

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

163-12-CA

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF
THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, as
represented by Board of Management

APPELLANT

- and -

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES,
LOCAL 2745 [Administrative Support Category –
Stenographic, Typing, Clerical, Regulatory and
Office Equipment Operation Occupation Group],
Part II, First Schedule of the Act

RESPONDENT

Her Majesty the Queen in Right of the Province of
New Brunswick, as represented by Board of
Management v. Canadian Union of Public
Employees, Local 2745, 2013 NBCA 42

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
November 22, 2012

History of Case:

Decision under appeal:
2012 NBQB 381

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 23, 2013

Judgment rendered:
July 4, 2013

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
représentée par le Conseil de gestion,

APPELANTE

- et -

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION
PUBLIQUE, SECTION LOCALE 2745,
[Catégorie du soutien administratif, partie II de
l'annexe I de la Loi – groupe d'occupations des
sténographes, dactylographes, commis aux
écritures et aux règlements et mécanographes],

INTIMÉ

Sa Majesté la Reine du chef de la Province du
Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil de
gestion c. Syndicat canadien de la fonction
publique, section locale 2745, 2013 NBCA 42

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 22 novembre 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2012 NBBR 381

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 23 avril 2013

Jugement rendu :
Le 4 juillet 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Keith Mullin

Pour l'appelante :
Keith Mullin

For the respondent:
Glen S. Gallant

Pour l'intimé :
Glen S. Gallant

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed. The order of the Queen's Bench allowing the application for judicial review is set aside and replaced with an order dismissing the application. The appellant is entitled to costs of \$2,500 on the initial application and \$2,500 on the appeal.

Accueille l'appel. Elle annule l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine favorable à la requête en révision et la remplace par une ordonnance de rejet de la requête. L'appelante a droit aux dépens de la requête initiale, qui sont de 2 500 \$, ainsi qu'à des dépens de 2 500 \$ en appel.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

[1] This is an appeal from a decision of the Court of Queen’s Bench allowing an application for judicial review with respect to a decision of the Labour and Employment Board, rendered under s. 43.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. That provision authorizes the Board to designate, in advance, those employees in a bargaining unit who provide an “essential service” and are, therefore, precluded from participating in a lawful strike. An essential service is defined in terms of one that is necessary in the “interest of the health, safety or security of the public”. The Board’s decision effectively confirmed an earlier Board ruling that “Teachers’ Assistants” and “Student Attendants” provide an essential service within the meaning of the legislation.

[2] Applying the review standard of reasonableness, the application judge held the Board to have erred in accepting at face value the contents of a directive issued by the Minister of Education to the Director of Human Resources for the Department of Education. That directive declared that, if members of the bargaining unit were to withdraw their services, the Minister would not authorize the closure of schools within the Province. The Board accepted that directive as conclusive proof that schools would remain open in the event of a strike. That finding was then woven into the Board’s determination that the services offered by Teachers’ Assistants and Student Attendants were essential to the health safety and security of special needs children (“exceptional pupils”). The application judge also held that the Board’s reasoning was incompatible with the purpose of s. 43.1 of the *Act*. This led the application judge to conclude that the employees in question do not provide an essential service within the meaning of the legislation and to grant an order setting aside the Board’s decision.

[3] While I agree with the application judge’s finding of error with respect to the Board’s reliance on the Minister’s self-serving and non-binding declaration of intent,

I conclude the error does not justify intervention. The Board's reasons and existing jurisprudence are capable of supporting its ultimate ruling and of meeting the threshold review standard of reasonableness. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the order below and grant an order dismissing the application for judicial review.

[4] The essential facts are as follows. The appellant is Her Majesty in Right of New Brunswick, as represented by the Board of Management on behalf of the Department of Education and Early Childhood Development (hereinafter "the employer"). The respondent, Canadian Union of Public Employees, Local 2745 (hereinafter "the union"), is the certified bargaining agent for the bargaining unit of employees working in the various school districts set out in Part II of the First Schedule of the *Act*. That bargaining unit is comprised of approximately 3,209 employees. Of that number, approximately 2,163 are Teachers' Assistants. There are approximately 37 Student Attendants. These employees attend to the needs of "exceptional pupils" as referred to in s. 12 of the *Education Act*, S.N.B. 1997, c. E-1.12. These students have been assessed as requiring "extra assistance" because of physical, intellectual and/or behavioural needs. Indeed, it is common ground these students are indeed "exceptional" and require special education programs and services.

[5] On January 6, 2009, the union filed an application, under s. 43.1(8) of the *Act*, to amend an existing order which the Board had issued on November 8, 2002, pursuant to reasons issued on April 5, 2002. The 2002 Order had determined that the services provided by Teachers' Assistants and Student Attendants were "essential in the interest of the health, safety or security of the public" as provided for under s. 43.1(1) of the *Public Service Labour Relations Act*. Ultimately, this Court determined that the Board's decision met the then threshold standard of patent unreasonableness. In the present case, the union sought an amending order by arguing that the law on essential services had since evolved. In fact, reliance was placed on only one decision, the decision of this Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 1253 v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the (Board of Management)*, 2006 NBCA 101, 306 N.B.R. (2d) 150 ("the Custodian case"). The

employer disputed the relevancy of that decision. It also tendered into evidence a directive from the Minister of Education, stating that the Minister would not authorize the closure of any school in the event members of the bargaining unit were to strike.

[6] In its decision, the Board relied on the Minister's directive to conclude, as a matter of fact, that if members of the bargaining unit were to strike, the schools would remain open and, therefore, the withdrawal of services would compromise the health, safety or security of the exceptional students. The Board also concluded that nothing said in the Custodian case derogated from the Board's earlier jurisprudence and that of this Court, which jurisprudence had confirmed that Teachers' Assistants and Student Attendants provided an essential service within the meaning of the legislation. The union sought judicial review of the Board's decision on the common understanding that the review standard of "reasonableness" applied. The application judge concluded that the Board's decision failed to meet that standard for two principal reasons: (1) the Board relied on the employer's evidence that schools would remain open when assessing the "importance of the services" provided by the Teachers' Assistants and Student Attendants; and (2) the Board's reasoning is incompatible with the purpose of s. 43.1 of the *Public Service Labour Relations Act*.

[7] As a starting point, a brief historical overview of the relevant jurisprudence sets the background for the legal analysis to follow and the conclusion that the Board's decision meets the threshold standard of "reasonableness". The Board has long considered that the operation of schools and the provision of educational services is not an essential or necessary service (see *New Brunswick v. Council of School Board Unions*, (1980) N.B.L.L.C., Part II, 14011). As well, the Board has long held that the government is under no legal obligation to keep schools open in the event of a strike. Hence, if teachers were to strike, schools could close without compromising the safety, health or security of the public. Within this context the term "public" refers to "students". That the parents of those children might be inconvenienced by the closure of schools is of no moment.

[8] In 1993, the Board was asked to decide whether Teachers' Assistants and Student Attendants provided an essential service to students with "special needs". The Board held "no". The services provided by all of the employees within the bargaining unit were simply "incidental to the education services that are provided to the public": see *New Brunswick (Board of Management) v. Canadian Union of Public Employees, Local 2745*, [1993] N.B.P.S.L.R.D. No. 2 (QL) (the "MacLean decision"). However, in 1998, a differently constituted Board concluded that a distinction could be drawn between the services offered by Teachers' Assistants and Student Attendants: *New Brunswick (Department of Finance) (Re)*, [1998] N.B.L.E.B.D. No. 6 (QL) (the "Lordon decision"). On the basis that Student Attendants provided physical/medical assistance to special needs students, the Board declared those members of the bargaining unit as employees providing an essential service. However, as the job descriptions of Teachers' Assistants was restricted to assisting teachers in regard to classroom instruction, the Board was not prepared to include these employees within the essential service designation.

[9] In 2002, the Board was presented with evidence that both Teachers' Assistants and Student Attendants have responsibilities which involve the health, safety and security of students with special needs. On the basis of that evidence, the Board granted an order declaring both groups as providing an essential service within the meaning of the legislation: *New Brunswick (Board of Management) (RE)*, [2002] N.B.L.E.B.D. No. 13 (QL) (the "McGinley" decision). On judicial review, that part of the Board's decision designating Teachers' Assistants was challenged. While the application was allowed in the Court of Queen's Bench, this Court reinstated the *Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick v. CUPE, Local 2745*, 2004 NBCA 24, 269 N.B.R. (2d) 141.

[10] In 2005, the Board of Management, armed with the Board's jurisprudence pertaining to the essential services designation in regard to Teachers' Assistants and Student Attendants, persuaded the Board that school custodians, who are responsible for cleaning schools, also provide an essential service within the meaning of the legislation: *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2005] N.B.L.E.B.D. No. 57 (QL) (the

“Couturier” decision). In reaching that conclusion, the Board reasoned that in the event the custodians withdrew their services, schools would not close because of the importance placed on children attending public schools and of their obligation to do so. The Board then reasoned that, if schools were to remain open, the health, safety and security of students would be compromised. In reaching that conclusion the Board also relied on the reasoning advanced in both the “Lordon” and “McGinley” decisions outlined above.

[11] The application for judicial review of the “Couturier” decision came directly to this Court after the Court of Queen’s Bench refused to provide the parties with a hearing date (now labeled the “Custodian case”). The Board’s decision was found to be patently unreasonable for three reasons: (1) the Board’s ultimate conclusion was based on a false premise, namely that schools had to remain open because of a child’s right to an education; (2) the Board’s reliance on its earlier jurisprudence was not justified in that the decisions were distinguishable on substantive grounds; and (3) the Board’s broad approach to the designation issue was incompatible with the purpose underscoring s. 43.1 of the *Public Service Labour Relations Act* in that the Board effectively addressed a broad question rather than a narrow one. The broad question was framed in terms of whether custodians were required to perform duties that may impact on the health of students. The narrow question required the Board to focus on the ultimate effect which a withdrawal of services might have on the health, safety and security interests of students.

[12] I turn now to the legal issues that need to be addressed on this appeal. As stated at the outset, I agree that the Board should have given no weight to the Minister’s directive that schools would remain open in the event members of the bargaining unit were to strike. Not only is the evidence self-serving, it comes in the form of a bald declaration. The Minister simply refers to his statutory obligation to “provide free school privileges” and of his right to order the closure of schools for any reason that he considers sufficient: see s. 8 of the *Education Act* and s. 6(2) of Regulation 97-150, adopted thereunder. The Minister’s directive says nothing of the right of members of the bargaining unit to take strike action and says nothing of the needs of exceptional students and how those needs would be met if members of the bargaining unit were to withdraw

their services and the schools remained open. In short, the Minister made no attempt to explain or justify his anticipatory decision to keep schools open in the event Teachers' Assistants and Student Attendants withdrew their services. As well, it has not escaped attention that the legislative scheme makes no provision for the issuance of declaratory orders that schools will remain open in the event of a lawful strike. The legislation provides only for orders authorizing the closure of schools for cause. Finally, the significance of the Minister's directive has to be measured against the reality that Ministers, like governments, inevitably change.

[13] Like the application judge, I conclude that the Board erred in treating the Ministerial directive as conclusive proof that schools would remain open in the event of lawful strike by members of the bargaining unit. This is not to say that the question of whether schools would close, in the event the Teachers' Assistants and Student Attendants withdraw their services, is irrelevant. As explained below, the question is relevant when it comes to the Board's task of assessing whether there is a plausible or real risk that the health, safety or security of exceptional students would be compromised if these employees were to withdraw their services. Before addressing that issue, it remains to be decided whether the Board's error warrants judicial intervention. In my opinion, it does not. In effect, the Board made a finding of fact that schools would remain open in circumstances where the Board need only have drawn a reasonable inference of such a risk. The Board was alive to the risk assessment issue that had been identified in the "Custodian case" and, in fact, reproduced the relevant passages from that decision. This is why the Board's error does not fall within the "overriding" category. Hence, the pivotal issue is whether this Court's decision in the "Custodian case" somehow altered the law of essential services, thereby overriding the Board's earlier jurisprudence holding that Teachers' Assistants and Student Attendants provide an essential service. In the present case, the Board addressed that question and responded with the correct answer: "no".

[14] In the "Custodian case", the Board had declared that school custodians provide an essential service within the meaning of the legislation. This conclusion was

premised on the finding that in the event of a strike there was an expectation that schools would remain open because of the obligation of children to attend public schools. This Court found that premise flawed for two reasons. First, the Minister possesses the statutory right to close schools, with cause, regardless of the rights or obligations of students. Second, the perceived obligation that schools would remain open, because of a child's obligation to attend school, conflicted with the established right of teachers to withdraw their services in the event of a lawful strike. The Court went on to formulate the primary question in terms of the Board assessing the ultimate impact on the public (the students) if the employer were no longer able to provide the services which the custodians provided. The reasonable inference is that the Minister would have to close schools because of health and safety issues. With the closure of schools, the risk of harm to students would no longer be present and, correlatively, the services of the custodians would no longer be necessary in the "interest of the health, safety or security of the public". That is why the employer's claim that custodians provided an essential service failed.

[15] It is important to appreciate that, in the "Custodian case", the employer was citing the "Lordon" and "McGinley" decisions, dealing with Teachers' Assistants and Student Attendants, to support its argument that school custodians also provided an essential service. In response, this Court held that any analogy between school custodians and those employees providing direct services to exceptional students was misplaced. This Court held, at paragraph 20, that: "Not only do the duties of school custodians differ from those offered by [Teachers' Assistants and Student Attendants], there is also a difference when it comes to assessing the impact a strike would have on the student population (public) in each situation." Moreover, at paragraph 19, this Court explained why this was so. The Board in the present case reproduced that passage. Regrettably, the application judge overlooked it. Paragraph 19 reads:

My second reason for holding that the Board's decision fails to withstand the most deferential of review standards is tied to the Board's reliance on two of its earlier precedents dealing with the designation of teaching assistants and student attendants. Those decisions are

invoked to support the application of the assumption that schools would remain open during a strike (see the 1998 and 2002 Board decisions discussed above). In my respectful view, reliance on the two earlier precedents is misplaced. I accept the proposition that, if teacher assistants and student attendants were to strike, schools would remain open. This is certainly true with respect to student attendants who are responsible for the welfare of physically or emotionally challenged school children. If these employees were to withdraw their services, the void would have to be filled by the teaching staff. If that option were not viable then the affected students would have to remain home. But in either case there would be no need to close the school. It is understandable that the Board would be concerned with the possibility that the affected children would opt to remain in school, thereby forcing the teachers to assume the duties being performed by student attendants. If that were to occur, arguably the health or safety of this group of students would be compromised. As the Board is guided by the principle that it should err on the side of caution, it is understandable that it would declare that these employees perform an essential service within the meaning of the *Act*. I recognize that the Board has applied the same reasoning in the context of teacher assistants. It is a question of fact whether this group of school employees performs duties that overlap with those performed by student attendants. But as that determination raises a question of fact, it is unnecessary to comment further on the Board's finding.

[16] The above passage affirms that the analysis to be performed, in regard to the employer's claim that Teachers' Assistants and Student Attendants provide an essential service, differs from the one pursued in regard to school custodians. Moreover, based on the limited evidence presented to the Board, the question of whether schools would remain open or closed in the event Teachers' Assistants and Student Attendants withdrew their services is not self-evident. In the circumstances, the Board had to assess whether there is a plausible or real risk: (1) that schools might stay open notwithstanding a withdrawal of services; (2) that the parents of exceptional students might elect to have their children remain in the classroom; and (3) that, in such circumstances, classroom teachers might be unable to attend to the needs of both regular and exceptional students. For greater certainty, it is important to note that when assessing the risk of harm resulting

from a withdrawal of services, the Board need not make factual findings based on the civil standard of proof: balance of probabilities. The Board is entitled to draw reasonable inferences and make a final determination with respect to risk assessment by embracing the premise that it is entitled to “err on the side of caution”. The Board in this case was aware of that understanding. Indeed, the more recent decision of the Board in *New Brunswick Crown Prosecutors Association [Scientific and Professional Category-Crown Prosecutors Group] (Re)*, [2012] N.B.L.E.B.D. No. 16 (QL), affirms that understanding of the law:

Given that the determination of essential services involves choosing options that fall within a range of reasonableness, some labour boards have commented that they feel obligated to err on the side of caution in determining what positions will be designated. It is appreciated why labour boards make statements of this nature, given the potential for serious consequences if certain services are not available to the public. [para. 16]

[17] Assuming that the overwhelming majority of students do not fall within the “exceptional” category, it would have been reasonable for the Board to infer that there was a real risk that schools would remain open in the event of a strike. In turn, if schools were to remain open, the Board had to contend with the risk that some parents might choose to keep their exceptional children at home. But there is also the risk that some parents would elect to send their exceptional children to school. In which case, it must be asked who would look after their special needs. A reasonable inference is that classroom teachers may be forced to assume the duties being performed by Teachers’ Assistants and Student Attendants. If so, it is proper to ask whether teachers would be able to meet the needs of both the exceptional and non-exceptional student. Having regard to the guiding premise that the Board should err on the side of caution, it was reasonable for the Board to affirm its earlier decisions that a withdrawal of services might reasonably compromise the health, safety or security of the exceptional student. In brief,

the withdrawal of services poses a real risk of harm. This is what s. 43.1 of the *Public Service Labour Relations Act* is all about.

[18] In summary, while the provision of educational services to children does not qualify as an essential service within the meaning of the *Public Service Labour Relations Act*, the provision of services to exceptional children within the educational system does. This is because the services provided by members of the bargaining unit, Teachers' Assistants and Student Attendants, are necessary in the interest of the health, safety or security of the exceptional student. This is a finding of the Board and there is nothing in the Board's jurisprudence which warrants intervention on the part of any reviewing court.

[19] I would allow the appeal, set aside the order below and grant an order dismissing the application for judicial review. The appellant is entitled to costs of \$2,500 on the application for judicial review and \$2,500 on the appeal.

LE JUGE ROBERTSON

[1] Le présent appel porte sur une décision de la Cour du Banc de la Reine, qui a accueilli une requête en révision la priant d'annuler une décision de la Commission du travail et de l'emploi rendue en vertu de l'art. 43.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25. Cette disposition autorise la Commission à désigner d'avance les employés d'une unité de négociation qui fournissent un « service essentiel » et qui, en conséquence, ne peuvent participer à une grève légale. Le service essentiel est défini comme un service nécessaire « à l'intérêt de la santé, de la sûreté et de la sécurité du public ». La décision de la Commission confirmait, en fait, une décision antérieure par laquelle elle avait conclu que les « aides-enseignants » et les « préposés aux élèves » fournissent un service essentiel au sens de la loi.

[2] La juge saisie de la requête a conclu que la Commission avait fait erreur, par application de la norme de la raisonnable, en prenant au pied de la lettre le contenu d'une directive du ministre de l'Éducation adressée au directeur des Ressources humaines du ministère. Le Ministre y déclarait que, en cas d'interruption des services des membres de l'unité de négociation, il n'autoriserait pas la fermeture d'écoles dans la province. La Commission avait tenu cette directive pour une preuve concluante que les écoles demeureraient ouvertes dans l'éventualité d'une grève. Cette considération s'est ensuite inscrite dans les prémisses de la décision de la Commission, qui a conclu que les services des aides-enseignants et des préposés aux élèves étaient essentiels à la santé, à la sûreté et à la sécurité des enfants ayant des besoins spéciaux (« élèves exceptionnels »). En outre, il est apparu à la juge saisie de la requête que le raisonnement de la Commission était incompatible avec l'objet de l'art. 43.1 de la *Loi*. Elle a conclu que les employés en question ne fournissent pas un service essentiel au sens de la loi et elle a accordé une ordonnance d'annulation de la décision de la Commission.

[3] Quoique j'estime, comme la juge saisie de la requête, que la Commission a fait erreur en se fondant sur la déclaration d'intention du Ministre, déclaration qui était intéressée et qui n'engageait à rien, je conclus que l'erreur ne justifie pas d'intervenir. La jurisprudence existante et les motifs de la Commission portent de quoi étayer la décision qu'elle a rendue en définitive et satisfaire à la norme préliminaire de la raisonnable. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance du tribunal d'instance inférieure et d'accorder une ordonnance prescrivant le rejet de la requête en révision.

[4] Les faits essentiels sont ceux-ci. L'appelante, Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick, est représentée par le Conseil de gestion, qui agit au nom du ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance (l'appelante est appelée ci-après « l'employeur »). L'intimé, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2745 (appelé ci-après « le syndicat »), est l'agent négociateur accrédité de l'unité de négociation d'employés travaillant dans les divers districts scolaires que liste la partie II de l'annexe I de la *Loi*. Cette unité compte quelque 3 209 employés. Environ 2 163 d'entre eux sont aides-enseignants et environ 37 sont préposés aux élèves. Ces employés voient aux besoins d'« élèves exceptionnels », aux termes de l'art. 12 de la *Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 1997, ch. E-1.12. Il s'agit d'élèves qui ont subi une évaluation dont il est ressorti qu'une « aide supplémentaire » leur était nécessaire du fait de besoins comportementaux, intellectuels et/ou physiques. Il est d'ailleurs convenu que ces élèves sont « exceptionnels » et que des services et des programmes d'adaptation scolaire leur sont nécessaires.

[5] Le 6 janvier 2009, le syndicat a déposé, suivant le par. 43.1(8) de la *Loi*, une demande de modification d'une ordonnance existante, prononcée par la Commission le 8 novembre 2002 en conséquence de motifs datés du 5 avril 2002. L'ordonnance de 2002 portait que les services dispensés par les aides-enseignants et par les préposés aux élèves étaient « essentiels à l'intérêt de la santé, de la sûreté et de la sécurité du public », aux termes du par. 43.1(1) de la *Loi*. Notre Cour a jugé, en définitive, que la décision de la Commission satisfaisait à la norme préliminaire d'alors, qui exigeait qu'elle ne fût pas

manifestement déraisonnable. Par la demande qu'il a déposée en 2009, le syndicat a tenté d'obtenir une ordonnance modificative en avançant que le droit, en matière de services essentiels, avait évolué. Il n'invoquait d'ailleurs qu'une seule décision : l'arrêt prononcé par notre Cour dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1253 c. Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil de gestion*, 2006 NBCA 101, 306 R.N.-B. (2^e) 150 (« l'affaire concernant les concierges »). L'employeur a contesté la pertinence de cet arrêt. Il a aussi introduit en preuve une directive dans laquelle le ministre de l'Éducation indiquait qu'il n'autoriserait la fermeture d'aucune école si les membres de l'unité de négociation débrayaient.

[6] Dans sa décision, la Commission s'est fondée sur la directive du Ministre pour arriver à la conclusion de fait que les écoles demeureraient ouvertes si les membres de l'unité de négociation se mettaient en grève, et elle a jugé que l'interruption de leurs services compromettrait la santé, la sûreté et la sécurité des élèves exceptionnels. Elle a conclu, en outre, que rien de ce qui avait été indiqué dans l'arrêt rendu dans l'affaire concernant les concierges n'allait contre sa jurisprudence ou contre celle de notre Cour, laquelle jurisprudence avait confirmé qu'aides-enseignants et préposés aux élèves fournissent un service essentiel au sens de la loi. Le syndicat a demandé la révision de la décision de la Commission; il était supposé que la norme de contrôle était celle de la « raisonabilité ». Il est apparu à la juge saisie de la requête que la décision de la Commission ne répondait pas à cette norme pour deux raisons principales : (1) la Commission s'était appuyée sur la preuve de l'employeur suivant laquelle les écoles demeureraient ouvertes pour apprécier [TRADUCTION] « l'importance des services fournis » par les aides-enseignants et les préposés aux élèves; (2) le raisonnement de la Commission était incompatible avec l'objet de l'art. 43.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*.

[7] Pour entrée en matière, je présente un bref historique de la jurisprudence pertinente, qui servira de toile de fond à l'analyse juridique qui suivra et à la conclusion que la décision de la Commission répond à la norme préliminaire de la « raisonabilité ». La Commission estime depuis longtemps que le fonctionnement des écoles et la

prestation de services éducatifs ne sont pas un service essentiel ou nécessaire (*New Brunswick c. Council of School Board Unions* (1980), N.B.L.L.C., Part II, 14011). La Commission juge en outre depuis longtemps que le gouvernement n'a pas l'obligation juridique de maintenir les écoles ouvertes en cas de grève. Si les enseignants faisaient la grève, donc, les écoles pourraient fermer sans que la sûreté, la santé et la sécurité du public soient compromises. Dans ce contexte, « public » s'entend des « élèves ». Que la fermeture des écoles puisse occasionner des inconvénients aux parents de ces enfants n'est pas une considération déterminante.

[8] En 1993, la Commission a dû déterminer si les aides-enseignants et les préposés aux élèves fournissaient un service essentiel aux élèves présentant des « besoins spéciaux ». Elle a conclu que non. Les services dispensés par tous les employés de l'unité de négociation n'étaient qu'[TRADUCTION] « accessoires aux services d'éducation qui sont dispensés au public » (*New Brunswick (Board of Management) c. Canadian Union of Public Employees, Local 2745*, [1993] N.B.P.S.L.R.D. No. 2 (QL) (« décision MacLean »)). En 1998, cependant, une Commission différemment formée a conclu qu'une distinction pouvait être établie entre les services offerts par les aides-enseignants et par les préposés aux élèves *New Brunswick (Department of Finance) (Re)*, [1998] N.B.L.E.B.D. No. 6 (QL) (« décision Lordon »)). Du fait que les préposés aux élèves apportaient une aide physique ou médicale aux élèves ayant des besoins spéciaux, la Commission a déclaré que ces membres de l'unité de négociation étaient des employés qui fournissaient un service essentiel. En revanche, comme la description de poste des aides-enseignants ne prévoyait que leur aide à l'enseignement en classe, la Commission n'a pas voulu étendre au travail de ces employés la désignation de service essentiel.

[9] En 2002, la Commission s'est trouvée saisie d'une preuve indiquant que les aides-enseignants et les préposés aux élèves avaient, les uns comme les autres, des attributions ressortissant à la santé, à la sûreté et à la sécurité des élèves ayant des besoins spéciaux. Sur le fondement de cette preuve, elle a rendu une ordonnance où elle déclarait que les deux groupes fournissaient un service essentiel au sens de la loi (*New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2002] N.B.L.E.B.D. No. 13 (QL) (« décision

McGinley »)). La partie de la décision de la Commission qui faisait du poste d'aide-enseignant un poste désigné a été contestée en révision. Quoique la Cour du Banc de la Reine ait accueilli la requête, notre Cour a rétabli ensuite la décision de la Commission par application de la norme de contrôle du caractère manifestement déraisonnable, qui appelle à la déférence (*Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick c. SCFP, section locale 2745*, 2004 NBCA 24, 269 R.N.-B. (2^e) 141).

[10] En 2005, le Conseil de gestion, armé des décisions de la Commission où les services des aides-enseignants et des préposés aux élèves étaient déclarés essentiels, a persuadé la Commission que les concierges d'écoles, qui sont chargés de leur nettoyage, fournissaient eux aussi un service essentiel au sens de la loi (*New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2005] N.B.L.E.B.D. No. 57 (QL) (« décision Couturier »)). Pour arriver à cette décision, la Commission avait posé que, dans l'éventualité d'une interruption des services des concierges, les écoles ne fermentaient pas en raison de l'importance accordée à la fréquentation de l'école publique par les enfants et de leur obligation de la fréquenter. Elle a conclu que, si les écoles demeuraient ouvertes, la santé, la sûreté et la sécurité des élèves seraient compromises. La Commission s'est aussi appuyée sur les raisonnements des décisions Lordon et McGinley, résumées ci-dessus.

[11] La requête en révision de la décision Couturier (qui est devenue l'« affaire concernant les concierges ») s'est retrouvée directement devant notre Cour, après le refus de la Cour du Banc de la Reine d'octroyer aux parties une date d'audience. Il a été jugé que la décision de la Commission était manifestement déraisonnable pour trois raisons : (1) la conclusion à laquelle la Commission était arrivée en définitive reposait sur une prémisse fautive, soit que les écoles étaient tenues de demeurer ouvertes en raison du droit des enfants à l'éducation; (2) la Commission s'était fondée sur sa jurisprudence sans justification, du fait que ses décisions antérieures se distinguaient sur le fond de l'affaire dont elle était saisie; (3) la démarche de large portée par laquelle la Commission avait abordé la question de la désignation était incompatible avec l'objet de l'art. 43.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, en ce sens que la Commission s'était posé une question de portée générale plutôt qu'une question de portée étroite. La question de portée générale appelait à examiner si les concierges exerçaient des fonctions

qui pouvaient avoir des répercussions sur la santé des élèves. La question de portée étroite devait amener la Commission à concentrer son attention sur les répercussions qu'une interruption de services pourrait avoir en définitive sur les intérêts des élèves en matière de santé, de sûreté et de sécurité.

[12] Je passe aux questions de droit que soulève le présent appel. Ainsi que je l'ai indiqué au départ, j'estime, comme la juge saisie de la requête, que la Commission aurait dû n'accorder aucun poids à la directive du Ministre indiquant que les écoles resteraient ouvertes si les membres de l'unité de négociation débrayaient. Outre que cette preuve est intéressée, la directive se résume à une simple déclaration. Le Ministre se contente d'y faire valoir l'obligation législative qu'il a d'offrir « des privilèges scolaires gratuits » et son droit d'ordonner la fermeture d'écoles pour tout motif qu'il estime suffisant (voir l'art. 8 de la *Loi sur l'éducation* et le par. 6(2) de son règlement 97-150). La directive du Ministre passe sous silence le droit des membres de l'unité de négociation de recourir à la grève et demeure muette sur les besoins des élèves exceptionnels et sur les moyens d'y répondre dans l'éventualité où les services des membres de l'unité seraient interrompus et où les écoles resteraient ouvertes. Bref, le Ministre ne tente pas d'expliquer ou de justifier sa décision, prise par anticipation, de maintenir les écoles ouvertes en cas d'interruption des services des aides-enseignants et des préposés aux élèves. Force est de constater aussi que le régime législatif ne prévoit pas d'ordonnances déclaratoires qui prescriraient que les écoles demeureront ouvertes en cas de grève légale. Les dispositions législatives ne prévoient que des ordonnances autorisant la fermeture d'écoles pour un motif valable. Enfin, il y a lieu de mesurer la portée de la directive du Ministre en tenant compte de cette inévitabilité que les ministres, comme les gouvernements, changent.

[13] À l'instar de la juge saisie de la requête, je conclus que la Commission a fait erreur lorsqu'elle a considéré la directive ministérielle comme une preuve concluante que les écoles resteraient ouvertes en cas de grève légale des membres de l'unité de négociation. Il ne s'ensuit toutefois pas que la question de savoir si les écoles fermeraient, dans l'éventualité d'une interruption des services des aides-enseignants et des préposés aux élèves, n'est pas pertinente. Ainsi que je l'explique ci-après, la question est pertinente

pour ce qui est de la tâche, qui échoit à la Commission, de déterminer s'il existe un risque plausible ou réel que la santé, la sûreté et la sécurité des élèves exceptionnels soient compromises par suite de l'interruption des services de ces employés. Avant d'aborder la question, toutefois, il reste à décider si l'erreur de la Commission justifie une intervention judiciaire. Je suis d'avis que non. En réalité, la Commission est arrivée à la conclusion de fait que les écoles demeureraient ouvertes, alors qu'il lui aurait suffi de tirer l'inférence raisonnable du risque qu'elles le demeurent. Elle savait que la question de l'évaluation du risque abordée dans « l'affaire concernant les concierges » se posait, et elle a d'ailleurs reproduit les passages pertinents de l'arrêt. C'est pourquoi l'erreur de la Commission n'entre pas dans la catégorie des erreurs « dominantes ». La question décisive est donc celle de savoir si l'arrêt rendu par notre Cour dans « l'affaire concernant les concierges » est venu modifier d'une façon ou d'une autre le droit en matière de services essentiels, et s'il a écarté ainsi la jurisprudence de la Commission établissant que les aides-enseignants et les préposés aux élèves fournissent un service essentiel. La Commission s'est penchée sur la question et est arrivée à la bonne réponse : non.

[14] Dans « l'affaire concernant les concierges », la Commission avait déclaré que les concierges d'écoles fournissaient un service essentiel au sens de la loi, conclusion qui reposait sur la prémisse suivante : il y avait lieu de s'attendre à ce que les écoles, en cas de grève, demeurent ouvertes en raison de l'obligation qu'avaient les enfants de fréquenter l'école publique. Notre Cour a conclu que cette prémisse était boiteuse pour deux raisons. D'abord, la loi confère au Ministre le droit de fermer les écoles, pour un motif valable, indépendamment des droits ou des obligations des élèves. Ensuite, l'obligation supposée aux écoles de demeurer ouvertes du fait de l'obligation des enfants de fréquenter l'école entraine en conflit avec le droit acquis des enseignants à l'interruption de leurs services en cas de grève légale. Notre Cour a ensuite formulé la question essentielle en ces termes : la Commission devait déterminer les répercussions qu'aurait en définitive sur le public (les élèves) l'incapacité de l'employeur de dispenser les services qu'offraient les concierges. Il était raisonnable d'inférer que des considérations de santé et de sécurité amèneraient le Ministre à fermer les écoles. Les écoles fermées, le risque de préjudice envers les élèves disparaîtrait et, en conséquence, les services des concierges ne

seraient plus nécessaires « à l'intérêt de la santé, de la sûreté et de la sécurité du public ». C'est la raison pour laquelle la prétention de l'employeur, qui soutenait que les concierges fournissaient un service essentiel, a été écartée.

[15] Il importe de comprendre que, dans « l'affaire concernant les concierges », l'employeur invoquait, à l'appui de l'argument selon lequel les concierges d'écoles eux aussi fournissaient un service essentiel, les décisions Lordon et McGinley, qui portent sur les aides-enseignants et sur les préposés aux élèves. Pour réponse à cet argument, notre Cour a conclu que toute analogie dessinée entre les concierges d'écoles et les employés offrant des services directs aux élèves exceptionnels l'était à tort. Notre Cour a écrit ce qui suit, au par. 20 : « Non seulement les fonctions des concierges d'écoles diffèrent-elles des fonctions qu'exercent [les aides-enseignants et les préposés aux élèves], mais les répercussions qu'une grève aurait sur les élèves (le public) dans chacun des cas, s'il s'agit de les évaluer, diffèrent également. » De plus, au par. 19, notre Cour a expliqué pourquoi il en était ainsi. La Commission a reproduit ce passage en l'espèce. Il a malheureusement échappé à la juge saisie de la requête. Le paragraphe 19 se lit comme suit :

La deuxième raison pour laquelle j'arrive à la conclusion que la décision de la Commission ne satisfait pas à la norme qui, parmi les diverses normes de contrôle, commande la plus grande retenue, est liée à ce que la Commission s'est fondée sur deux de ses précédents qui portent sur la désignation des aides-enseignants et des préposés aux élèves. Elle a invoqué ces décisions à l'appui de son adoption de la supposition que les écoles demeureraient ouvertes pendant une grève (voir les décisions de 1998 et de 2002 précitées). À mon respectueux avis, elle s'est fondée à tort sur les deux précédents. Je conviens que les écoles demeureraient ouvertes si les aides-enseignants et les préposés aux élèves faisaient la grève. Ce serait certainement vrai dans l'éventualité d'une grève des préposés aux élèves, qui voient au bien-être d'enfants d'âge scolaire aux prises avec des difficultés physiques ou émotives. Si les services de ces employés s'interrompaient, le personnel enseignant aurait à prendre le relais. Si cette solution était impraticable, les élèves touchés devraient rester à la maison. Dans un cas comme dans l'autre, cependant, il n'y aurait pas lieu de fermer l'école. Il

est compréhensible que la Commission se soit préoccupée de la possibilité que ces enfants choisissent de se présenter à l'école et qu'ils contraignent, de ce fait, les enseignants à assumer les fonctions exercées par les préposés aux élèves. Il est permis de penser que, le cas échéant, la santé ou la sûreté de ce groupe d'élèves serait compromise. La Commission ayant pour principe qu'il vaut mieux pécher par excès de prudence, il est compréhensible également qu'elle ait préféré déclarer que ces employés dispensaient un service essentiel au sens de la *Loi*. Il m'apparaît qu'elle a appliqué le même raisonnement dans le cas des aides-enseignants. La question de savoir s'il y a chevauchement des fonctions de ce groupe d'employés et de celles qu'exercent les préposés aux élèves est une question de fait. Ainsi, il est inutile de commenter davantage la conclusion de la Commission.

- [16] Il se dégage du passage précité que l'analyse qu'exige de mettre en œuvre l'argument de l'employeur voulant que les aides-enseignants et les préposés aux élèves fournissent un service essentiel diffère de l'analyse à mettre en œuvre dans le cas des concierges d'écoles. En outre, vu la preuve restreinte dont disposait la Commission, la réponse à la question de savoir si les écoles resteraient ouvertes ou fermeraient, dans l'éventualité d'une interruption des services des aides-enseignants et des préposés aux élèves, n'apparaît pas évidente. Dans les circonstances, la Commission devait déterminer s'il existe un risque plausible ou réel : (1) que les écoles demeurent ouvertes en dépit d'une interruption de services; (2) que les parents d'élèves exceptionnels choisissent de continuer de les envoyer à l'école; (3) que les titulaires de classe, le cas échéant, ne soient pas en mesure de voir aux besoins tant des élèves réguliers que des élèves exceptionnels. Il importe de préciser que, lorsqu'elle évalue le risque de préjudice qu'amènerait une interruption de services, la Commission n'a pas à appliquer la norme de preuve civile – la prépondérance des probabilités – pour tirer des conclusions de fait. Elle est admise à tirer des inférences raisonnables et à rendre une décision définitive, sur l'évaluation du risque, suivant la proposition qu'elle est en droit de « pécher par excès de prudence ». Elle s'y savait d'ailleurs admise en l'espèce. De fait, une décision ultérieure de la Commission, *New Brunswick Crown Prosecutors Association [Scientific and Professional Category -*

Crown Prosecutors Group] (Re), [2012] N.B.L.E.B.D. No. 16 (QL), confirme cette conception du droit :

[TRADUCTION]

Comme la délimitation des services essentiels suppose des choix qui s'inscrivent dans une sphère de raisonabilité, certaines commissions du travail ont fait observer qu'elles s'estiment tenues de pécher par excès de prudence lorsqu'elles déterminent quels postes seront désignés. On comprend ces observations de la part de commissions du travail, vu les graves conséquences que peut avoir l'inaccessibilité au public de certains services. [Par. 16]

[17] Si l'on pose que l'immense majorité des élèves n'appartient pas à la catégorie des élèves « exceptionnels », en inférer un risque réel que les écoles demeurent ouvertes en cas de grève était sans doute raisonnable de la part de la Commission. Si les écoles devaient demeurer ouvertes, la Commission avait à envisager que certains parents pourraient choisir de garder leurs enfants exceptionnels à la maison. Le risque existe en revanche que des parents fassent le choix d'envoyer leurs enfants exceptionnels à l'école. Le cas échéant, la question se pose de savoir qui verrait à leurs besoins spéciaux. Il est raisonnable d'inférer que les titulaires de classe pourraient être forcés d'assumer les fonctions des aides-enseignants et des préposés aux élèves, et il est légitime de se demander si les enseignants, dans cette éventualité, seraient en mesure de satisfaire aux besoins des élèves à la fois exceptionnels et non exceptionnels. Vu la proposition fondamentale qu'il convient que la Commission prêche par excès de prudence, il était raisonnable de sa part de confirmer les décisions antérieures où elle avait conclu qu'une interruption de services pourrait, d'un point de vue raisonnable, compromettre la santé, la sûreté et la sécurité des élèves exceptionnels. Bref, l'interruption de services pose un risque réel de préjudice. Tel est le sens de l'art. 43.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*.

[18] En résumé, encore que la prestation de services éducatifs aux enfants ne soit pas essentielle, au sens de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, les services fournis aux enfants exceptionnels au sein du système d'éducation

sont essentiels. Ils le sont, parce que les services fournis par les aides-enseignants et par les préposés aux élèves, membres de l'unité de négociation, sont nécessaires à l'intérêt de la santé, de la sûreté et de la sécurité de l'élève exceptionnel. Il s'agit d'une conclusion de la Commission, et rien dans sa jurisprudence ne justifie l'intervention d'un tribunal de révision, quel qu'il soit.

[19] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance du tribunal d'instance inférieure et d'accorder une ordonnance prescrivant le rejet de la requête en révision. L'appelante a droit aux dépens de la requête en révision, qui sont de 2 500 \$, ainsi qu'à des dépens de 2 500 \$ en appel.