

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

80-19-CA

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

APPELLANT

- and -

NEW BRUNSWICK COUNCIL OF NURSING  
HOME UNIONS (CUPE)

RESPONDENT

- and -

NEW BRUNSWICK ASSOCIATION OF  
NURSING HOMES, INC.

RESPONDENT

Province of New Brunswick v. New Brunswick  
Council of Nursing Home Unions (CUPE) et al.,  
2019 NBCA 85

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
July 2, 2019

History of Case:

Decision under appeal:  
2019 NBQB 135

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:  
2019 NBCA 33  
[2019] N.B.J. No. 63

Court of Queen's Bench:  
2019 NBQB 64

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA  
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,  
représentée par la procureure générale pour la  
province du Nouveau-Brunswick

APPELANTE

- et -

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

INTIMÉ

- et -

ASSOCIATION DES FOYERS DE SOINS DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK INC.

INTIMÉE

Province du Nouveau-Brunswick c. Conseil des  
syndicats des foyers de soins du Nouveau-  
Brunswick (SCFP) et autre, 2019 NBCA 85

CORAM :

l'honorable juge Drapeau  
l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 2 juillet 2019

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2019 NBBR 135

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :  
2019 NBCA 33  
[2019] A.N.-B. n° 63

Cour du Banc de la Reine :  
2019 NBBR 64

Appeal heard:  
October 29, 2019

Appel entendu :  
le 29 octobre 2019

Judgment rendered:  
October 29, 2019

Jugement rendu :  
le 29 octobre 2019

Reasons for decision:  
January 30, 2020

Motifs de décision :  
le 30 janvier 2020

Reasons for judgment:  
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Appellant:  
Christian E. Michaud, Q.C.

Pour l'appelante :  
Christian E. Michaud, c.r.

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

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

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

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

## THE COURT

The Province's appeal was dismissed on October 29, 2019, with reasons to follow. In sum, the Court rejects the Province's submission that the Labour and Employment Board committed reversible error in making its determination of unconstitutionality. However, the reviewing judge committed reversible error in failing to award costs to CUPE. As CUPE was largely successful, it is awarded costs throughout in the amount of \$3,750. There is no order of costs against the Association.

## LA COUR

La Cour a débouté la Province le 29 octobre 2019 et indiqué que des motifs suivraient. En somme, elle rejette l'argument de la Province voulant que la Commission du travail et de l'emploi ait commis, pour conclure à l'inconstitutionnalité, une erreur qui justifierait d'infirmier sa décision. La juge siégeant en révision a toutefois commis une erreur justifiant l'infirmer de sa décision en n'adjudgeant pas de dépens au SCFP. Le SCFP ayant eu gain de cause dans une large mesure, la Cour lui adjuge les dépens devant toutes les cours, dont elle fixe le montant à 3 750 \$. L'Association n'est pas condamnée aux dépens.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] All agree residents of nursing homes are vulnerable and in need of protection and care. There is also agreement with the view that nursing home workers have a constitutional right to meaningful collective bargaining by virtue of s. 2(d) of the *Charter* and its guarantee of freedom of association. Legislation that substantially interferes with meaningful collective bargaining can only be saved under s. 1 of the *Charter*, which reads as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[2] The issue in this case is whether the Labour and Employment Board (“Board”) committed reversible error in determining: 1) the *Essential Services in Nursing Homes Act*, S.N.B. 2009, c. E-10.5 (“*Act*”), permits the suppression of the right of employees to participate in a legal strike activity while employed in designated positions to maintain essential service levels, thereby amounting to a violation of s. 2(d) of the *Charter*; and 2) this violation of s. 2(d) is not justified under s. 1 of the *Charter*.

II. Context

A. *The legislation*

[3] Passed into law on May 1, 2009, the *Act* created a mechanism whereby the Board, unions, and employers negotiate essential designation levels for certain positions

in nursing homes throughout the province. Unlike essential service legislation in other jurisdictions, the *Act* does not mandate essential service designations in nursing homes. In New Brunswick, s. 5 of the *Act* provides an option for the operator of a nursing home to request a designation of essential services within its workplace by notifying the Board. Once a service is identified as essential in the interest of the health, safety or security of the residents of the nursing home, the employer and the union must attempt to agree on the designated services and designation levels for the service in question. Therefore, the Province argues that it has neither the unilateral authority to designate services nor to designate service levels. If an agreement cannot be reached, the Board determines the essential services and the relevant designation level.

[4]                   Once an employer notifies the Board that it considers certain services to be essential, no employee who performs that service may participate in a lawful strike until the parties reach an agreement or until the Board has determined the services and designation level. The consequences of violating the *Act* include fines to both individual employees and unions, as well as the loss of certification and bargaining rights for the unions.

B.       *Present case*

[5]                   The New Brunswick Association of Nursing Homes, Inc. (“Association”) is the authorized representative of 46 nursing home employers within the province and is the employer’s signatory to collective agreements negotiated between itself and the union. The New Brunswick Council of Nursing Home Unions (“CUPE”) is a council of trade unions whose members hold bargaining rights in the 46 nursing homes.

[6]                   On November 9, 2011, the Association gave notice to the Board that it considered, in whole or in part, the services provided by the members of CUPE to be essential in the interest of the health, safety or security of the residents of the 46 nursing homes. The Association and CUPE agreed that York Manor Inc., one of the 46 nursing homes within the Association, would be used as a representative employer for the

purpose of establishing the essential service designations for the various positions, which would then be used as a template for the other nursing homes. The Association and CUPE were able to reach agreement with respect to the essential service designations for all of the bargaining unit classifications with the exception of the licensed practical nurses and the resident attendants.

[7] On July 26, 2013, CUPE filed a Notice of Constitutional Question challenging the validity of the *Act* as a whole. As a result of this, the Province intervened. At that time, CUPE defined the scope of the constitutional challenge to the *Act* as follows:

1. The *Act* violates section 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it denies certain employees the right to strike.
2. The section 2(d) violation does not meet the justification standard under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as the infringement is not proportional to the objective of the *Act*.
3. The *Act* violates section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it denies certain workers the right to strike, and, in doing so, reinforces existing prejudice and disadvantage.
4. The section 15 violation does not meet the justification standard under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as the infringement is not proportional to the objectives of the *Act*.

[8] The Association and CUPE agreed to stay the constitutional question remitted to the Board in 2013, pending the Board's decision in regard to the designation levels of the resident attendants and licensed practical nurses. Further, the parties were all cognizant of the fact that an appeal, which ultimately led to *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245 ("*SFL*"), was pending at the Supreme Court of Canada, and the outcome would be central to the issues raised by CUPE in its constitutional question.

[9] On August 28, 2013, the Association and CUPE, on a without prejudice and non-precedent basis, entered into an agreement respecting the level of services to be maintained for all classifications at York Manor Inc. except for resident attendants and licensed practical nurses. Therefore, the only issues for the Board to determine were the constitutional question and the appropriate designation levels for resident attendants and licensed practical nurses. The designation of the essential service levels for resident attendants and licensed practical nurses was sent to the Board for determination.

[10] On September 4, 2013, the Board commenced the hearing to determine the level of service required for resident attendants and licensed practical nurses under s. 8(1) of the *Act*. Section 8 of the *Act* provides as follows:

**Agreement not reached**

8(1) If the employer and the bargaining agent are unable to reach agreement in relation to the matters referred to in section 6 within the time limits established, the Board, after giving each of the parties an opportunity to present evidence and to make representations, shall determine the matters.

8(2) The Board shall communicate its determination in writing to the employer and the bargaining agent as soon as possible after making the determination.

**Accord non conclu**

8(1) Si l'employeur et l'agent négociateur sont incapables d'aboutir à un accord relativement aux questions visées à l'article 6 dans les délais impartis, la Commission, après avoir donné à chacune des parties l'occasion de présenter des éléments de preuve et de se faire entendre, tranche les questions.

8(2) La Commission communique par écrit sa décision à l'employeur et à l'agent négociateur dès que possible après que sa décision a été rendue.

[11] The Association and CUPE agreed that the services provided by both the licensed practical nurses and the resident attendants were necessary in the interest of the health, safety or security of residents of nursing homes pursuant to s. 6(a) of the *Act*. The dispute remained regarding the level of service to be maintained by resident attendants and licensed practical nurses pursuant to s. 6(b) of the *Act*. Section 6 of the *Act* provides:

**Time limits for agreement**

**Délai pour la conclusion d'un accord**

6 Within 7 days after the receipt by the Board of the notice referred to in section 5 the Board shall, in consultation with the employer and the bargaining agent, establish time limits within which the employer and the bargaining agent shall endeavor to reach agreement identifying

(a) the services provided by the bargaining unit that at any particular time are or will be necessary in the interest of the health, safety or security of the residents of the nursing home,

(b) the level of service to be maintained by the bargaining unit for the purpose of ensuring delivery of the services referred to in paragraph (a), and

(c) the positions in the bargaining unit to be designated positions for the purpose of ensuring the delivery of the services referred to in paragraph (a).

6 Dans les sept jours qui suivent la réception par la Commission de l'avis prévu à l'article 5, la Commission fixe, avec l'avis de l'employeur et de l'agent négociateur, les délais dans lesquels l'employeur et l'agent négociateur doivent s'efforcer de parvenir à un accord précisant :

a) les services fournis par l'unité de négociation qui à quelque moment que ce soit sont essentiels ou qui le seront dans l'intérêt de la santé, de la sûreté ou de la sécurité des pensionnaires du foyer de soins;

b) le niveau de service à maintenir par l'unité de négociation aux fins d'assurer la délivrance des services visés à l'alinéa a);

c) les postes de l'unité de négociation devant être des postes désignés aux fins d'assurer la délivrance des services visés à l'alinéa a).

[12] On October 31, 2014, the Board considered the narrow question of the level of essential services designation for resident attendants and licensed practical nurses in its first decision. The Board determined the level of services to be maintained by both resident attendants and licensed practical nurses was 90%.

[13] Once the Board ruled on the designation levels under the *Act*, and after the *SFL* decision was issued by the Supreme Court in January 2015, the parties proceeded to the hearing in respect of the constitutional question. CUPE abandoned its arguments pursuant to s. 15 of the *Charter*, and the hearing on the constitutional question considered only the alleged violations of s. 2(d) of the *Charter*.

[14] On December 7, 2018, the Board released its 135-page decision. Briefly, it determined the *Act*'s suppression of the right of designated employees to strike violates s. 2(d) of the *Charter*, and that such violation is not justified under s. 1. It also concluded s. 8 of the *Act* was of no force and effect regarding the particular case before the Board.

[15] On March 1, 2019, the Province filed an Application for Judicial Review of the Board's decision. On March 6, 2019, the Board issued an Order which confirmed the *Act* violates s. 2(d) of the *Charter* and dismissed the application originally filed on November 9, 2011. The order did not grant a stay of the declaration of unconstitutionality of the *Act* for 12 months as requested by the Province. On March 6, 2019, the Association filed an Application for Judicial Review with the Court of Queen's Bench.

[16] On July 2, 2019, after reviewing the Board's decision on a standard of correctness, the application judge found no error warranting judicial intervention. However, she suspended the Board's decision until January 2, 2020, in order to allow the Province time to bring the *Act* into compliance with the *Charter*. The application judge did not address the issue of costs.

[17] The application judge's decision was appealed. At the end of the hearing of the appeal, the panel rendered the following disposition:

- 1) The Province's appeal is dismissed with costs payable to the New Brunswick Council of Nursing Home Unions (CUPE) in an amount to be determined;
- 2) CUPE's cross-appeal against the Province is allowed with costs in an amount to be determined;
- 3) CUPE's cross-appeal against the New Brunswick Association of Nursing Homes Inc. is dismissed without costs.



III. Issues

[18] The Province appeals the judicial review decision on the grounds the application judge erred in law in:

- 1) concluding that the *Act* is unconstitutional, when in fact the source of the purported infringement of s. 2(d) of the *Charter* is the Board's own unreasonable exercise of its discretionary legislative functions;
- 2) finding that the Board possessed sufficient adjudicative facts to render its decision and order with respect to the constitutionality of the *Act*;
- 3) declining to intervene in the Board's decision, which failed to adequately weigh the competing *Charter* values and legislative objectives at play when exercising its discretionary powers to issue tailored relief, and instead embarked on a formalistic *Oakes* test analysis to effectively strike down the legislation instead of tailoring a remedy which is aimed at striking a balance between the legislative functions and the *Charter* values;
- 4) upholding the Board's authority, as an inferior court, to issue a general declaration of invalidity having the net effect of rendering the *Act* completely ineffective; and
- 5) applying the reasons of the majority of the Supreme Court in *SFL* to the facts in this case, notably by failing to differentiate between the fair resolution process set out in the *Act*, and the unilateral, restrictive scheme set out in the impugned Saskatchewan legislation in *SFL*; and by failing to consider the fact that an agreement had been reached between the employer and union with respect to the level of service required in 14 of the 16 positions within the same bargaining unit.

IV. Standard of Review

[19] The parties agree the standard of review respecting all grounds of appeal is correctness as each involves the interpretation and application of the *Charter*. Since *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, [1991] S.C.J. No. 42 (QL), the Supreme Court has consistently held that decisions from administrative tribunals which deal with the constitutional validity of statutory provisions are subject to the standard of correctness on judicial review (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] S.C.J. No. 65 (QL), at paras. 53-57).

V. Analysis

[20] In her thorough and thoughtful analysis, the application judge reviewed:

- 1) the Board's jurisdiction to consider constitutional questions;
- 2) the sufficiency of adjudicative facts;
- 3) the impact of the *SFL* decision;
- 4) the *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, [1986] S.C.J. No. 7 (QL), analysis versus the *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, analysis;
- 5) the Province's submission that the Board lacked jurisdiction to issue declaratory relief, and
- 6) the appropriate period to suspend the declaration of invalidity.

The application judge did not leave any issue unaddressed, except for costs.

[21] Here are some of the key observations and findings of the application judge:

**Impact of the *SFL* decision**

This Court is bound by the law as defined by the Supreme Court of Canada in *Saskatchewan Federation of Labour v.*

*Saskatchewan*, [2015] 1 S.C.R. 245. In *SFL*, the government of Saskatchewan enacted the *Public Service Essential Services Act*, s.s. 2008, C.P-42.2, (*PSESA*). The goal of the *PSESA* was to limit the ability of public sector employees who perform essential services to strike. The affected unions challenged the constitutionality of the *PSESA* on the grounds that it removed their right to strike and was therefore in contravention of section 2(d) of the *Charter*. The Supreme Court of Canada agreed with the unions and found the legislation in *SFL* to be unconstitutional.

During the course of argument, CUPE acknowledged that the expert evidence of the NBANH [Association] in regards to the elevated designation levels in respect to the RAs and LPNs was compelling. CUPE explained that they did not and would not have sought judicial review of the Board's first decision in regards to the designation levels as they agreed that its determination of 90% in staffing levels for these positions was justified. This is, in my view, an important point to underscore. CUPE does not dispute the requirement that there must be significant staffing levels maintained. It is accepted by all parties – the Province, the NBANH and CUPE – that the residents of the nursing homes are vulnerable individuals who require continuity of care. That fact was not in dispute before the Board nor is it in dispute before this Court.

The Province argues before this Court that there is an important “nuance” between the *PSESA* considered in *SFL* and the *ESNHA* [New Brunswick Act] considered by the Board. This nuance is succinctly described by Justice Abella at paragraph 11 in *SFL* as follows:

A public employer and the union are to negotiate an “essential services agreement” to govern how public services are to be maintained in the event of a work stoppage. **In the event that the negotiations break down, the public employer has the authority to unilaterally designate, by “notice”, which public services it considers to be essential,** the classifications of employees required to continue to work during a work stoppage, and the names and number of employees in each of the classifications. Further notice may be given by the public employer at any time, either to increase or decrease the

numbers of employees required to maintain essential services.

The Province argues that in *SFL*, the public employer had the ability to unilaterally designate which public service it considered to be essential. In the *ESNHA*, when there is a disagreement between the employer and the union, the Board may consider the issue. Sections 6, 7 and 8 of the *ESNHA* provide as follows and warrant repeating:

**Time limits for agreement**

- 6 Within 7 days after the receipt by the Board of the notice referred to in section 5 the Board shall, in consultation with the employer and the bargaining agent, establish time limits within which the employer and the bargaining agent shall endeavor to reach agreement identifying
  - (a) the services provided by the bargaining unit that at any particular time are or will be necessary in the interest of the health, safety or security of the residents of the nursing home,
  - (b) the level of service to be maintained by the bargaining unit for the purpose of ensuring delivery of the services referred to in paragraph (a), and
  - (c) the positions in the bargaining unit to be designated positions for the purpose of ensuring the delivery of the services referred to in paragraph (a).

**Agreement reached**

- 7 If the employer and the bargaining unit are able to reach agreement in relation to the matters referred to in section 6 within the time limits established, the terms of the agreement shall be jointly communicated by the parties to the Board and the Board shall issue an order without delay to the parties in accordance with the terms of the agreement.

### **Agreement not reached**

8(1) If the employer and the bargaining agent are unable to reach agreement in relation to the matters referred to in section 6 within the time limits established, **the Board, after giving each of the parties an opportunity to present evidence and to make representations, shall determine the matters.**

8(2) The Board shall communicate its determination in writing to the employer and the bargaining agent as soon as possible after making the determination.

The Board acknowledged the difference in the legislation before it, the *ESNHA*, and the legislation considered by the Supreme Court in *SFL*, the *PSESA*. The Board set out the differences in the legislation at paragraph 373 of its decision as follows:

In this particular case, as acknowledged, a unilateral right of the employer to set service levels, as in *SFL* maintained without any two-party agreement or an independent review process, is not found to exist in the same terms. The AGNB, in its submission, as observed, therefore properly highlights aspects of the *ESNHA* to be contrasted with the legislation under review in *SFL*, including its points made that:

- \* The *ESNHA* does not impose a complete ban on strike activity.
- \* At the point of impasse of negotiations, the *ESNHA* provides a neutral third-party mechanism for resolution (this Board).
- \* All CUPE nursing home workers are part of one bargaining unit.
- \* The designation percentage rate for the bargaining unit as a whole is approximately 72.5%.

While I agree with the Province that there are differences or nuances between the *ESNHA* considered by the Board and

the *PSESA* considered by the Supreme Court of Canada in *SFL*, I do not agree that they rise to the level that the cases are fully distinguishable. The net effect of the two statutes – the *PSESA* and the *ESNHA* – is the same; the union members are precluded from meaningful strike activity. While the method to be followed before arriving at that conclusion is different, in my view, the result is the same. Pursuant to the provisions of both statutes, the union has lost any meaningful ability to strike. The law as set out in *SFL* was binding precedent for the Board as it is for this Court. [paras. 31-36]

[Emphasis in original.]

[...]

All of the concerns raised by Justice Abella in *SFL* pertinent to the workers' inability to participate in meaningful strike activity given the impact of the *PSESA* are pertinent in this case. While the mechanisms to set essential services designation levels are different, the actual impact on the workers is the same. Although the bargaining unit as a whole has a designation level of 72.5%, the RAs and LPNs are set at 90% which, in reality, is equivalent to normal if not enhanced daily operations. The RAs and the LPNs are the employees on the front line of care for the residents of the nursing homes. The elevated designation levels of the other groups, coupled with the zero impact of any work stoppage for the RAs and LPNs, significantly limit CUPE's ability to take strike action. Given the impact of the *ESNHA*, the members of the bargaining unit are unable to "*withdraw their labour in concert*", which is exactly the problem outlined by Justice Abella in *SFL*. The Supreme Court of Canada's conclusions in *SFL* are directly applicable and therefore were binding on the Board and are binding on this Court.

The Province argued strenuously at the hearing of the Application for judicial review that the Board erred in law by undertaking an analysis of the constitutional question pursuant to the mechanisms set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The submission of the Province was that only a s. 96 court can conduct an analysis pursuant to the *Oakes* test and, in analyzing the constitutional question pursuant to this framework, the Board erred in law. The Province suggests that in embarking on an analysis pursuant to the *Oakes* test,

the Board themselves did the balancing act mandated by *Oakes* in assessing an alleged *Charter* violation. The Province maintains that the Board ought to have undertaken a *Charter* values analysis as formulated by the Supreme Court of Canada in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395. [paras. 39-40]

[...]

In explaining the result the Board could have reached had they undertaken a “*Charter* values” approach as opposed to the more formalistic *Oakes* test analysis, the Province sets out the alternative possible result at paragraphs 59 and 60 of their brief as follows:

59. Had the Tribunal conducted this analysis, it could have tailored a reduced essential services designation (<%) in order to counterbalance the rights of the Union and those of the employees with those of the nursing home residents. A reduced percentage service designation, which was closer to the lower percentage threshold confirmed by the Union’s preliminary views regarding its Notice of *Charter* Breach, could have avoided the need for a declaratory relief aimed at striking down the legislation; a power which is normally exercised by superior courts of inherent jurisdiction (i.e. s. 96 courts) and not inferior courts as in the case of the NBLEB in the matter at hand.

60. As such, the NBLEB simply failed to comply with the SCC teachings regarding the need for administrative decisions to always consider *Charter* Values and not to simply retreat to a more formalistic s. 1 *Oakes* Test in order to protect such values. In this instance, the NBLEB completely and utterly failed to conduct any such *Charter* Values analysis and therefore it failed to comply with well-established SCC jurisprudence. It is therefore respectfully submitted that this amounts to a serious legal error that is subject to the standard of correctness; and accordingly this Honourable Court should quash such decision.

The difficulties with the approach suggested by the Province at paragraph 59 of their brief includes the Board’s

decision of October 31, 2014. There was no application for judicial review filed in regards to the determination of the essential services designation levels. It would be a curious outcome if the Board could reverse itself in regards to the decision of the designation levels in the context of rendering a decision on the constitutional question. Further, it is acknowledged by CUPE that the elevated designation levels of essential services is appropriate given the needs of the population that these workers serve. The *Charter* problems are not caused by the elevated designation of essential services levels. The constitutional concerns are caused by the fact that the elevated designation levels preclude the workers' ability to exercise their right of association as provided by section 2(d) of the *Charter*.

As pointed out by Justice Abella in *Doré*, when the constitutional question requires the consideration of a particular "law's" *Charter* compliance, it is appropriate to consider principles of general application. In this case, that is exactly the task the Board was asked to undertake in the context of the constitutional question, does the *ESNHA* offend the *Charter*. The Board in crafting its analysis pursuant to the *Oakes* test, if anything, considered the question through a more focused lens than discussing the issue from a more flexible *Charter* values analysis. That said, in analyzing the constitutional question, the Board fully considered the important *Charter* values at play relative to the right to freedom of association. Contained within the framework of the Board's decision was an acknowledgment of the important *Charter* values at stake.

[paras. 42-44]

[...]

In conducting the *Oakes* test analysis of the *ESNHA*, the Board came to the conclusion that the legislation was not minimally impairing of the workers' rights pursuant to section 2(d) of the *Charter*. Given the fact that the practical consequences or effects of the provisions of the *ESNHA* was to eliminate the possibility of any meaningful strike activity, it cannot be said that the provisions were tailored to limit the impairment of these rights. Further, the curtailment of the rights pursuant to the *ESNHA* are not counter-balanced by a meaningful dispute resolution mechanism which was also the case in *SFL*. I concur with the Board's analysis of the *Oakes* test in the context of the



*ESNHA* and concur that the *ESNHA*'s effects are not minimally impairing nor are the effects on the workers proportional to the objectives of the law as the law is currently drafted. The Province's submission that the Board erred in conducting its analysis of the constitutional question pursuant to the *Oakes* test is, in my view, without merit.

The scales of justice have long been recognized as a powerful reminder of competing rights and obligations frequently battling against each other in a particular legal dispute. In this case, the competing rights and obligations are most compelling. On one side of the scale sits the Province's obligation to enact legislation to provide for the health and safety of vulnerable citizens, the residents of the nursing homes. On the other side of the scale sits the *Charter* rights of the workers entrusted with the care of these citizens. The residents of nursing homes have a right to expect that the Province will ensure their health and well-being. Likewise, the workers in question have every right to expect that CUPE will ensure that their *Charter* right of freedom of association is not breached. Following a fulsome analysis, the Board came to the conclusion that there was an infringement of the workers' right to freedom of association pursuant to section 2(d) of the *Charter*. I find myself arriving at the same conclusion as that of the Board.

[paras. 50-51]

[...]

This court agrees with the conclusion reached by the Board that the *ESNHA* is unconstitutional because it violates section 2(d) of the *Charter* and this violation is not justified under section 1 of the *Charter*. Any other conclusion given the facts in this case and, in particular, the legislative provisions of the *ESNHA* would, in my view, be irreconcilable with the Supreme Court of Canada's ruling in *SFL*. In particular, the court refers to Justice Abella's comments at paragraph 75 as follows:

This historical, international, and jurisprudential landscape suggests compellingly to me that s. 2(d) has arrived at the destination sought by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, namely, the conclusion that a meaningful process of collective bargaining requires the ability of employees to

participate in the collective withdrawal of services for the purpose of pursuing the terms and conditions of their employment through a collective agreement. **Where good faith negotiations break down, the ability to engage in the collective withdrawal of services is a necessary component of the process through which workers can continue to participate meaningfully in the pursuit of their collective workplace goals. In this case, the suppression of the right to strike amounts to a substantial interference with the right to a meaningful process of collective bargaining[.]**

In this particular matter, I accept that the Board had the jurisdiction to decide the constitutional question of law before it. Further, I accept that the Board had the authority to grant the remedy sought which was a declaration that section 8 of the *ESNHA* was of no force or effect in relation to this particular case. The Board's conclusions are summarized in paragraphs 398-400 as follows:

398. The Board accepts the cited AGNB submissions, taken as consistent with the Alberta authority cited by CUPE, above; *i.e.*, to recognize that the Board is invested with the power to issue a ruling or declaration if it confirms a “not s. 1 justified” s. 2(d) breach in a particular case. The Board also accepts CUPE's submission that it ought not in this case proceed under the designation process provisions at s. 8 of the *ESNHA*. The agreement terms or any of them reached by the Applicant and Respondent with respect to other classifications in the bargaining unit at York, however, as recognized by the Board in its first Reasons, were not matters brought before the Board to determine in this case.

399. As settled in the *SFL* decision, at para. 24, “the right of employees to strike is vital to protecting the meaningful process of collective bargaining within s. 2(d)” of the *Charter*. On this direction, and upon its finding in the within case that the *ESNHA* suppression of the right of designated employees at York to participate in a lawful strike action, violative of s. 2(d) of the *Charter*, and not justified

under s. 1 of the *Charter*, the Board does now declare s. 8 of the *ESNHA* to be of no force or effect in relation to this particular case.

400. In the result, no determination in relation to the matters referred to in s. 6 of the *ESNHA* will issue from the Board under s. 8 of the *Act* in this case brought before it. [paras. 56-57]

[Emphasis in original.]

[22] In the end, the application judge determined:

In reviewing the Board's decision of December 7, 2018 on a standard of correctness, I cannot conclude that there is an error that would warrant the intervention of this court. To the contrary, I concur with the findings of the Board in regards to the constitutional question which was before it.

[para. 64]

[23] She went on to state:

The Province's request that the Board's decision of December 7, 2018 be quashed and removed into court is dismissed. However, as a section 96 court, this court exercises its inherent jurisdiction and grants the Province's request for a suspension order to stay the implementation of the Board's decision. The Board's decision of December 7, 2018 is suspended until January 2, 2020 in order to provide the Province sufficient opportunity to render the legislation *Charter* compliant. [para. 65]

[24] There are cases where no useful purpose would be served by reformulating reasons provided by the application judge. This is one of those cases. Lest there be any doubt, I fully endorse the application judge's conclusion that there is no material difference between the legislative scheme in New Brunswick and the Saskatchewan legislation that was considered by the Supreme Court in *SFL*. The key point is, like the scheme considered in *SFL*, the New Brunswick legislation does not provide for alternative dispute resolution in the event of an impasse during the collective bargaining process. The application judge dealt with the issues in a most comprehensive

manner, and the record does not reveal any basis for appellate intervention. The application judge is correct, and I adopt her reasons in full.

VI. Costs

[25] I must, however, deal with the issue of costs. Although the application judge did not apply her mind to costs, this Court is able to make the order that should have been made. The Province was unsuccessful in its quest to remove the Board's decision into the Court of Queen's Bench and have it quashed. Therefore, CUPE, as the largely successful party, is entitled to costs throughout against the Province, which I would set at \$3,750. I would order no costs in favour of or against the Association.

VII. Disposition

[26] It is for these reasons that I joined my colleagues in disposing of the appeal and cross-appeal as indicated.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Tous conviennent de la vulnérabilité des pensionnaires de foyers de soins et de la nécessité de les protéger et de leur dispenser des soins. Il est convenu également que l'al. 2d) de la *Charte* et sa garantie de liberté d'association confèrent aux travailleurs des foyers de soins un droit constitutionnel à une véritable négociation collective. Les dispositions législatives qui font substantiellement entrave à la véritable négociation collective ne peuvent être légitimées que par l'article premier de la *Charte* :

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[2] Notre Cour doit déterminer en l'espèce si la Commission du travail et de l'emploi (la Commission) a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'elle a conclu : 1) que la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins*, L.N.-B. 2009, ch. E-10.5 (la *Loi*), permet de supprimer le droit de participation des employés à une grève légale lorsqu'ils sont affectés à des postes désignés en vue du maintien des niveaux de services essentiels, ce qui constitue une violation de l'al. 2d) de la *Charte*; 2) que cette violation de l'al. 2d) n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

## II. Contexte

### A. *La législation*

[3] Promulguée le 1<sup>er</sup> mai 2009, la *Loi* instaure un mécanisme par lequel la Commission, les syndicats et les employeurs négocient les niveaux de services essentiels pour ce qui est de certains postes désignés des foyers de soins de l'ensemble de la province. Contrairement à la législation en matière de services essentiels dans d'autres ressorts, la *Loi* n'impose pas de désignation de services essentiels dans les foyers de soins. Au Nouveau-Brunswick, l'art. 5 de la *Loi* donne à l'exploitant d'un foyer de soins la possibilité de demander, par avis transmis à la Commission, la désignation des services essentiels dans son lieu de travail. S'il est précisé que des services sont essentiels dans l'intérêt de la santé, de la sûreté ou de la sécurité des pensionnaires du foyer de soins, l'employeur et le syndicat doivent tenter de parvenir à un accord sur la désignation de ces services et des niveaux de chacun de ces services devant être maintenus. La Province fait donc valoir qu'elle ne jouit du pouvoir unilatéral de désigner ni des services ni des niveaux de service. Si les parties ne peuvent parvenir à un accord, la Commission décide des services essentiels et des niveaux de désignation pertinents.

[4] Une fois la Commission avisée que l'employeur estime essentiels certains services, aucun des employés qui fournissent ces services ne peut participer à une grève légale tant que les parties ne sont pas parvenues à un accord ou que la Commission n'a pas décidé des services et des niveaux de désignation requis. Contrevenir à la *Loi* peut entraîner des amendes à la fois pour les syndicats et pour les employés, à titre personnel, de même qu'une perte d'accréditation et de droits de négociation pour les syndicats.

### B. *Présente instance*

[5] Représentante autorisée de quarante-six employeurs exploitant des foyers de soins dans la province, l'Association des foyers de soins du Nouveau-Brunswick inc. (l'Association) signe, pour l'employeur, les conventions collectives qu'elle négocie avec

le syndicat. Le Conseil des syndicats des foyers de soins du Nouveau-Brunswick (le SCFP) est un conseil formé de syndicats qui sont titulaires de droits de négociation dans les quarante-six foyers de soins.

[6] Le 9 novembre 2011, l'Association a avisé la Commission qu'elle estimait essentiels dans l'intérêt de la santé, de la sûreté ou de la sécurité des pensionnaires des quarante-six foyers de soins, en tout ou en partie, les services fournis par les membres du SCFP. L'Association et le SCFP ont convenu que York Manor Inc., qui compte parmi les quarante-six foyers de soins dont se compose l'Association, serait considéré comme un employeur représentatif aux fins d'établir les désignations de services essentiels pour ce qui est des divers postes, lesquelles désignations serviraient ensuite de modèle pour les autres foyers de soins. L'Association et le SCFP ont pu parvenir à un accord sur les désignations de services essentiels de toutes les classes d'emploi de l'unité de négociation, à l'exception des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés et des préposé(e)s aux résidents.

[7] Le 26 juillet 2013, le SCFP a déposé un avis de question constitutionnelle par lequel il contestait la validité de la *Loi* dans son ensemble. L'avis a amené la Province à intervenir. Le SCFP donnait alors la portée suivante à la contestation constitutionnelle de la *Loi* :

1. La *Loi* viole l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle nie à certains employés le droit de faire la grève.
2. La violation de l'alinéa 2d) ne satisfait pas à la norme de justification prévue par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisque l'atteinte n'est pas proportionnée à l'objectif de la *Loi*.
3. La *Loi* viole l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car elle nie à certains travailleurs le droit de faire la grève et, ce faisant, renforce des préjugés et des désavantages existants.

4. La violation de l'article 15 ne satisfait pas à la norme de justification prévue par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisque l'atteinte n'est pas proportionnée aux objectifs de la *Loi*.

[8] Le SCFP et l'Association ont accepté que l'instruction de la question constitutionnelle soumise à la Commission en 2013 soit suspendue jusqu'à ce que celle-ci ait rendu une décision à l'égard des niveaux de désignation des préposé(e)s aux résidents et des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés. Par ailleurs, les parties étaient toutes conscientes du fait qu'un pourvoi, qui s'est conclu par l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245 (*SFL*), était en instance à la Cour suprême du Canada, pourvoi dont l'issue serait déterminante en ce qui a trait aux questions que le SCFP soulevait par sa contestation constitutionnelle.

[9] Le 28 août 2013, le SCFP et l'Association ont conclu, sous toutes réserves et sur une base d'exception, un accord sur les niveaux de service qui devaient être assurés par toutes les classes d'emploi de York Manor Inc., hormis les préposé(e)s aux résidents et les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés. La Commission n'avait plus donc à trancher que la question constitutionnelle et celle des niveaux de désignation appropriés des préposé(e)s aux résidents et des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés. Les parties ont renvoyé à la Commission la question des niveaux de services essentiels des préposé(e)s aux résidents et des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés.

[10] Le 4 septembre 2013, une audience s'est ouverte sur la question du niveau de service auquel sont tenus les préposé(e)s aux résidents et les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés, question que la Commission devait trancher en application du par. 8(1) de la *Loi*. L'article 8 de la *Loi* est ainsi rédigé :

**Agreement not reached**

8(1) If the employer and the bargaining agent are unable to reach agreement in relation to the matters referred to in section 6 within the time limits established, the Board, after giving each of

**Accord non conclu**

8(1) Si l'employeur et l'agent négociateur sont incapables d'aboutir à un accord relativement aux questions visées à l'article 6 dans les délais impartis, la Commission, après avoir donné à chacune



the parties an opportunity to present evidence and to make representations, shall determine the matters.

des parties l'occasion de présenter des éléments de preuve et de se faire entendre, tranche les questions.

8(2) The Board shall communicate its determination in writing to the employer and the bargaining agent as soon as possible after making the determination.

8(2) La Commission communique par écrit sa décision à l'employeur et à l'agent négociateur dès que possible après que sa décision a été rendue.

[11]

L'Association et le SCFP ont convenu que les services fournis tant par les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés que par les préposé(e)s aux résidents étaient essentiels dans l'intérêt de la santé, de la sûreté ou de la sécurité des pensionnaires des foyers de soins, aux termes de l'al. 6a) de la *Loi*. Le niveau de service que devaient maintenir, suivant l'al. 6b) de la *Loi*, les préposé(e)s aux résidents et les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés demeurait en litige. Voici le texte du par. 6 de la *Loi* :

#### **Time limits for agreement**

#### **Délai pour la conclusion d'un accord**

6 Within 7 days after the receipt by the Board of the notice referred to in section 5 the Board shall, in consultation with the employer and the bargaining agent, establish time limits within which the employer and the bargaining agent shall endeavor to reach agreement identifying

6 Dans les sept jours qui suivent la réception par la Commission de l'avis prévu à l'article 5, la Commission fixe, avec l'avis de l'employeur et de l'agent négociateur, les délais dans lesquels l'employeur et l'agent négociateur doivent s'efforcer de parvenir à un accord précisant :

(a) the services provided by the bargaining unit that at any particular time are or will be necessary in the interest of the health, safety or security of the residents of the nursing home,

a) les services fournis par l'unité de négociation qui à quelque moment que ce soit sont essentiels ou qui le seront dans l'intérêt de la santé, de la sûreté ou de la sécurité des pensionnaires du foyer de soins;

(b) the level of service to be maintained by the bargaining unit for the purpose of ensuring delivery of the services referred to in paragraph (a), and

b) le niveau de service à maintenir par l'unité de négociation aux fins d'assurer la délivrance des services visés à l'alinéa a);

(c) the positions in the bargaining unit

c) les postes de l'unité de négociation

to be designated positions for the purpose of ensuring the delivery of the services referred to in paragraph (a).

devant être des postes désignés aux fins d'assurer la délivrance des services visés à l'alinéa a).

[12] Le 31 octobre 2014, dans une première décision, la Commission a abordé la question précise des niveaux de services essentiels des préposé(e)s aux résidents et des infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés. Elle a décidé que les niveaux de service que devaient maintenir à la fois les préposé(e)s aux résidents et les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés étaient de 90 %.

[13] Après que la Commission a statué sur les niveaux de désignation en vertu de la *Loi*, et que la Cour suprême a prononcé l'arrêt *SFL* en janvier 2015, les audiences portant sur la question constitutionnelle ont débuté. Le SCFP a abandonné les arguments fondés sur l'art. 15 de la *Charte*; les audiences tenues sur la question constitutionnelle ont donc porté uniquement sur les allégations de violation de l'al. 2*d*) de la *Charte*.

[14] Le 7 décembre 2018, la Commission a publié une décision de 135 pages. En résumé, elle jugeait que la suppression par la *Loi* du droit des employés désignés de faire la grève violait l'al. 2*d*) de la *Charte* et que cette violation n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Elle concluait en outre que l'art. 8 de la *Loi* était inopérant dans le cas dont la Commission était saisie.

[15] Le 1<sup>er</sup> mars 2019, la Province a déposé une requête en révision visant la décision de la Commission. Le 6 mars 2019, la Commission a rendu une ordonnance qui constatait que la *Loi* violait l'al. 2*d*) de la *Charte* et elle a rejeté la demande déposée à l'origine le 9 novembre 2011. L'ordonnance n'accordait pas à la Province la suspension de douze mois de la déclaration d'inconstitutionnalité de la *Loi* qu'elle avait demandée. Le 6 mars 2019, l'Association a déposé une requête en révision auprès de la Cour du Banc de la Reine.

[16] Le 2 juillet 2019, après révision de la décision de la Commission d'après la norme de la décision correcte, la juge saisie de la requête a conclu qu'elle ne relevait

aucune erreur justifiant une intervention judiciaire. Elle a toutefois suspendu la décision de la Commission jusqu'au 2 janvier 2020, afin d'accorder du temps à la Province pour modifier la *Loi* de sorte qu'elle se conforme à la *Charte*. La juge saisie de la requête n'a pas abordé la question des dépens.

[17] La décision de la juge saisie de la requête a été portée en appel. La formation de notre Cour qui a entendu l'appel a prononcé un arrêt dont le dispositif est le suivant :

- 1) L'appel de la Province est rejeté avec dépens, dont le montant sera déterminé, payables au Conseil des syndicats des foyers de soins du Nouveau-Brunswick (SCFP).
- 2) L'appel reconventionnel du SCFP contre la Province est accueilli avec dépens dont le montant sera déterminé.
- 3) L'appel reconventionnel du SCFP contre l'Association des foyers de soins du Nouveau-Brunswick Inc. est rejeté sans dépens.

### III. Questions en litige

[18] La Province avance, pour moyens de son appel de la décision rendue en révision, que la juge saisie de la requête a commis une erreur de droit :

- 1) en concluant à l'inconstitutionnalité de la *Loi* alors que, en fait, l'atteinte prétendue à l'al. 2d) de la *Charte* a pour source l'exercice déraisonnable, par la Commission même, de ses fonctions législatives discrétionnaires;

- 2) en concluant que la Commission disposait de faits en litige suffisants pour rendre une décision et une ordonnance quant à la constitutionnalité de la *Loi*;
- 3) en refusant d'infirmier la décision de la Commission, qui n'avait pas mis en balance de façon appropriée, dans un exercice des pouvoirs discrétionnaires qui l'habilite à accorder des mesures réparatoires adaptées, les valeurs consacrées par la *Charte* et les objectifs législatifs en jeu, et en choisissant de procéder à une analyse formaliste d'après le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* pour en fait invalider la *Loi*, au lieu d'élaborer une réparation adaptée visant un équilibre entre fonctions législatives et valeurs consacrées par la *Charte*;
- 4) en confirmant le pouvoir de la Commission, tribunal d'instance inférieure, de prononcer une déclaration générale d'invalidité ayant pour effet net de rendre la *Loi* entièrement inopérante;
- 5) en appliquant aux faits de l'espèce les motifs des juges majoritaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour*, notamment pour la raison qu'elle n'a pas distingué le processus de règlement équitable prévu par la *Loi* du régime unilatéral et restrictif établi par la loi saskatchewanaise en cause dans cet arrêt, et pour la raison qu'elle n'a pas tenu compte du fait que l'employeur et le syndicat étaient parvenus à un accord sur les niveaux de service que requéraient quatorze des seize postes de la même unité de négociation.

#### IV. Norme de contrôle

[19] Les parties conviennent que la norme de contrôle, en ce qui concerne tous les moyens d'appel, est celle de la décision correcte, étant donné que chacun d'eux fait intervenir l'interprétation et l'application de la *Charte*. Depuis l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd.*

*c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, [1991] A.C.S. n° 42 (QL), la Cour suprême a toujours conclu que les décisions de tribunaux administratifs touchant la constitutionnalité de dispositions législatives sont soumises à la norme de la décision correcte lors de contrôles judiciaires (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65, aux par. 53 à 57).

V. Analyse

[20] Dans l'analyse approfondie et soignée à laquelle elle s'est livrée, la juge saisie de la requête s'est penchée sur les points suivants :

- 1) la compétence de la Commission pour examiner des questions constitutionnelles;
- 2) le caractère suffisant des faits en litige;
- 3) l'incidence de la décision *SFL*;
- 4) le choix d'appliquer l'analyse énoncée dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, [1986] A.C.S. n° 7 (QL), ou l'analyse énoncée dans l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395;
- 5) l'argument de la Province selon lequel la Commission n'avait pas la compétence voulue pour rendre une ordonnance déclaratoire;
- 6) la période appropriée de suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité.

La juge n'a omis d'aborder aucune des questions, hormis celle des dépens.

[21] L'extrait ci-dessous des motifs de la juge saisie de la requête rend compte de certaines de ses observations et conclusions essentielles :

[TRADUCTION]  
**Incidence de la décision *SFL***

Notre Cour est liée par l'état du droit défini par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245. Dans l'affaire *SFL*, il était question de l'adoption par le

gouvernement de la Saskatchewan de la loi intitulée *Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (*PSESA*). La *PSESA* avait pour objet de limiter la possibilité d'aller en grève des employés du secteur public qui accomplissent des services essentiels. Les syndicats touchés ont contesté la constitutionnalité de la *PSESA*, en invoquant comme moyen que cette loi les privait de leurs droits de grève et qu'elle allait donc à l'encontre de l'alinéa 2d) de la *Charte*. La Cour suprême du Canada était d'accord avec les syndicats et elle a conclu que la loi en cause dans l'affaire *SFL* était non constitutionnelle.

Au cours du débat, le SCFP a reconnu que le témoignage d'expert présenté par l'AFSNB [l'Association] concernant la désignation élevée de services essentiels visant les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés et les préposé(e)s aux résidents était un témoignage accablant. Le SCFP a fait savoir qu'il n'avait pas et n'aurait pas sollicité un contrôle judiciaire de la première décision rendue par la Commission concernant les taux de désignation, étant donné qu'il partageait l'avis voulant que le taux de 90 % fixé comme niveau de dotation en personnel pour ces postes soit justifié. Il vaut la peine à mon avis de souligner ce point important. Le SCFP ne conteste pas le fait qu'il faut maintenir un niveau important de dotation en personnel. Toutes les parties – la Province, l'AFSNB et le SCFP – reconnaissent le fait que les pensionnaires des foyers de soins sont des personnes vulnérables qui nécessitent des soins continus. Personne n'a contesté cela devant la Commission ni devant notre Cour.

La Province a soutenu devant la Cour qu'il y a une [TRADUCTION] « nuance » importante entre la *PSESA*, qui était la loi visée dans l'affaire *SFL*, et la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins* [la loi du Nouveau-Brunswick] dont la Commission était saisie. Cette nuance a été décrite de manière concise par la juge Abella, au paragraphe 11 de l'arrêt *SFL* :

L'employeur public et le syndicat doivent négocier un [TRADUCTION] : « accord sur les services essentiels » qui détermine la manière dont les services publics seront assurés advenant un arrêt de travail. **S'ils n'y parviennent pas, l'employeur public a le pouvoir de désigner unilatéralement, au moyen d'un « avis », les services publics qui**

**sont tenus pour essentiels** et les catégories de salariés qui doivent continuer d'exercer leurs fonctions durant un arrêt de travail, ainsi que de préciser les noms et le nombre des salariés de chacune de ces catégories. L'employeur public peut à tout moment donner un nouvel avis à l'effet d'augmenter ou de diminuer le nombre de salariés tenus d'assurer des services essentiels.

La Province soutient que dans l'affaire *SFL*, l'employeur public était habilité à désigner unilatéralement les services publics qu'il tenait pour essentiels. Dans la *Loi*, lorsque l'employeur et le syndicat ne parviennent pas à s'entendre, la Commission peut être saisie du litige. Les articles 6, 7 et 8 de la *Loi* contiennent les dispositions suivantes, qui valent la peine de répéter :

#### **Délai pour la conclusion d'un accord**

- 6 Dans les sept jours qui suivent la réception par la Commission de l'avis prévu à l'article 5, la Commission fixe, avec l'avis de l'employeur et de l'agent négociateur, les délais dans lesquels l'employeur et l'agent négociateur doivent s'efforcer de parvenir à un accord précisant :
  - a) les services fournis par l'unité de négociation qui à quelque moment que ce soit sont essentiels ou qui le seront dans l'intérêt de la santé, de la sûreté ou de la sécurité des pensionnaires du foyer de soins;
  - b) le niveau de service à maintenir par l'unité de négociation aux fins d'assurer la délivrance des services visés à l'alinéa a);
  - c) les postes de l'unité de négociation devant être des postes désignés aux fins d'assurer la délivrance des services visés à l'alinéa a).

#### **Accord conclu**

- 7 Si l'employeur et l'agent négociateur sont capables de se mettre d'accord relativement aux questions visées à l'article 6 dans les délais impartis, les conditions de cet

accord sont communiquées conjointement par les parties à la Commission, laquelle délivre immédiatement une ordonnance aux parties conformément aux conditions de l'accord.

### **Accord non conclu**

8(1) Si l'employeur et l'agent négociateur sont incapables d'aboutir à un accord relativement aux questions visées à l'article 6 dans les délais impartis, **la Commission, après avoir donné à chacune des parties l'occasion de présenter des éléments de preuve et de se faire entendre, tranche les questions.**

8(2) La Commission communique par écrit sa décision à l'employeur et à l'agent négociateur dès que possible après que sa décision a été rendue.

La Commission a reconnu la différence entre la loi dont elle était saisie, savoir la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins*, et la loi dont la Cour suprême était saisie dans l'affaire *SFL*, soit la *PSESA*. La Commission a décrit de la façon suivante les différences existantes dans les deux textes législatifs, au paragraphe 373 de sa décision :

#### [TRADUCTION]

En l'espèce, ainsi qu'il a été reconnu, l'employeur n'a pas le même droit unilatéral de fixer les niveaux de services à assurer, comme il avait le droit de le faire dans l'affaire *SFL*, sans qu'il y ait un accord quelconque entre les deux parties ou sans qu'il y ait un processus de révision indépendant. Dans ses observations, le Procureur général du Nouveau-Brunswick a donc souligné à bon droit, ainsi qu'il a été mentionné, les aspects de la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins* qui se différencient de la loi visée dans l'affaire *SFL*, en faisant ressortir notamment les points suivants :

- La *Loi* n'interdit pas complètement la participation à une activité de grève.
- S'il y a impasse dans les négociations, la *Loi* prévoit un mécanisme indépendant



et neutre pour le règlement du différend (la Commission).

- Tous les employés des foyers de soins qui sont membres du SCFP font partie de la même unité de négociation.
- Le niveau de désignation des services essentiels pour l'ensemble de l'unité de négociation est d'environ 72,5 %.

Bien que je sois d'accord avec la Province qu'il existe des différences ou des nuances entre la *Loi* que la Commission devait examiner, et la *PSESA*, que la Cour suprême du Canada a examinée dans l'affaire *SFL*, je ne suis pas d'avis que ces différences font en sorte que les deux causes se distinguent complètement. L'effet net des deux lois – la *PSESA* et la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins* – est le même, savoir que les membres du syndicat sont empêchés de véritablement prendre part à une grève. Même si la méthode à suivre pour parvenir à cette conclusion est différente, à mon avis, le résultat est le même. Selon les dispositions des deux lois, le syndicat est dans une large mesure privée de la possibilité de faire la grève. L'état du droit établi dans l'arrêt *SFL* avait pour effet de lier la Commission et a le même effet obligatoire pour notre Cour. [par. 31 à 36]

[Soulignement et caractères gras dans l'original.]

[...]

Toutes les préoccupations soulevées dans l'arrêt *SFL* par la juge Abella concernant l'impossibilité pour les travailleurs de participer à une véritable grève en raison de l'effet de la *PSESA* sont pertinentes en l'espèce. Même si les mécanismes de désignation des niveaux de services essentiels sont différents, l'effet réel sur les travailleurs est le même. Bien que l'unité de négociation dans son ensemble ait un niveau de désignation de 72,5 %, le niveau de services essentiels afférent aux préposé(e)s aux résidents et aux infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés est fixé à 90 %, ce qui, en réalité, équivaut au niveau de dotation normal pour les activités quotidiennes, si ce n'est à un niveau plus élevé. Les préposé(e)s aux résidents et les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés sont les employés de première ligne qui assurent les soins aux

pensionnaires des foyers de soins. Les niveaux de désignation élevés pour les autres groupes, conjugués à l'effet nul d'un arrêt de travail par les préposé(e)s aux résidents et les infirmières et infirmiers auxiliaires autorisés ont pour effet de limiter considérablement la capacité du SCFP d'aller en grève. Compte tenu de l'effet de la *Loi*, les membres de l'unité de négociation sont incapables de « *cesser le travail de manière concertée* », ce qui était exactement le problème décrit par la juge Abella dans l'arrêt *SFL*. Les conclusions tirées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *SFL* sont directement applicables et, par conséquent, elles avaient pour effet de lier la Commission et elles lient aussi notre Cour.

[...]

La Province a soutenu avec acharnement, à l'audition de la requête en révision judiciaire, que la Commission avait commis une erreur de droit en s'engageant dans une analyse de la question constitutionnelle sur le fondement des mécanismes établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Selon l'argument de la Province, seule une cour visée à l'art. 96 peut mener une analyse fondée sur le critère de l'arrêt *Oakes* et, dans son analyse de la question constitutionnelle sur le fondement du cadre établi dans cet arrêt, la Commission a commis une erreur de droit. La Province prétend qu'en se lançant dans une analyse sur le fondement du critère établi dans l'arrêt *Oakes*, la Commission s'est chargée elle-même de la tâche prescrite par l'arrêt *Oakes* de soupeser les intérêts en procédant à l'examen de la prétendue violation de la *Charte*. La Province soutient que la Commission aurait dû procéder à une analyse des valeurs consacrées par la *Charte* de la manière prescrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395.

[par. 39 et 40]

[...]

En expliquant le résultat que la Commission aurait pu atteindre si elle avait suivi une méthode axée sur les « valeurs consacrées par la *Charte* », par opposition à l'analyse plus formaliste du critère établi dans *Oakes*, la Province énonce l'autre résultat possible, aux paragraphes 59 et 60 de son mémoire :

[TRADUCTION]

59. Si le Tribunal avait effectué cette analyse, il aurait pu fixer un niveau réduit de services essentiels désignés (< %) afin d'établir l'équilibre entre les droits du syndicat et de ces employés, d'une part, et ceux des pensionnaires des foyers de soins, d'autre part. Un pourcentage réduit de services essentiels désignés à maintenir, qui se rapprochait du seuil inférieur confirmé par l'opinion préliminaire du syndicat concernant son avis de violation de la *Charte* aurait pu éviter le besoin d'obtenir une ordonnance déclaratoire visant à annuler la loi, pouvoir qui est normalement exercé par les cours d'instance supérieure qui ont la compétence inhérente pour le faire (savoir les cours visées à l'art. 96) et non par des tribunaux d'instance inférieure comme la Commission du Travail et de l'Emploi du Nouveau-Brunswick dans l'affaire qui nous occupe.

60. En conséquence, la Commission du Travail et de l'Emploi du Nouveau-Brunswick a tout simplement omis de se conformer aux directives de la Cour suprême du Canada prescrivant aux décideurs administratifs de toujours examiner les valeurs consacrées par la *Charte* et de ne pas simplement se rabattre sur le critère plus formaliste d'analyse de l'article premier prescrit par l'arrêt *Oakes* afin de protéger ces valeurs. En l'espèce, la Commission du Travail et de l'Emploi du Nouveau-Brunswick a tout à fait omis de mener cette analyse des valeurs consacrées par la *Charte* et, par conséquent, elle a omis de se conformer à la jurisprudence bien établie émanant de la Cour suprême du Canada. Par conséquent, nous soutenons avec égard que cette démarche équivaut à une erreur de droit importante qui doit être contrôlée sur le fondement de la norme de la décision correcte. Par conséquent, la Cour devrait annuler cette décision.

La difficulté que représente la démarche préconisée par la Province, au paragraphe 59 de son mémoire, inclut la décision rendue par la Commission le 31 octobre 2014. Aucune requête en révision n'a été déposée à l'égard de la

détermination des niveaux de services essentiels désignés. Cela serait étonnant comme résultat si la Commission pouvait infirmer sa propre décision sur les niveaux de désignation lorsqu'elle rend décision sur une question de nature constitutionnelle. En outre, le SCFP reconnaît que les niveaux de désignation élevés sont appropriés, compte tenu des besoins de la population desservie par ces travailleurs. Les questions liées à la *Charte* ne découlent pas des niveaux élevés de services essentiels désignés. Les questions de nature constitutionnelle découlent du fait que les niveaux élevés de services désignés empêchent les travailleurs d'exercer leur droit à la liberté d'association, qui est garanti par l'alinéa 2d) de la *Charte*.

Comme l'a souligné la juge Abella dans l'arrêt *Doré*, lorsque la question constitutionnelle exige que l'on examine la conformité avec la *Charte* d'une loi particulière, il convient de tenir compte de principes d'application générale. En l'espèce, c'est précisément la tâche que devait remplir la Commission dans le contexte de l'analyse de la question constitutionnelle de savoir si la *Loi* allait à l'encontre de la *Charte*. En effectuant son analyse sur le fondement du critère établi dans l'arrêt *Oakes*, la Commission a, à tout le moins, examiné la question de manière plus ciblée que si elle avait procédé selon l'analyse des valeurs consacrées par la *Charte*, laquelle est une méthode plus souple. Cela dit, en analysant la question constitutionnelle, la Commission a entièrement tenu compte des valeurs importantes consacrées par la *Charte* qui sont en jeu lorsqu'il s'agit du droit à la liberté d'association. Dans le cadre de son analyse et de sa décision, la Commission a reconnu les importantes valeurs consacrées par la *Charte* qui étaient en jeu. [par. 42 à 44]

[...]

Dans son analyse de la *Loi* sur le fondement du critère établi dans l'arrêt *Oakes*, la Commission est parvenue à la conclusion que la loi n'entravait pas le moins possible les droits qui sont garantis aux travailleurs par l'alinéa 2d) de la *Charte*. Étant donné que le résultat ou l'effet pratique des dispositions de la *Loi* était de supprimer essentiellement toute possibilité de faire la grève, nul ne saurait dire que les dispositions ont été adaptées de manière à porter atteinte le moins possible à ces droits. Par surcroît, aucun véritable mécanisme de règlement des différends n'a été mis en

place pour faire contrepoids à l'atteinte portée aux droits par la *Loi*, tout comme c'était le cas dans l'affaire *SFL*. Je souscris à l'analyse faite par la Commission en fonction du critère établi dans l'arrêt *Oakes*, pour son examen de la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins*, et je partage son avis selon lequel les effets de cette *Loi* ne portent pas une atteinte minime et ne sont pas non plus, quant à leur portée sur les travailleurs, proportionnés aux objectifs de la loi selon son libellé actuel. L'argument de la Province voulant que la Commission ait commis une erreur en effectuant son analyse de la question constitutionnelle en fonction du critère établi dans l'arrêt *Oakes* est, à mon avis, sans fondement.

Depuis toujours, la balance de la justice est reconnue comme un symbole puissant des droits et des obligations qui sont souvent en conflit dans un litige donné. En l'espèce, les droits et les obligations qui se trouvent en conflit sont de toute première importance. Dans un plateau de la balance, il y a l'obligation de la Province de prendre des mesures législatives qui assurent la santé et la sécurité de citoyens vulnérables, savoir les pensionnaires de foyers de soins. Dans l'autre plateau de la balance, il y a les droits que la *Charte* garantit aux travailleurs à qui on a confié les soins à dispenser à ces citoyens et citoyennes vulnérables. Les pensionnaires de foyers de soins ont le droit de s'attendre à ce que la Province veille à leur santé et à leur bien-être. Pareillement, les travailleurs visés ont le droit de s'attendre à ce que le SCFP veille au respect du droit que la *Charte* leur garantit en matière de liberté d'association. Après avoir effectué une analyse exhaustive, la Commission est parvenue à la conclusion qu'il avait été porté atteinte au droit garanti aux travailleurs par l'alinéa 2*d*) de la *Charte* en matière de liberté d'association. J'en arrive à la même conclusion que celle tirée par la Commission. [par. 50 et 51]

[...]

Notre Cour souscrit à la conclusion tirée par la Commission selon laquelle la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins* est inconstitutionnelle parce qu'elle viole l'alinéa 2*d*) de la *Charte* et que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Étant donné les faits de la présente affaire, et étant donné, en particulier, les dispositions de la *Loi*, toute autre

conclusion, à mon avis, serait incompatible avec l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *SFL*. La Cour mentionne, en particulier, les observations que la juge Abella a formulées au paragraphe 75 :

Ce tour d'horizon historique, international et jurisprudentiel, me convainc que l'interprétation de l'al. 2*d*) est aujourd'hui celle que préconisait le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à savoir qu'un processus véritable de négociation collective exige que les salariés puissent cesser collectivement le travail aux fins de la détermination de leurs conditions de travail par voie de négociation collective. **Advenant la rupture de la négociation de bonne foi, la faculté de cesser collectivement le travail est une composante nécessaire du processus par lequel les salariés peuvent continuer de participer véritablement à la poursuite de leurs objectifs liés au travail. Dans le présent dossier, supprimer le droit de grève revient à entraver substantiellement l'exercice du droit à un processus véritable de négociation collective.**

Dans l'affaire qui nous occupe, j'accepte que la Commission avait la compétence de trancher la question de droit de nature constitutionnelle dont elle était saisie. J'accepte aussi que la Commission avait le pouvoir d'accorder la réparation sollicitée, soit une déclaration portant que l'article 8 de la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins* était nul et sans effet en lien avec la présente affaire. Les conclusions de la Commission sont résumées aux paragraphes 398 à 400 de sa décision de la façon suivante :

[TRADUCTION]

398. La Commission accepte les arguments du Procureur général du Nouveau-Brunswick qui ont été cités et qui concordent avec la jurisprudence de l'Alberta citée ci-dessus par le SCFP, c'est-à-dire qu'il est admis que la Commission est investie du pouvoir de rendre une décision ou une ordonnance déclaratoire si elle confirme l'existence d'une violation, dans une affaire donnée, de l'alinéa 2*d*) qui « n'est pas justifiée au regard de l'article

premier ». La Commission accepte également l'argument du SCFP selon lequel elle ne devrait pas, en l'espèce, procéder selon les dispositions de désignation contenues à l'art. 8 de la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins*. L'ensemble des conditions ou l'une des conditions de l'accord conclu par la requérante et l'intimé concernant les autres classes d'emploi de l'unité de négociation au foyer York, cependant, et qui ont été reconnues par la Commission, dans les motifs de sa première décision, ne sont pas des questions dont la Commission était saisie en l'espèce.

399. Ainsi qu'il est établi dans l'arrêt *SFL*, au par. 24, « le droit de grève des salariés est indispensable à la protection du processus véritable de négociation collective pour l'application de l'al. 2d) » de la *Charte*. Compte tenu de cette directive, et compte tenu de sa conclusion en l'espèce selon laquelle la suppression par la *Loi* du droit des employés désignés du foyer de soins York de participer à une activité de grève légitime viole l'al. 2d) de la *Charte* et que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la Commission déclare maintenant que l'art. 8 de la *Loi sur les services essentiels dans les foyers de soins* est nul et sans effet pour ce qui a trait à la présente affaire.

400. En conséquence, aucune détermination ne sera faite par la Commission en vertu de l'art. 8 de la *Loi* dans l'affaire qui nous occupe pour ce qui a trait aux questions soulevées relativement à l'art. 6 de la *Loi*.

[par. 56 et 57]

[Soulignement et caractère gras dans l'original.]

[22] Enfin, la juge saisie de la requête a statué en ces termes :

Lorsque j'analyse la décision rendue par la Commission le 7 décembre 2018 en me fondant sur la norme de la décision correcte, je ne puis conclure qu'une erreur aurait été commise qui justifierait l'intervention de notre Cour. Au contraire, je souscris aux conclusions de la Commission au sujet de la question constitutionnelle dont elle était saisie.  
[par. 64]

[23] Elle a ajouté :

La demande de la Province voulant que la décision rendue par la Commission le 7 décembre 2018 soit annulée et évoquée à notre Cour est rejetée. Toutefois, en tant que cour visée à l'article 96, notre Cour exerce sa compétence inhérente et accorde à la Province une ordonnance de suspension de l'application de la décision de la Commission. La décision rendue par la Commission le 7 décembre 2018 est suspendue jusqu'au 2 janvier 2020 afin d'accorder à la Province la possibilité suffisante d'assurer la conformité de la loi provinciale avec la *Charte*. [par. 65]

[24] Dans certains cas, reformuler les motifs du juge saisi de la requête ne serait d'aucune utilité. Le cas présent est l'un d'eux. Je précise, afin que ne subsiste aucun doute, que j'adhère entièrement à la conclusion de la juge saisie de la requête voulant qu'il n'existe aucune différence substantielle entre le régime législatif néo-brunswickois et la loi saskatchewanaise sur laquelle la Cour suprême s'est penchée dans l'arrêt *SFL*. Le point essentiel est celui-ci : la loi du Nouveau-Brunswick, comme le régime examiné dans l'arrêt *SFL*, ne prévoit pas d'autre moyen de règlement des différends en cas d'impasse dans le processus de négociation collective. La juge saisie de la requête a procédé à un vaste examen des questions en litige et rien au dossier ne fonde à intervenir en appel. La décision de la juge saisie de la requête est correcte et j'adopte ses motifs dans leur intégralité.



VI. Dépens

[25] Il me faut cependant statuer sur les dépens. La juge saisie de la requête ne s'est pas arrêtée à la question, mais notre Cour peut rendre l'ordonnance qui aurait dû l'être. La Province a échoué dans sa quête d'une évocation à la Cour du Banc de la Reine et d'une annulation par celle-ci de la décision de la Commission. Par conséquent, le SCFP, qui a obtenu gain de cause dans une large mesure, est donc en droit d'obtenir de la Province les dépens dans toutes les cours, que je suis d'avis de fixer à 3 750 \$. J'estime qu'il n'y a lieu ni d'adjuger des dépens à l'Association ni de la condamner aux dépens.

VII. Dispositif

[26] Ces motifs sont ceux pour lesquels mes collègues et moi avons rejeté l'appel et l'appel reconventionnel.