not between the same parties or whether or not the same provisions are involved, the adversarial relationship would then give rise to a concrete controversy and the limited judicial resources would be deployed in a context of necessity and sensitivity to the effectiveness or efficacy of judicial intervention. [paras. 42-43]

[54] With respect to CUPE's position that the issues were not moot due to the continuing relationship of the parties, Lorne Sossin addresses these situations as follows:

While an adversarial posture between the parties is an essential prerequisite for hearing a moot case, courts have not accepted that this is in and of itself sufficient. If every group could resort to the courts to seek redress against an adversary, courthouses could not be constructed quickly enough to keep up with demand. A court must set limits on the types of disputes that it can and should resolve. This requires a consideration of policy issues as much as adjudicative issues. For every moot case that is heard, a case that is not moot may be further delayed. For every moot case that is not heard, significant resources already expended by the Court and the parties will be squandered. [...] [pp. 129-130]

[55] In my view, after reviewing the *Borowski* criteria, which include an adversarial context, judicial economy, and the intrusion upon the legislative role, I would decline to assess the merits of this case. As the Alberta Court of Appeal further stated in *Wiebe*:

Yet the question here is judicial review. Because of the expertise of the Board, doubtless a generous standard of deference to its reasons would be necessary on judicial review. Yet the Board has not been given the degree of assistance (evidence and argument) in framing those reasons, which the adversary system usually affords.

Therefore, there are two reasons not to hear this appeal. The first is the usual rule against hearing moot appeals. The second is the thin legal and factual atmosphere which we would have to breathe while trying to build the new law which the appellants and intervener wish. Sometimes appeal courts are forced to work with poor records, but since we are not forced to here, we decline to do so. [paras. 24-25]

[56] Because of the relief sought on judicial review and the relief awarded in the reviewing judge's decision, no order issued respecting the disposition of the complaints, other than to quash the Board's Decisions.

[57] As an aside, Alcool NB Liquor is particularly perturbed by the reviewing judge's finding that "the Act makes clear, Alcool NB Liquor is not, on its own, the

employer” (para. 20). The reviewing judge referred to *New Brunswick (Board of Management) v. Canadian Union of Public Employees, Local 1190 et al.* This case is distinguishable as it dealt with a collective agreement under which the only identified “employer” had not violated the agreement provisions pertaining to contracting out work, the issue raised in the grievance. The party that had contracted out the work was a road builder who was not a party to the collective agreement. Therefore, the grievance under the collective agreement against the identified “employer” was without merit. Furthermore, the collective agreement in question was not a s. 62 collective agreement between the road builder and the Union.

VI. Conclusion

[58] In my view, the matter before the Court is moot, and I would decline to exercise the discretion to assess the merits of this case, considering the following:

- a) No adversarial context persists between the parties. A new collective agreement has been in place since December 2, 2021. Its effective date is April 1, 2019, to March 31, 2024. The underlying issue has been resolved with the new collective agreement;
- b) None of the issues raised on appeal are of any consequence or value; and
- c) The reviewing judge quashed the Board’s Decisions, which were of no moment, and no relief was sought. The judge did not remit the matter back to the Board because none of the parties asked him to do so.

[59] Having determined the case is moot, I will not address the alternative argument that CUPE’s application for judicial review was out of time under Rule 69.

[60] I would award costs of \$1,500 payable to the respondent, Canadian Union of Public Employees, Local 963.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] La question fondamentale dans le présent appel est celle de savoir si, compte tenu de l'évolution du contexte factuel (c'est-à-dire la négociation et l'approbation d'une nouvelle convention collective), le litige entre les parties est maintenant théorique. Le présent appel découle de la tentative de négociation d'une convention collective entre la Société des alcools du Nouveau-Brunswick, faisant affaire sous la raison sociale Alcool NB Liquor, et le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 963 (le SCFP) à l'automne 2021. Les parties se sont entendues sur un projet de convention le 29 septembre 2021, mais, comme Alcool NB Liquor, contrairement au Conseil du trésor, est un « employeur distinct » au sens défini dans la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (la *Loi*), suivant l'art. 62 de la *Loi*, elle ne pouvait conclure de convention collective sans l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil :

Collective agreement entered into by separate employer

62 A separate employer may, with the approval of the Lieutenant-Governor in Council, enter into a collective agreement with the bargaining agent for a bargaining unit comprised of employees of the separate employer, applicable to employees in that bargaining unit. [Emphasis added]

Convention collective conclue par des employeurs distincts

62 Un employeur distinct peut, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, conclure avec l'agent négociateur d'une unité de négociation formée d'employés de l'employeur distinct, une convention collective applicable aux employés de cette unité de négociation. [Je souligne.]

[2] Alcool NB Liquor a demandé, sans l'obtenir, l'approbation du projet de convention par le lieutenant-gouverneur en conseil, qui n'a pas motivé son refus. Le 8 janvier 2021, le SCFP a déposé une plainte auprès de la Commission du travail et de l'emploi au titre de l'art. 19 de la *Loi*, y nommant à la fois Alcool NB Liquor et Sa

Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick (Sa Majesté) intimées et y alléguant qu'elles avaient fait défaut de négocier collectivement de bonne foi. Les deux parties savaient que le projet de convention devait être approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil.

[3] Dans la plainte elle-même ainsi que dans les réponses déposées auprès de la Commission, les parties n'ont fait référence qu'à Sa Majesté et à Alcool NB Liquor. En revanche, dans la correspondance de la Commission relative à la plainte, Sa Majesté a été erronément désignée comme [TRADUCTION] « Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil du Trésor ». Cela a incité le Conseil du Trésor à demander d'être soustrait comme partie intimée.

[4] Au terme d'une audience préliminaire, le 12 avril 2021, la Commission a rendu une décision préliminaire par laquelle elle a totalement supprimé « Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil du Trésor » comme partie intimée, mais a accordé au Conseil du Trésor la qualité d'intervenant à part entière (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 c. New Brunswick Liquor Corporation (Alcool NB Liquor)*, 2021 CanLII 37676 (NB LEB)).

[5] Ultérieurement, le SCFP a déposé une deuxième plainte, liée à la première, au titre de l'art. 19 de la *Loi*, cette fois uniquement contre Alcool NB Liquor, alléguant l'intervention de l'employeur. La Commission a entendu les deux plaintes conjointement sur le fond et les a rejetées dans une décision définitive datée du 8 septembre 2021 (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 c. New Brunswick Liquor Corp. (c.o.b. Alcool NB Liquor)*, [2021] N.B.L.E.B.D. n° 17 (QL)).

[6] En rejetant les deux plaintes, la Commission a jugé que Alcool NB Liquor n'avait pas négocié de bonne foi, et qu'elle-même n'avait pas compétence pour contraindre le lieutenant-gouverneur en conseil à motiver son refus d'approuver le projet de convention.

[7] Le SCFP a demandé la révision judiciaire des décisions préliminaire et définitive de la Commission. Le 29 septembre 2022, une audience a été tenue devant la Cour du Banc du Roi.

[8] Dans une décision datée du 15 novembre 2022, le juge siégeant en révision – après avoir jugé que les questions dont il était saisi n'étaient pas théoriques dans le contexte de la relation continue qu'entretiennent les parties – a substitué sa propre interprétation de la *Loi* à celle de la Commission et a conclu que la suppression de Sa Majesté comme partie intimée nommément désignée avait soustrait la seule entité de laquelle le SCFP pouvait obtenir une réparation utile. Il a en outre conclu que l'exclusion de Sa Majesté était si fondamentalement erronée qu'elle avait rendu les décisions de la Commission déraisonnables.

[9] Alcool NB Liquor et Sa Majesté le Roi du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représenté par le Conseil du Trésor, ont tous les deux interjeté appel de la décision rendue à l'issue de la révision judiciaire. Les appels ont été entendus simultanément, mais ils font l'objet de deux séries de motifs de jugement distinctes.

[10] Dans l'appel dont il est question ici, Alcool NB Liquor affirme que, pour l'application de la *Loi*, y compris la négociation collective et les réponses aux plaintes fondées sur l'art. 19, elle était la seule employeuse et intimée parce qu'elle représente Sa Majesté. En outre, la Commission n'avait pas compétence pour enjoindre à Sa Majesté ou au lieutenant-gouverneur en conseil de remédier à la situation, même si Sa Majesté était demeurée la deuxième intimée dans le cadre de la première plainte. Les décisions de la Commission étaient raisonnables et auraient dû être confirmées.

[11] Alcool NB Liquor soutient en outre que la requête en révision judiciaire a été déposée après l'expiration du délai prévu à la règle 69.03 des *Règles de procédure*, puisque la décision préliminaire avait été rendue plus de trois mois avant le dépôt de la requête.

[12] Avant l'audition des appels, à la demande de la formation de juges, la registraire a informé les parties qu'elles devaient être prêtes à présenter des observations

sur la question du caractère théorique de la cause. Chaque partie a pu déposer un mémoire sur la question avant l'audience. Selon moi, la question dont la Cour est saisie est théorique, et je suis d'avis de refuser d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel.

II. Faits

[13] Le SCFP est l'agent négociateur pour certains employés d'Alcool NB Liquor, y compris ceux qui appartiennent à la [TRADUCTION] « Catégorie de l'exploitation, Groupe des services généraux » depuis 1976.

[14] Alcool NB Liquor et le SCFP étaient parties à une convention collective qui devait expirer le 31 mars 2019. Le 8 janvier 2019, en prévision de cette expiration, le SCFP a donné à Alcool NB Liquor, en vertu de l'art. 41 de la convention collective et du par. 44(2) de la *Loi*, avis qu'ils devaient entamer des négociations en vue du renouvellement de la convention.

[15] Entre le 5 février 2020 et le 29 septembre 2020, n'ayant pas réussi à conclure une convention, des représentants du SCFP et d'Alcool NB Liquor se sont rencontrés à plusieurs reprises pour discuter avec l'aide d'un conciliateur.

A. *Projet de convention*

[16] Finalement, le 29 septembre 2020, le SCFP et Alcool NB Liquor se sont entendus sur un projet de convention quant à toutes les questions qu'il restait à régler. Le 19 octobre 2020, le SCFP a été informé verbalement du fait qu'Alcool NB Liquor ne pouvait pas donner suite au projet de convention parce que celui-ci n'avait pas été approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil. Ce message a aussi été transmis au SCFP par courriel le 26 octobre 2020. Le 6 novembre 2020, même s'il avait reçu cette information, le SCFP a présenté la convention à ses membres et l'a ratifiée.

[17] Le SCFP était d'avis que l'omission de finaliser la convention collective n'était pas justifiée et constituait une violation de l'art. 45 de la *Loi*, qui prescrit aux parties d'engager de bonne foi des négociations collectives et de s'efforcer, dans toute la mesure du possible, de conclure une convention collective.

B. *Première plainte*

[18] Le 8 janvier 2021, le SCFP a déposé une plainte auprès de la Commission au titre de l'art. 19 de la *Loi*, dans laquelle il alléguait un manquement à l'obligation d'engager de bonne foi des négociations collectives, en contravention de l'art. 45 de la *Loi*, et nommait comme intimées :

1. Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick;
2. la Société des alcools du Nouveau-Brunswick, faisant affaire sous la raison sociale Alcool NB Liquor.

[19] Le SCFP demandait à la Commission :

1. de déclarer que les intimées avaient contrevenu à la *Loi*;
2. d'enjoindre aux intimées de cesser toute activité contraire à la *Loi* et de s'en abstenir;
3. d'ordonner aux intimées de respecter le projet de convention conclu entre le SCFP et Alcool NB Liquor;
4. subsidiairement, d'ordonner à Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick (par l'intermédiaire du lieutenant-gouverneur en conseil) d'approuver le projet de convention dont il avait été convenu.

[20] Le 19 janvier 2021, Alcool NB Liquor a déposé une réponse auprès de la Commission, niant toute responsabilité et sollicitant le rejet de la plainte au motif que, à la fois :

1. le projet de convention était expressément subordonné à la ratification par les deux parties;
2. selon l'art. 62 de la *Loi*, la convention était manifestement subordonnée à l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil.

[21] Le même jour, Sa Majesté a aussi déposé une réponse auprès de la Commission. Elle demandait à être soustraite comme partie intimée puisque, même si les employés de la fonction publique sont employés par Sa Majesté dans le scénario en cause, c'est Alcool NB Liquor qui est l'employeur représentant suivant la partie IV de l'annexe I de la *Loi*. Sa Majesté a donc affirmé que les obligations prévues à l'art. 45 n'incombaient qu'au SCFP et à la Société des alcools. Elle a ajouté que de la désigner nommément donnait lieu à une [TRADUCTION] « duplication » et à une [TRADUCTION] « jonction des rôles » puisque, selon la *Loi*, Alcool NB Liquor est sa représentante. Pour Sa Majesté, rien ne justifiait d'affirmer qu'elle n'avait pas respecté ses obligations ni engagé de bonne foi des négociations collectives avec le SCFP.

[22] La Commission a fait parvenir une lettre à toutes les parties. Cette lettre ne faisait pas partie du dossier dont disposait le juge siégeant en révision (ni de celui dont dispose notre Cour). Les parties ont déclaré au juge saisi de la requête que c'était dans cette lettre que la Commission avait accusé réception de la plainte et changé par erreur la désignation des parties intimées à la suivante dans l'objet de la lettre :

[TRADUCTION]

1. « Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil du Trésor »;

2. « Société des alcools du Nouveau-Brunswick » (décision rendue à l'issue de la révision judiciaire, par. 10).

[23] Vu cette confusion, l'avocat de Sa Majesté a demandé à la Commission de rendre une décision préliminaire soustrayant le Conseil du Trésor comme partie intimée et lui accordant la qualité d'intervenant. Le 2 février 2021, une conférence préparatoire à l'audience a eu lieu. Le SCFP et le Conseil du Trésor ont convenu de fournir des mémoires et de présenter des observations orales sur la question de savoir si le Conseil du Trésor devait être nommément désigné comme une partie au litige ou se voir accorder la qualité d'intervenant. Alcool NB Liquor a choisi de ne pas participer à cette audience.

[24] Selon le SCFP, Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil du Trésor, devait conserver la qualité d'intimée nommément désignée, parce que Sa Majesté est l'employeur de tous les secteurs de la fonction publique (y compris des employés visés par la partie IV) pour l'application de la *Loi*. Autrement dit, les membres du SCFP sont, au bout du compte, des employés de Sa Majesté, dont les fonctions d'employeur sont déléguées à Alcool NB Liquor.

C. *Décision préliminaire*

[25] Sur le fondement de son interprétation de la *Loi* ainsi que de la décision *New Brunswick (Board of Management) c. Canadian Union of Public Employees, Local 1190 et al.*, 2001 NBCA 21, 236 R.N.-B. (2^e) 87, le 12 avril 2021, la Commission a conclu qu'Alcool NB Liquor et le Conseil du Trésor sont des employeurs distincts. Pour en arriver à cette conclusion, la Commission s'est demandé, pour la forme, comment il serait possible de conclure, dans le contexte d'une plainte pour négociations de mauvaise foi, que le Conseil du Trésor avait négocié de mauvaise foi s'il n'avait pas participé aux négociations. En conséquence, la Commission a décidé que [TRADUCTION] « Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil du Trésor » devait être totalement soustraite comme partie intimée et que le Conseil du

Trésor devait se voir accorder le statut d'intervenant à part entière, de sorte qu'Alcool NB Liquor devenait la seule intimée.

D. *Deuxième plainte*

[26] Le 6 mai 2021, le SCFP a déposé une deuxième plainte auprès de la Commission au titre de l'art. 19 de la *Loi*. Il a déposé une plainte modifiée le 17 juin 2021. Il alléguait qu'Alcool NB Liquor avait contrevenu au par. 7(2) de la *Loi* en intervenant dans la représentation que faisait le SCFP de ses membres et à l'art. 5 en interdisant aux employés de porter des masques sur lesquels figurait le slogan « A Deal is a Deal — Chose promise, chose due », une référence à l'omission par le lieutenant-gouverneur en conseil d'approuver le projet de convention.

E. *Décision de la Commission quant aux deux plaintes*

[27] Le 8 septembre 2021, la Commission a rejeté les plaintes du SCFP quant à la mauvaise foi alléguée d'Alcool NB Liquor au cours des négociations et quant à l'intervention de l'employeur.

F. *Requête en révision judiciaire*

[28] Le 28 octobre 2021, le SCFP a déposé un avis de requête en vertu de la règle 69 des *Règles de procédure*, sollicitant la révision judiciaire de la décision préliminaire de la Commission et de sa décision quant aux deux plaintes. Le SCFP cherchait à faire annuler les trois décisions.

[29] Le SCFP a soutenu que la décision préliminaire était déraisonnable pour les raisons suivantes :

1. la Commission a commis une erreur de droit, ou a mal appliqué le droit, en ne concluant pas que Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick est l'employeur en ce qui a trait au conflit de travail en cause;
2. la Commission a commis une erreur de droit, ou a mal appliqué le droit, en soustrayant Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick comme partie intimée, ce qui a soustrait l'employeur du conflit de travail.

[30] Le SCFP a affirmé que, contrairement à ce qu'avait décidé la Commission, il n'avait jamais eu l'intention que le Conseil du Trésor soit intimé dans le cadre de la première plainte. Il a soutenu que, tout au long des procédures devant la Commission, il avait invariablement soutenu que les bonnes parties intimées devaient être Sa Majesté (selon la définition d'« employeur » que donne la *Loi*) et Alcool NB Liquor (à titre de représentante de Sa Majesté dans sa capacité d'employeur). De plus, le Conseil du Trésor n'était pas du tout mentionné dans sa plainte.

[31] Autrement dit, le SCFP a fait valoir que la Commission avait [TRADUCTION] « mal interprété » sa position. Il a soutenu qu'il était erroné en droit non seulement de rendre une décision soustrayant une partie (c'est-à-dire le Conseil du Trésor) qui n'a jamais été nommément désignée dans la plainte et l'ajoutant comme intervenante, mais aussi de soustraire une intimée nommément désignée (Sa Majesté) sans motiver cette décision.

[32] Le SCFP a fait valoir que la décision préliminaire de la Commission était déraisonnable parce que, en soustrayant [TRADUCTION] « Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil du Trésor » comme partie intimée, la Commission avait effectivement supprimé Sa Majesté, soit l'employeur, de la plainte. Le SCFP estimait que, en la soustrayant comme partie intimée, la Commission avait implicitement décidé que Sa Majesté n'était pas l'employeur pour l'application de la *Loi* et les besoins de la négociation collective. Fait plus important, selon le SCFP, la décision préliminaire protégeait Sa Majesté des allégations voulant qu'elle ait contrevenu

à la *Loi* et limitait ainsi de manière importante et déraisonnable les réparations en droit que pouvait obtenir le SCFP.

[33] Le SCFP a demandé que Sa Majesté, en plus d'Alcool NB Liquor, soit une partie intimée nommément désignée sur le fondement des éléments divergents qui avaient été soulevés :

1. Sa Majesté est l'employeur des quatre secteurs de la fonction publique et ne fait donc qu'une avec Alcool NB Liquor;
2. la *Loi* établit une distinction entre le fait d'être l'employeur (Sa Majesté) et celui de « représenter » l'employeur (Alcool NB Liquor).

[34] Selon le SCFP, si Sa Majesté avait conservé sa qualité de partie intimée, comme l'énonçait la plainte, la Commission aurait eu la compétence pour l'enjoindre, et par extension, pour enjoindre au lieutenant-gouverneur en conseil, à expliquer en détail pourquoi l'approbation visée à l'art. 62 de la *Loi* n'avait pas été accordée. Le SCFP soutient qu'il en est ainsi parce que l'art. 45 s'applique non seulement à Alcool NB Liquor en tant que mandataire de Sa Majesté, mais aussi à cette dernière en tant qu'employeur pour l'application de la *Loi* ayant le dernier mot sur le processus de négociation, de sorte que les deux peuvent être tenues responsables d'avoir négocié de mauvaise foi.

G. *Nouvelle convention collective*

[35] Le 2 décembre 2021, Alcool NB Liquor et le SCFP ont conclu une nouvelle convention collective. Il va sans dire que, pour ce faire, le lieutenant-gouverneur en conseil a donné son approbation comme le prévoit l'art. 62 de la *Loi*.

H. *Décision rendue à l'issue de la révision judiciaire*

[36] Le 15 novembre 2022, le juge saisi de la requête a rendu une décision annulant tant la décision préliminaire de la Commission que sa décision quant aux deux plaintes (collectivement, les décisions de la Commission).

[37] Lors de l'audition de la requête en révision judiciaire, Alcool NB Liquor a soulevé la question du caractère théorique de la cause, puisque la nouvelle convention collective était en vigueur. Le juge saisi de la requête a rejeté cet argument (décision rendue à l'issue de la révision judiciaire, par. 22).

[38] Le juge a conclu que Sa Majesté était l'employeur des employés d'Alcool NB Liquor pour l'application de la *Loi* et la seule entité contre laquelle une mesure de redressement valable pouvait être ordonnée. Il a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

La *Loi* indique clairement que ANBL n'est pas, à elle seule, l'employeur. Comme l'a confirmé la Cour d'appel dans *Nouveau-Brunswick (Conseil de gestion) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1190*, 2001 NBCA 21, pour l'application de la loi, l'employeur est « Sa Majesté du chef de la province », et non l'entité personnalisée. En soustrayant Sa Majesté à titre de partie intimée aux plaintes, la Commission a soustrait l'entité responsable au titre de la *Loi*. [...]

[...]

Non seulement la Commission a-t-elle [TRADUCTION] « soustrait » le Conseil du Trésor comme partie intimée, elle a également soustrait Sa Majesté (à quelque titre que ce soit) comme partie intimée. Aucune partie n'avait sollicité cette réparation à l'étape préliminaire. En définitive, on a exclu la seule entité contre laquelle la Commission aurait pu formuler une réparation valable si elle avait conclu à une violation de la *Loi*. [...] [par. 20 et 28]

[39] Fait intéressant, en conclusion, le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les décisions de la Commission en cause (celles du 12 avril 2021 et du 8 septembre 2021) sont évoquées à la Cour et annulées. Je ne rends aucune autre ordonnance, car je reconnais que ANBL a peut-être raison, en partie, de faire remarquer que les litiges alors en cause sont maintenant, essentiellement, théoriques. Ni le SCFP ni aucune des parties n'a demandé que l'affaire soit renvoyée pour la tenue d'une nouvelle audience. Le requérant a droit à des dépens de 2 500 \$ de la part des parties intimées, plus la TVH et les débours admissibles. [Je souligne; par. 32]

III. Moyens d'appel

[40] Je suis d'avis de rejeter l'appel. Alcool NB Liquor a soulevé les questions suivantes dans son appel :

- (a) Le juge saisi de la requête a-t-il omis d'appliquer la norme de contrôle de la décision raisonnable?
- (b) Si oui, les décisions de la Commission étaient-elles raisonnables?
- (c) En outre, ou subsidiairement, la requête en révision judiciaire de la décision préliminaire du 12 avril 2021 était-elle prescrite?

IV. Caractère théorique

[41] Comme je l'ai mentionné ci-dessus, puisqu'il était évident pour les membres de la formation que la question du caractère théorique de l'appel était en litige, avant l'audience, ils ont demandé à la registraire d'informer les parties de leur souhait de les entendre sur cette question. Alcool NB Liquor a soutenu que, bien qu'elle fût théorique avant l'audience sur la révision judiciaire, la question ne l'était plus parce que la décision rendue par le juge siégeant en révision avait relancé les questions qui sont maintenant en litige. Elle a prétendu en outre que la formation devrait entendre l'appel

puisque les questions relatives à l'identité de l'« employeur » et aux responsabilités des parties découlant de la *Loi* compliqueront sans aucun doute de futures négociations collectives. Même s'il est intimé dans les deux appels, le SCFP est lui aussi d'avis que les questions en ce qui a trait à l'identité de l'« employeur » pour l'application de la *Loi* ne sont pas théoriques compte tenu de la relation continue qu'entretiennent les parties. Sa Majesté a concédé que la question était théorique puisqu'il n'y a plus de litige en cours, compte tenu de la nouvelle convention collective.

[42] Les parties ont proposé que la question du caractère théorique soit examinée en fonction du critère énoncé dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, [1989] A.C.S. n° 14 (QL), et que, même si la Cour en arrivait à la conclusion que l'appel est théorique, elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de l'entendre.

[43] Durant l'audience, les parties ont traité de la question du caractère théorique comme une question préliminaire. Après avoir entendu leurs observations orales, nous avons mis notre décision sur cette question en délibéré et entendu leurs observations sur le fond de l'appel. Nous avons procédé de cette façon pour être en mesure de trancher l'appel sans que les parties n'aient à revenir plaider le fond de l'appel si nous devons décider que, en dépit de la question préliminaire, l'appel devait être tranché. Dans ce contexte, il est impératif que je traite d'abord de la question du caractère théorique.

V. Analyse

A. *L'appel est-il théorique?*

[44] Dans l'ouvrage *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, 2^e éd. (Toronto : Carswell, 2012), Lorne M. Sossin, maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario, a écrit :

[TRADUCTION]

La doctrine du caractère théorique est unique parmi les doctrines de justiciabilité. Il s'agit de la seule qui traite des circonstances dans lesquelles une question justiciable peut devenir non justiciable. Autrement dit, pour qu'une question soit théorique, elle doit d'abord avoir fait l'objet d'un litige réel dont un tribunal a été dûment saisi. Le caractère théorique survient lorsque, compte tenu d'évolutions factuelles (p. ex., le décès d'une partie) ou juridiques (p. ex., l'abrogation ou la modification de la loi contestée), le litige n'a plus d'effet concret pour les parties lorsque vient le temps de sa résolution devant le tribunal. Dans de telles circonstances, les tribunaux canadiens ont jugé qu'ils disposent d'un pouvoir discrétionnaire de se prononcer ou non sur la question. [p. 107]

[45] Dans leurs observations, les parties se sont fondées sur l'arrêt *Borowski*, dans lequel le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour, a énoncé le cadre d'analyse applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire en matière de caractère théorique :

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique générale s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. J'examinerai plus loin les facteurs dont le tribunal tient compte pour décider d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire.

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot « théorique » (*moot*) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est « théorique » si elle ne répond pas au critère du « litige actuel ». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s'il estime que les circonstances le justifient. [par. 15 et 16 avec renvois à QL]

[46]

Lorne M. Sossin a résumé l'arrêt *Borowski* dans les termes suivants :

[TRADUCTION]

Le juge Sopinka a énoncé le cadre d'analyse applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire en matière de caractère théorique. Premièrement, la Cour doit décider si la cause est théorique, en ce sens qu'il n'y a plus de litige actuel entre les parties (généralement en raison d'un changement dans la situation factuelle ou juridique de l'affaire). Si la cause est jugée théorique, la Cour doit ensuite examiner si elle devrait malgré tout exercer son pouvoir discrétionnaire de l'entendre. Le juge Sopinka a discuté de trois facteurs que la Cour doit examiner pour ce second volet du critère :

- (1) si les parties conservent un intérêt contradictoire dans les questions soulevées par l'affaire;
- (2) si, dans les circonstances, les questions sont suffisamment importantes pour consacrer les ressources judiciaires nécessaires à la résolution de la cause (en ce sens que la décision aura des effets concrets sur les droits des parties);
- (3) si la Cour s'écartait de son rôle traditionnel de résolution des litiges advenant qu'elle se prononce sur la cause. [p. 115-116]

[47] Dans la décision *Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick c. Le curateur public en sa qualité d'administrateur de la succession de Véronique Szlavik*, 2019 NBCA 17, [2018] A.N.-B. n° 349 (QL), le juge Drapeau a écrit :

Cela étant dit, les appels en matière civile sont interjetés à l'encontre du dispositif prévu dans « un jugement, une ordonnance ou une décision » et non à l'encontre des motifs donnés à l'appui (voir l'art. 8 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2). La Cour a fai[t] ressortir ce point élémentaire à plusieurs occasions (voir, par exemple, *Veno c. La United, Corporation d'assurances générales*, 2008 NBCA 39, 330 R.N.-B. (2^e) 237; *Darcon Holdings Ltd. c. MacFarlane (J.A.) Engineering Co. et al.* (2016), 451 R.N.-B. (2^e) 208; *O'Neill et autre c. Edmanson*, 2017 NBCA 33, [2017] A.N.-B. n° 198 (QL); et *O'Toole c. Barreau du Nouveau-Brunswick*, 2017 NBCA 56, [2017] A.N.-B. n° 342 (QL)). Comme je l'ai mentionné, le dispositif prescrit par la juge saisie de la requête n'est contesté ni dans l'avis d'appel ni dans l'appel. Puisqu'il en est ainsi, l'avis d'appel doit être annulé et l'appel rejeté pour défaut de compétence, et c'est ce que j'ordonnerais. Tout compte fait, je n'accorderais aucuns dépens. [par. 6]

Voir également la décision *O'Toole c. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] A.N.-B. n° 58 (QL).

[48] En l'espèce, il me semble évident que les parties interjettent appel des motifs de la décision du juge siégeant en révision, et non du jugement lui-même.

[49] Les dispositions pertinentes des par. 8(2) et (3) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, sont libellées ainsi :

Court of Appeal

8(2) The Court of Appeal shall have and exercise appellate jurisdiction, with such original jurisdiction as may be necessary or incidental to the determining of an

Cour d'appel

8(2) La Cour d'appel possède et exerce une compétence en matière d'appel en plus de la compétence en première instance qui peut être nécessaire ou

appeal; and shall have all the jurisdiction and powers possessed by the Court of Appeal immediately before September 4, 1979, with appellate jurisdiction in civil and criminal causes and matters, and with jurisdiction and power to hear and determine motions and appeals respecting any judgment, order or decision of any judge of the Courts.

accessoire pour statuer sur un appel; elle possède en outre toute la compétence et tous les pouvoirs qu'avait la Cour d'appel immédiatement avant le 4 septembre 1979 avec compétence d'appel dans les causes et questions civiles et criminelles ainsi que la compétence et le pouvoir d'entendre et juger les requêtes et les appels concernant un jugement, une ordonnance ou une décision d'un juge des Cours.

8(3) Subject to subsection (3.1), an appeal to the Court of Appeal may be taken by any party from any judgment, order or decision

8(3) Sous réserve du paragraphe (3,1), une partie peut interjeter appel devant la Cour d'appel de tout jugement, de toute ordonnance ou de toute décision,

(a) made in the Court of Queen's Bench or by a judge thereof[.]

a) rendu en la Cour du Banc de la Reine ou par un de ses juges[.]

[Emphasis added.]

[Je souligne.]

[50] La Cour a traité récemment de la question du caractère théorique dans la décision *Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick c. Commissariat aux langues officielles du Nouveau-Brunswick et autre*, 2023 NBCA 7, [2023] A.N.-B. n° 14 (QL), dans laquelle la juge LeBlanc, s'exprimant au nom de la Cour, a appliqué le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Borowski* (par. 37-38) et rejeté l'appel parce qu'il était théorique.

[51] À mon avis, la présente cause est théorique puisque le différend ou le litige qui y a donné lieu n'existe plus. Les plaintes du SCFP ont découlé de la négociation collective d'une nouvelle convention parce que l'approbation visée à l'art. 62 de la *Loi* n'avait pas été accordée. Cette disposition n'a pas été expressément contestée. Il existe maintenant une convention collective qui lie les parties, approuvée par le lieutenant-gouverneur en conseil, qui a supplanté les plaintes antérieures et les a rendues théoriques. S'il en était autrement, même si les parties ont réglé leurs différends en concluant une convention collective juridiquement contraignante, les plaintes concernant des processus antérieurs ayant abouti à des conventions pourraient quand même être portées devant les

tribunaux. À mon avis, toute plainte de ce type est théorique, à moins que la convention ne réserve des droits à cet égard. Les parties font aussi valoir que, même si les questions sont théoriques, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et se prononcer sur l'appel, comme l'ont reconnu l'arrêt *Borowski* ainsi que des décisions ultérieures. Elles souhaitent que l'appel soit entendu parce qu'elles vont négocier de futures conventions collectives. En outre, comme l'appelante, Alcool NB Liquor, et les intimés n'ont pas demandé que l'affaire soit renvoyée devant la Commission, nous nous retrouvons manifestement devant un appel théorique.

B. *La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire?*

[52] Même lorsqu'une décision portée en appel est théorique, le tribunal peut entendre la cause : *Bancroft c. Nova Scotia (Lands and Forestry)*, 2022 NSCA 78, [2022] N.S.J. n° 396 (QL). Cependant, comme l'exprime la mise en garde formulée par la Cour d'appel de l'Alberta dans la décision *Wiebe c. Alberta Labour Relations Board*, 2001 ABCA 192, [2001] A.J. n° 931 (QL) :

[TRADUCTION]

Il existe des exceptions à la règle générale de ne pas trancher les appels théoriques. [...] De fait, il y a tellement de cas récents publiés au Canada qui appliquent ces exceptions que l'on pourrait avoir l'impression que l'exception est la règle et que les appels sont rarement rejetés parce qu'ils sont théoriques.

Il ne s'agit pas là du droit établi. Entendre des appels théoriques pose des risques réels, outre le gaspillage évident des ressources judiciaires.

Un risque réside dans ce qu'une procédure pourrait se dérouler plus ou moins par défaut, même par collusion, parce qu'un intimé n'aurait que peu de raison de la contester. C'est peu probable dans le cas présent. Cependant, parfois, l'intimé peut avoir un point de vue ou un intérêt quelque peu différent de beaucoup ou de la plupart des gens, de sorte qu'il pourrait ne pas être au courant de certains arguments. Une fois la question tranchée sur le fond, il se peut qu'un avocat ne reconnaisse

pas des jugements pertinents comme étant pertinents. Nous ne pouvons pas affirmer, sur le fondement du dossier dont nous disposons, qu'il n'en est pas ainsi en l'espèce.

Un autre risque découle de ce que des arguments pertinents pourraient ne pas être soulevés devant la cour d'appel. Cela pourrait survenir pour la même raison, mais aussi pour d'autres raisons, faisant en sorte que les arguments soient incomplets. D'abord, comme une poursuite théorique ne peut donner lieu à aucune mesure de redressement, les questions doivent être séparées et seules celles qui sont abstraites peuvent être tranchées. Ensuite, un avocat qui réfléchit dans l'abstrait, en l'absence d'un problème factuel spécifique, pourrait ne pas imaginer les difficultés pratiques. Cela nous préoccupe énormément en l'espèce. Une discussion abstraite quant au droit aboutira vraisemblablement à un jugement vague, difficile à appliquer en pratique avec quelque certitude que ce soit. Certains renvois présentés par des gouvernements devant des tribunaux d'appel du Canada dans le passé en sont des exemples. Quiconque pose une question vague recevra vraisemblablement une réponse vague.

Un troisième risque est qu'un tribunal pourrait être amené à énoncer une règle de droit qui se tient en théorie ou selon la logique, mais qui est carrément impraticable. Le droit existe pour les êtres humains vivants, mais les groupes d'êtres humains n'agissent pas toujours de façon logique et constante. Parfois, il faut qu'il existe un ou plusieurs véritables différends, et une certaine expérience, pour démontrer ce qui fonctionnera et ce qui ne fonctionnera pas.

Un quatrième risque est que le tribunal qui entend un appel théorique formulera une règle de droit trop large. Parfois, il est préférable d'énoncer le droit petit à petit, par essais et erreurs, en réglant les litiges spécifiques les uns après les autres. À l'occasion, il est nécessaire de procéder de cette façon parce que le sujet est autrement trop complexe, sérieux ou imprévisible.

Un cinquième risque découle de ce que la cour pourrait examiner la question sans disposer d'un dossier de preuve adéquat. Cela est particulièrement pertinent en l'espèce, où les cahiers d'appel semblent ne contenir aucun élément de preuve, sauf peut-être un court rapport préparé par un

enquêteur employé par la Commission. Si la section locale du syndicat a présenté des éléments de preuve devant la Commission, ceux-ci n'ont pas été transcrits. [...] Il arrive qu'un intimé ait un arsenal plus restreint que celui de l'appelant ou qu'il soit moins motivé à dépenser d'importantes sommes d'argent. Une telle situation peut elle aussi aboutir à un dossier déséquilibré dans une poursuite théorique.

Un sixième risque est que l'appel théorique contraigne l'intimé à agir comme une sorte de procureur général privé, ou comme l'avocat du diable. Il ou elle doit consacrer du temps et de l'argent à une question qui ne met aucun de ces intérêts en jeu au moment du procès. Voilà qui est injuste à son endroit. Il peut être utile pour l'appelant, ou même pour la société, de clarifier ou de créer de la jurisprudence, mais pourquoi l'intimé devrait-il financer une telle démarche? Il ou elle n'est ni le législateur, ni même un institut sur la réforme du droit. Cela pourrait équivaloir à forcer une partie à acheter des livres de droit et à les donner à la bibliothèque d'un palais de justice. [...] [Je souligne; par. 12-19]

[53] Dans la décision *Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick*, la juge LeBlanc a fait des observations sur l'examen prescrit par l'arrêt *Borowski* pour décider s'il est opportun ou non que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel théorique :

Je constate que, une fois la question jugée théorique, le fardeau incombe à la partie qui désire se faire entendre à ce sujet de convaincre le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire en sa faveur. Le tribunal ne procède pas à un exercice mécanique en évaluant les trois raisons d'être de la doctrine du caractère théorique pour déterminer s'il convient qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire de traiter des questions soulevées. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres facteurs, ou inversement (*Borowski*, p. 363).

À mon sens, aucun des facteurs énoncés dans l'arrêt *Borowski*, en particulier les deuxième et troisième facteurs, ne justifie l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire de traiter des questions soulevées par l'Association. Les propos de l'Association selon lesquels,

dans le contexte de la *Loi*, « un jugement déclaratoire peut toujours être utile » sont peu convaincants et ne justifient pas l'intervention de la Cour. Si la situation à l'origine de la plainte devait se reproduire, que les mêmes parties ou mêmes dispositions législatives interviennent ou non, le débat contradictoire sera alors alimenté par l'existence d'un litige concret et les ressources judiciaires limitées seront déployées dans un contexte de nécessité et de sensibilité à l'efficacité et à l'efficience de l'intervention judiciaire. [par. 42-43]

[54] Pour ce qui est de la position du SCFP selon laquelle les questions n'étaient pas théoriques étant donné la relation continue qu'entretiennent les parties, voici ce que Lorne Sossin a dit à ce sujet :

[TRADUCTION]

Bien qu'il soit nécessaire que les parties aient un intérêt contradictoire pour qu'une cause théorique soit entendue, les tribunaux n'ont pas accepté que l'existence d'une telle situation soit suffisante en soi. Si tous les groupes pouvaient s'adresser aux tribunaux pour solliciter une réparation contre un adversaire, la construction de palais de justice ne pourrait suivre le rythme pour satisfaire à la demande. Un tribunal doit fixer des limites aux types de litiges qu'il peut et doit résoudre. Cela suppose de tenir compte de questions de politique tout autant que de questions juridictionnelles. Pour chaque cause théorique qui est entendue, une cause qui n'est pas théorique peut être retardée. Pour chaque cause théorique qui n'est pas entendue, des ressources importantes déjà dépensées par la Cour et les parties seront gaspillées. [...] [p. 129-130]

[55] Après avoir examiné les critères énoncés dans l'arrêt *Borowski*, qui comprennent le contexte contradictoire, l'économie des ressources judiciaires ainsi que l'immixtion dans la sphère d'action du pouvoir législatif, je suis d'avis de refuser d'examiner le fond de l'affaire. Comme la Cour d'appel de l'Alberta l'a en outre affirmé dans la décision *Wiebe* :

[TRADUCTION]

Or, la question ici en est une de révision judiciaire. Compte tenu de l'expertise de la Commission, il ne fait aucun doute qu'il faudrait faire preuve d'une grande déférence envers ses motifs dans le cadre d'une révision judiciaire. Or, la Commission n'a pas obtenu le niveau d'aide (la preuve et les arguments) nécessaire pour formuler ces motifs, ce que fournit habituellement le système contradictoire.

Il y a donc deux motifs pour ne pas entendre cet appel. Le premier est la règle habituelle contre l'instruction des appels théoriques. Le deuxième est la rareté des éléments juridiques et factuels dont nous pourrions nous servir en tentant d'énoncer les nouvelles règles de droit espérées par les appelants et l'intervenante. Parfois, les tribunaux d'appel doivent travailler avec des dossiers très peu étoffés, mais, comme nous n'y sommes pas tenus en l'espèce, nous refusons de le faire. [par. 24-25]

[56] Étant donné la réparation sollicitée dans la révision judiciaire et celle accordée par la décision du juge siégeant en révision, aucune ordonnance n'a été prononcée quant aux plaintes, outre l'annulation des décisions de la Commission.

[57] Soit dit en passant, Alcool NB Liquor est particulièrement inquiète de la conclusion du juge siégeant en révision selon laquelle [TRADUCTION] « [l]a Loi indique clairement [qu'Alcool NB Liquor] n'est pas, à elle seule, l'employeur » (par. 20). Le juge siégeant en révision a fait référence à la décision *New Brunswick (Board of Management) c. Canadian Union of Public Employees, Local 1190 et al.* Cette cause peut être distinguée de celle dont nous sommes saisis puisqu'elle traitait d'une convention collective dont le seul « employeur » identifié n'avait pas enfreint les dispositions de l'entente relatives à la sous-traitance, la question soulevée dans le grief. La partie qui avait sous-traité le travail était un constructeur routier qui n'était pas partie à la convention collective. En conséquence, le grief intenté sous le régime de la convention collective contre l'« employeur » identifié était sans fondement. En outre, la convention collective en cause n'était pas une convention collective visée par l'art. 62 entre le constructeur routier et le syndicat.

VI. Conclusion

[58] Selon moi, l'affaire dont la Cour est saisie est théorique et je refuserais d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'examiner le fond de la cause, compte tenu de ce qui suit :

- a) il n'existe plus de contexte contradictoire entre les parties. Une nouvelle convention collective est en vigueur depuis le 2 décembre 2021. Elle s'applique pour la période courant du 1^{er} avril 2019 au 31 mars 2024. La question sous-jacente a été résolue par la nouvelle convention collective;
- b) aucune des questions soulevées en appel ne porte à conséquence ou n'a de valeur;
- c) le juge siégeant en révision a annulé les décisions de la Commission, qui n'avaient pas d'importance, et aucune réparation n'a été sollicitée. Le juge n'a pas renvoyé l'affaire devant la Commission parce qu'aucune des parties ne lui a demandé de le faire.

[59] Ayant conclu que la cause est théorique, je n'aborderai pas l'argument subsidiaire selon lequel la requête en révision judiciaire du SCFP était prescrite par application de la règle 69.

[60] J'adjugerais des dépens de 1 500 \$ à l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 963.